

INMIGRACIÓN ILEGAL Y TRATA DE PERSONAS EN LA UNIÓN EUROPEA: LA DESPROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS

Sonia García Vázquez*

“La razón del Estado de Derecho no conoce amigos ni enemigos,
sino sólo culpables e inocentes” (Ferrajoli)

SUMARIO

- 1.- *Introducción. Distinción conceptual entre tráfico ilícito de migrantes y trata de personas*
- 2.- *El tejido estructural de las organizaciones delictivas, mafias y redes de tráfico ilegal y trata de personas*
- 3.- *El relevante papel de la Organización de Naciones Unidas en la lucha internacional contra la trata de personas*
- 4.- *El desarrollo de medidas contra la trata de personas y la inmigración irregular en el marco del espacio Schengen*
- 5.- *La protección de las víctimas en los Estados miembros de la Unión Europea*
- 6.- *Propuestas de mejora*

1. INTRODUCCIÓN. DISTINCIÓN CONCEPTUAL ENTRE TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES Y TRATA DE PERSONAS

En la actualidad, la lucha contra la criminalidad organizada es uno de los grandes retos para la comunidad internacional. Según los cálculos de Naciones Unidas los negocios relacionados con la delincuencia transnacional

* Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional. Universidad de A Coruña.

ascienden anualmente a cientos de miles de millones de euros. Además del tráfico ilícito de estupefacientes, el lavado de dinero, el comercio de armas y el tráfico de vehículos y objetos de valor crece exponencialmente el tráfico ilícito de inmigrantes y la trata de personas con una fuerza internacional devastadora. El pilar basilar del problema es la situación desesperada de los países de origen, pero quizás debamos reconocer, sin ambages, que el cardinal motor de este “comercio” es la demanda de mujeres y niños destinados a la explotación¹.

Europa estaba orgullosa de que la esclavitud se erradicara aquí antes que en cualquier otro continente. Lamentablemente, la esclavitud está volviendo bajo formas igualmente repulsivas² que generan ganancias exorbitantes. La trata de personas es, sin atisbo de duda, la actividad criminal de mayor crecimiento en la Unión Europea, y las medidas tomadas hasta la fecha para reducir este fenómeno aún no han producido resultados tangibles. El tráfico crece con la globalización económica y la apertura de fronteras interiores. La demanda de una mano de obra barata e indocumentada contribuye al comercio ilegal de seres humanos, reduciendo costes; sin embargo, esta deflación se hace a costa de la dignidad humana y menoscaba las normas internacionales básicas de derechos humanos, laborales, de salud y de seguridad. Por ello, debemos reforzar la cooperación transfronteriza para proteger a las víctimas y llevar a los delincuentes ante la justicia, elaborando métodos exhaustivos de prevención, coordinando mejor las acciones de la UE y de los países vecinos, y eliminando las lagunas jurídicas que permiten a los culpables eludir impunemente la ley.

Las preocupaciones modernas respecto de la prostitución y la trata de mujeres tienen su precedente histórico en las pretéritas campañas contra la trata de blancas a finales del S. XIX³. El término “trata de blancas” fue utilizado, por primera vez, en la Conferencia de París de 1902, dirigida a

¹ Pueden consultarse, entre otros, J. BAUCCELLS I LLADÓS, “El tráfico ilegal de personas para su explotación sexual”, en RODRÍGUEZ MESA y RUIZ RODRÍGUEZ (Coords.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el S. XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 173-202. M. L. MAQUEDA ABREU, *El tráfico sexual de personas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 23 y ss. M. GARCÍA ARÁN, “Trata de personas y explotación sexual”, en GARCÍA ARÁN (Coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Comares, Granada, 2006, pp. 206-241.

² Sobre este particular, M. GARCÍA ARÁN, *Esclavitud y tráfico de seres humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 356 y ss.

³ G. NICOLÁS, “Migraciones femeninas y trabajo sexual. Concepto de trabajo precario versus tráfico de mujeres”, en R. BERGALLI (Coord.), *Flujos migratorios y su (des)control. Puntos de vista pluridisciplinarios*, Anthropos, Barcelona, 2006, pp. 229-260.

la creación de un instrumento internacional para la supresión del tráfico de esclavas blancas. Aunque, inicialmente la única finalidad fue diferenciar esta conducta del comercio de esclavos negros, lo cierto es que dichas prácticas incluían mujeres de todas las razas; y por ello, en el año 1921 se recomendó el abandono de este concepto discriminatorio y equívoco por el de “tráfico de mujeres y niñas”⁴.

La flexibilidad del empleo en el sector servicios durante las dos últimas décadas y el crecimiento del desempleo en Europa central y oriental, la pobreza endémica de los países africanos, de Asia oriental y de América Latina son el caldo de cultivo perfecto para el tráfico de personas del que se aprovechan las mafias y redes criminales que ven, en esa situación, una forma fácil de obtener gruesas sumas de dinero⁵. Aunque siempre se han separado por una ambigua línea sombreada, la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes son delitos distintos, pero representan problemas, en parte, coincidentes, y es por ello que sus definiciones jurídicas contienen elementos comunes. No obstante, hay que delimitar el concepto de tráfico de personas, distinguiendo entre: trata de personas y tráfico ilícito de personas.

El Protocolo de Naciones Unidas contra la trata de personas contiene una definición bastante precisa de ese fenómeno convenida por la comunidad internacional. En el apartado a) del artículo 3 de dicho Protocolo se define tal delito de la siguiente manera: “Por trata de personas⁶ se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción; al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

⁴ K. BARRY, *Esclavitud sexual de la mujer*, Labal, 1987.

⁵ Muchos países europeos conceden visados para determinados trabajos sin demasiados problemas. Los traficantes contratan mujeres en el país de origen para trabajar como bailarinas o camareras y cuando llegan son obligadas a entrar en el mercado laboral sumergido a través de otros sectores. F. J., DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 29.

⁶ Otro de los puntos conflictivos en la delimitación de este concepto es si debe referirse la “trata” o “comercio ilícito” a cualquier ser humano o sólo a mujeres y niños. Aunque en la gran mayoría de los supuestos las víctimas son mujeres, existen indicios alarmantes que revelan que más del 40 o el 50% de las víctimas son menores de edad.

El Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional fue aprobado al objeto de “prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes, así como promover la cooperación entre los Estados Parte con ese fin, protegiendo, al mismo tiempo, los derechos de los migrantes objeto de dicho tráfico” (artículo 2). En el Protocolo se define “el tráfico ilícito” como “la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente, con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material” (apartado a) del artículo 3)⁷.

Tanto el tráfico ilícito de migrantes como la trata de personas entrañan el movimiento de seres humanos para obtener algún beneficio. Sin embargo, en el caso de la trata deben darse dos elementos adicionales con respecto al tráfico ilícito: una forma de captación indebida, por ejemplo, con coacción, engaño o abuso de poder; y un propósito de explotación, aunque finalmente no se cumpla. En suma, en el supuesto de la trata de personas, la fuente principal de ingresos para los delincuentes y el motivo económico impulsor del delito es el producto obtenido con la explotación de las víctimas en la prostitución, trabajos forzados u otras formas de abuso; mientras que en el caso del tráfico ilícito, el precio pagado por el inmigrante irregular es el origen de los ingresos, y no suele mantenerse ninguna relación persistente entre el delincuente y el inmigrante una vez que éste ha llegado a su destino.

La otra gran diferencia básica entre el tráfico ilícito y la trata radica en que el primero es siempre de carácter transnacional, en tanto que la trata puede serlo o no. Muchas víctimas de la trata de personas comienzan su itinerario consintiendo ser trasladadas ilícitamente de un Estado a otro (tráfico ilícito) para después ser engañadas o forzadas a soportar situaciones de explotación, convirtiéndose así en verdaderas víctimas del delito de

⁷ La confusión conceptual es manifiesta. Por ejemplo, la Asamblea General de la ONU define el “tráfico” como los movimientos ilícitos y clandestinos de personas por las fronteras nacionales, especialmente desde los países en vías de desarrollo, países con economías en transición, con la finalidad de impeler a mujeres y niños en situaciones de explotación sexual al objeto de la obtención de ganancias económicas, así como de otras actividades ilegales como trabajo doméstico forzado, matrimonios fraudulentos, adopción de menores falsa, empleo clandestino (mujeres filipinas y thailandesas en la industria de Japón), pornografía, tráfico de órganos, mendicidad, etc... Por su parte, la Comunicación de la Comisión Europea al Consejo y al Parlamento en 1996 define “tráfico” como “transporte de mujeres de terceros países a la Unión Europea con el propósito de explotación sexual”.

trata de personas. A pesar de lo afirmado, a menudo puede resultar difícil para los órganos encargados de aplicar la ley y los dispensadores de servicios asistenciales determinar si un caso particular es tráfico ilícito o trata de personas⁸. Para sintetizar, cabe decir que entre el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas hay tres diferencias radicales que permiten individualizarlos:

1. «Consentimiento». En el caso de tráfico ilícito, aunque suele realizarse en condiciones peligrosas o degradantes, los inmigrantes prestan su consentimiento. Las víctimas de la trata, por el contrario, nunca han consentido o, si lo hicieron inicialmente, ese consentimiento ha perdido su valor por la coacción, el engaño o el abuso posterior por parte de los traficantes⁹.

2. «Explotación». El tráfico ilícito termina con la llegada de los inmigrantes a su destino, en tanto que la trata implica la explotación persistente de las víctimas «a posteriori». Este dato explica perfectamente por qué las víctimas de la trata suelen resultar gravemente afectadas y tener más necesidades tuitivas que los inmigrantes clandestinos.

3. «Transnacionalidad». El tráfico ilícito es siempre transnacional, mientras que la trata puede no serlo. Ésta puede tener lugar independientemente de si las víctimas son trasladadas a otro Estado, o son desplazadas de un lugar a otro dentro del mismo.

Sin duda, la trata de personas, que tradicionalmente ha estado ligada a la explotación sexual de mujeres y niños, supone una vulneración evidente de los derechos humanos más elementales. La violencia, en ocasiones desmedida, y todas las formas de acoso y explotación resultan incompatibles con la dignidad y la valía de la persona. Nos encontramos cara a cara, con un tipo de actividad criminal excepcionalmente peligrosa, que representa la tercera fuente de ingresos de la delincuencia organizada después del tráfico de armas y de drogas.

⁸ En relación al ámbito normativo comparado europeo, Inglaterra no tiene legislación específica contra el tráfico de personas; en Bélgica, el tráfico puede tener "cualquier propósito"; Polonia define "tráfico" como explotación sexual o trabajos forzados; y Países Bajos parte de que la finalidad de este delito es siempre la explotación sexual. La Ley sueca penaliza al traficante y al cliente que contrata servicios sexuales porque entiendo que fomenta, indirectamente, el tráfico de personas. Mientras tanto, en Holanda se ha legalizado el proxenetismo en los supuestos en los que no se ejerza con violencia o abuso. Véase legislación comparada sobre inmigración ilegal (Alemania, Bélgica, Francia, Holanda, Inglaterra, Italia, Canadá, India, etc...) en F. J. DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 157-199.

⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Trata de mujeres. El sufrimiento detrás de los sueños: de la pobreza a la esclavitud sexual*, Bruselas, 2001.

Uno de sus principales canales de acción, que no es otro que la prostitución, se ha convertido en un lucrativo negocio que según la ONU mueve entre 5 y 7 billones de dólares anuales afectando a más de 4 millones de víctimas que están en condiciones de semiesclavitud, bajo el control de mafias de ámbito transnacional¹⁰, sufriendo extorsiones, amenazas, privación de libertad y padeciendo una fuerte dependencia de las organizaciones que les explotan. Tristemente, es necesario añadir que la prostitución se ha convertido en una estrategia de desarrollo para algunos países pobres y escasamente industrializados.

En suma, la esclavitud sexual es un negocio floreciente de vidas baratas y grandes beneficios¹¹. Las víctimas sienten terror de denunciar a los infractores debido a que esto les puede ocasionar problemas muy serios (incluido el riesgo a la integridad física o la vida) a ellas o a sus familiares residentes en el país de origen¹², además de una expulsión del país europeo en el que se encuentren¹³.

Estamos ante un fenómeno que reviste muchas formas diferentes, es dinámico y adaptable y cambia constantemente a fin de burlar la labor de prevención de los organismos encargados de hacer cumplir la ley. Las respuestas a los problemas también evolucionan con rapidez, en particular desde que Naciones Unidas adoptó en noviembre de 2000 una definición internacionalmente acordada sobre este fenómeno, y así, cada día aparecen nuevos métodos de prevenir, investigar y combatir el delito de la trata de personas, y maneras más efectivas de proteger y prestar asistencia a las víctimas. La cooperación internacional¹⁴, crucial para el éxito de la

¹⁰ Vid. E. J. PÉREZ ALONSO, "Regulación internacional y europea sobre tráfico ilegal de personas", en J. M. ZUGALDÍA ESPINAR (Dir.) y E. J. PÉREZ ALONSO (Coord.), *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 31 y ss.

¹¹ K. BALES, *La nueva esclavitud en la economía global*, Ed. Siglo XXI, 2000, pp. 4. La OIM constata que las migraciones forzadas se feminizan cada vez más (por ejemplo, en el sudeste asiático más del 90% de las víctimas de trata de menores de edad son niñas). La familia es un elemento importante en la génesis del tráfico (niñas vendidas por sus familiares van de Nepal a la India; de Manaus a Sao Paulo o Río de Janeiro, etc...).

¹² Se constatan amenazas de muerte a los familiares en el país de origen en la STS 1367/2004.

¹³ E. GARCÍA ESPAÑA, "Victimización de inmigrantes", en J. M. ZUGALDÍA ESPINAR (Dir.) y E. J. PÉREZ ALONSO (Coord.), *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

¹⁴ Desde la perspectiva del Derecho Internacional, puede destacarse que: a) tras la constitución de la Sociedad de Naciones, se firmó en Ginebra, el 25 de septiembre de 1926, la Convención sobre la Esclavitud; b) la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 prohibió la esclavitud y la trata de personas en todas sus formas (art. 4); c) el Protocolo contra

mayoría de las intervenciones en esta materia, está cobrando un nuevo impulso al desarrollar innovadores mecanismos de defensa y control mucho más eficaces que los pretéritos.

Los expertos consideran que cada año más de cien mil personas son víctimas de la trata de seres humanos dentro de las fronteras de la Unión Europea, y los últimos estudios realizados por UNICEF indican que más dos tercios de los Estados miembros de la UE son países de origen¹⁵ y destino de esa trata. Sin duda, los países receptores, por excelencia, son Alemania, Holanda, Bélgica, Suiza, Italia y España; y las zonas de origen más comunes: Colombia, Filipinas, Ecuador, República Dominicana, Tailandia, Balcanes y Este de Europa, Guinea, Nigeria, Sierra Leona, Cabo Verde y el Sudeste asiático.

2. EL TEJIDO ESTRUCTURAL DE LAS ORGANIZACIONES DELICTIVAS, MAFIAS Y REDES DE TRÁFICO ILEGAL Y TRATA DE PERSONAS

La realidad que se esconde detrás de estas redes¹⁶ que trafican con seres humanos no es otra que la maximización de beneficios económicos. La pobreza, los conflictos civiles, bélicos o de inseguridad, o la destrucción ambiental son elementos utilizados por individuos sin escrúpulos que se insertan en organizaciones criminales para traficar con personas facilitándoles documentación falsa, transporte, alojamiento, etc... Su complejidad y sofisticación dificultan que este fenómeno pueda abordarse sólo con la intervención penal y policial¹⁷, puesto que las mafias funcionan como una empresa jerarquizada, usando medios violentos, potentes métodos de corrupción policial y judicial, y actuando con un alto grado de profesionalización, dedicándose, al tiempo, a diferentes tráfico: personas, drogas, armas, etc. Son redes de enormes dimensiones que se aprovechan de las debilidades del sistema y se amparan en una interpretación

el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, nace para complementar la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (ambos adoptados en el año 2000); y, finalmente, d) el artículo 5 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión prohíbe, más recientemente, la trata de seres humanos.

¹⁵ Nos referimos, particularmente, a los Estados de reciente adhesión a la Unión Europea.

¹⁶ No está suficientemente claro en la legislación la diferencia entre la ayuda a la inmigración irregular por parte de las "redes familiares", o de las "redes comerciales" (frecuentemente, agencias de viajes), frente a las verdaderas "redes organizadas con perfil criminal".

¹⁷ Vid. L. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Redes internacionales y criminalidad: a propósito del modelo de participación en organización criminal*, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ y otros (Coords.), *El Derecho penal ante la globalización*, Colex, Madrid, 2002, pp. 51-71.

sesgada de la normativa europea. Los requisitos favorables para su proliferación son la existencia de personas para traficar; la creciente demanda del “mercado” sexual; una regulación jurídica laxa y poco efectiva; la internacionalización de las organizaciones criminales; la desfragmentación de responsabilidades, y la renovación continuada.

El artículo 1 de la Acción Común de 21 de diciembre de 1998¹⁸, adoptada por el Consejo, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva las define como: “Asociaciones de veinte o más personas, establecidas durante cierto período de tiempo y que actúen de una manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con pena de privación de libertad de, al menos, cuatro años”¹⁹. En resumen, el tejido estructural requiere la colaboración ordenada y preestablecida de diferentes personas que actúan siguiendo un principio de jerarquía y una estricta planificación. Tienen carácter duradero, apariencia de legalidad, son estables, utilizan sofisticados medios técnicos, respetan una férrea disciplina, son profesionales, poseen un gran poder de corrupción, extorsión y coacción, persiguen un ánimo de lucro, y, obviamente, tienen una voluntad colectiva de comisión de delitos.

En la práctica, existen tres grandes enfoques de investigación que no se excluyen mutuamente: La investigación reactiva (basada en las víctimas); la investigación proactiva (originada por la filtración de información comprometedoras relativa a las redes); y la investigación para la desarticulación (opción basada en la actuación policial). Llegados a este punto, es necesario puntualizar que cuando estudiamos el fenómeno de la trata de personas debemos entenderlo como un proceso, y no como un delito aislado; puesto que empieza con el rapto o la captación de una persona y continúa con el transporte a otro Estado y su entrada irregular en él. A ello sigue la fase de explotación, durante la cual la víctima se ve sometida a una servidumbre sexual o laboral. Es posible, incluso, que haya otra etapa que no atañe a la víctima sino al delincuente; puesto que si el volumen y grado de complejidad de la operación de la trata son ostensibles, la organización debe blanquear el dinero producto del delito. Además del blanqueo de dinero y la evasión fiscal²⁰, con frecuencia, habrá vínculos

¹⁸ En 1998 países como Hungría, Suecia, Túnez, Japón o México ya evidencian en rigurosos informes que peligrosos grupos delictivos controlan el contrabando de inmigrantes.

¹⁹ La confabulación de varias personas para delinquir no es “organización” (STS 19-01-1995).

²⁰ El Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el lavado de activos (GAFI) es la institución más importante de la cooperación internacional contra el blanqueo de dinero. Fundado

entre las operaciones de trata y otros actos criminales como el contrabando de armas o drogas. El número y el tipo de delitos que se irán sumando unos a otros dependerán de la complejidad de las actividades, de los grupos delictivos involucrados, y de las legislaciones del Estado de origen (captación y exportación); del Estado de tránsito (transporte); y del Estado de destino (recepción y explotación). Tratando de sistematizar, puede afirmarse que los posibles delitos conexos son, entre muchos otros: violación o agresión sexual; lesiones corporales, prostitución forzada, aborto forzado, tortura, asesinato, secuestro, trato cruel, inhumano o degradante, esclavitud o prácticas análogas, matrimonio forzado, explotación laboral, retención de documentación, corrupción.

Según Naciones Unidas, la penalización de la trata de personas y de los delitos conexos no basta para disuadir a los grupos delictivos organizados en el seno de la Unión Europea; pues aunque se les detenga y condene, algunos podrán disfrutar de sus ganancias ilegales para su uso personal y para mantenimiento de las operaciones de sus empresas delictivas. A pesar de algunas sanciones, en tales circunstancias, subsistiría la impresión de que el delito resulta, a todas luces, extraordinariamente rentable. Por ello, es preciso adoptar medidas prácticas que impidan a los delincuentes sacar provecho de sus delitos, y uno de los modos más importantes de lograr ese fin es asegurar que los Estados de la UE dispongan de regímenes firmes que prevean la identificación, el embargo preventivo, la incautación y el decomiso de los fondos y bienes adquiridos ilícitamente²¹. También se precisan mecanismos específicos de coopera-

en 1989 durante la Cumbre del G7 en París, ya cuenta con 33 miembros (principalmente los Estados de la OCDE, el Consejo de Cooperación del Golfo y la U. E.). Su Secretaría opera bajo la estructura de la OCDE. La función del GAFI consiste en revelar los métodos de lavado de dinero, desarrollar recomendaciones políticas para lograr medidas eficaces contra el blanqueo y fomentar su aplicación en todo el mundo. En 1990, el GAFI aprobó las cuarenta Recomendaciones sobre el lavado de activos con una lista de posibles contramedidas en el ámbito de la justicia y los procedimientos penales, la cooperación policial, los sectores financieros y bancarios, y la cooperación internacional. Tras el 11 de septiembre de 2001, el mandato del GAFI fue ampliado para abarcar también la lucha contra el terrorismo. Con esta finalidad, a las cuarenta Recomendaciones sobre el lavado de activos precedentes se agregaron ocho recomendaciones especiales para la lucha contra la financiación de actividades terroristas. La lista de «países y territorios no cooperantes» (Nect's) en la lucha contra el lavado de dinero publicada por primera vez en junio de 2000, y posteriormente actualizada, suscitó fuertes críticas, pero sirvió para sancionar a los países que no tomaron medidas en ese campo.

²¹ El Consejo de Europa ha establecido un importante instrumento de Derecho internacional para la lucha contra la delincuencia organizada con la elaboración del Convenio de 1990 relativo al lavado, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito; además de otras dos Convenciones que tienen como objetivo la lucha contra la corrupción en materia de Derecho penal y civil (1999).

ción internacional para que los diferentes Estados puedan dar efecto a órdenes extranjeras de embargo preventivo y de decomiso, al tiempo que analizan la forma más apropiada de utilizar el producto de los bienes decomisados.

3. EL RELEVANTE PAPEL DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS EN LA LUCHA INTERNACIONAL CONTRA LA TRATA DE PERSONAS

La legislación de la Unión Europea en la lucha contra la trata de personas y su posterior explotación nace, en buena medida, bajo la égida del impagable papel que ha desarrollado la Organización de Naciones Unidas en esta materia y las recomendaciones y medidas que ha propuesto a los diferentes Estados. Entre los textos más relevantes deberían destacarse: 1) Convenio de la ONU para la represión de la trata de blancas de 1949, que fue pensado para luchar contra la explotación sexual; 2) Convenio sobre la eliminación de todas las formas de violencia contra la mujer, de diciembre de 1979²²; 3) Resolución de la ONU 44/25, de 20 de noviembre de 1989, sobre protección de los menores frente a la trata y la explotación sexual, que en su art. 35 pide que se adopten medidas para impedir el secuestro, la venta o trata de niños para cualquier fin; 4) Convención sobre los Derechos del Niño de 1989; 5) Resolución 54/263, adoptada por la Asamblea General de 25 de mayo de 2000, por la que se aprueba el Protocolo Facultativo de los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía; 6) Convención de la ONU contra la delincuencia organizada transnacional de 2000; 7) Principios y Directrices sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el año 2002²³; 8) Resolución 57/176 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 2002, sobre trata de mujeres y niñas²⁴; 9) Resolución de la ONU 49/166, sobre la trata de mujeres y de niños, de enero de 2003; 10) Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, que definía el concepto de tráfico sexual de seres humanos como: “el movimiento ilícito y clandestino de personas a través de las fronteras nacionales e internacionales con el fin último de forzar a mujeres

²² El artículo 6 de la Parte I se refiere a la trata de mujeres y a la explotación en la prostitución de la mujer.

²³ http://www.unhcr.bg/other/r_p_g_hr_ht_en.pdf

²⁴ <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/549/78/PDF/N0254978.pdf>

y niñas a situaciones de opresión y explotación sexual y económica, en beneficio de proxenetas, tratantes y bandas criminales organizadas”²⁵; 11) Resolución 1995/10 del Consejo de Naciones Unidas, que reconoció que el tráfico de indocumentados era una actividad en la que intervienen grupos organizados que trasladan personas de unos países a otros, someténdolas a condiciones inhumanas y vulnerando, al tiempo, las normas internas de los Estados y el Derecho Internacional²⁶.

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional es la respuesta de la comunidad internacional a la necesidad de adoptar un enfoque auténticamente mundial sobre este fenómeno. Su propósito es promover la cooperación para prevenir y combatir eficazmente la delincuencia organizada supranacional, tratando, al tiempo, de aumentar el número de Estados que adopten medidas eficaces contra ella. La Convención respeta las diferencias y especificidades de las diversas tradiciones y culturas jurídicas, promoviendo una terminología común y ayudando a eliminar algunos de los obstáculos existentes, centrándose, fundamentalmente, en los delitos que propician las actividades lucrativas de los grupos delictivos organizados²⁷. Sus Protocolos complementarios tienen por objeto determinados tipos concretos de actividad delictiva organizada que exigen disposiciones especiales: a) El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente

²⁵ Los artículos 6 a 8 contemplan las medidas que pueden desplegarse para la protección de las víctimas, entre las que se destacan la confidencialidad en las actuaciones judiciales, la información sobre los procedimientos legales pertinentes, y la recuperación psicológica y social, así como otras medidas asistenciales.

²⁶ En todos estos textos se insta a los Estados a legislar, persiguiendo una armonización suficiente de las normativas internas para facilitar la cooperación internacional. La Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (A/55/382, de 2000) y los Protocolos para la prevención, supresión y punición del tráfico de personas, especialmente mujeres y niños (A/RES/55/25 Anexo II), y contra el tráfico ilícito de inmigrantes por tierra, mar y aire (A/RES/55/25 Anexo III) obligan a los Estados parte a castigar con firmeza la participación en un grupo delictivo organizado.

²⁷ Por su parte, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD), con sede en Viena, ha desempeñado un papel muy destacado en la lucha frente a la delincuencia organizada desde 1950, desarrollando una estrategia global contra la delincuencia internacional. El “Plan de Acción Mundial de Nápoles contra la Delincuencia Transnacional Organizada” de 1994 establece en una detallada lista las medidas esenciales que han de adoptarse para la cooperación mutua entre los diferentes Estados. Desde entonces, esta temática también se ha convertido en el objetivo principal de la Comisión de Prevención del Delito del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, encargada de las cuestiones relacionadas con la lucha contra la delincuencia. Esta Comisión ha elaborado recomendaciones para la prevención y lucha contra la delincuencia, y ha controlado y supervisado los correspondientes programas de las Naciones Unidas, coordinando la actividad de las instituciones regionales y suprarregionales en ese ámbito.

mujeres y niños, que tiene tres finalidades básicas: prevenir y combatir la trata de personas, proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, y promover la cooperación entre los Estados Parte (artículo 2 del Protocolo); y b) El Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que tiene por finalidad prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes, así como promover la cooperación entre los Estados Parte, protegiendo, al tiempo, los derechos de las víctimas objeto de dicho tráfico (artículo 2 del Protocolo).

Este célebre texto y sus Protocolos ofrecen un marco idóneo para la cooperación internacional en la lucha contra la delincuencia organizada, en general, y la trata de personas, en particular; y su aplicación por los Estados Parte elimina la mayoría de obstáculos que, hasta ahora, les habían impedido colaborar con más eficacia. Las medidas que sugiere a los Estados pueden sistematizarse del siguiente modo:

1. «Fortalecimiento de los controles fronterizos y de la cooperación entre los organismos encargados del control de las fronteras». Con arreglo al artículo 11 del Protocolo contra la trata de personas y el Protocolo contra el tráfico de migrantes, los Estados Parte reforzarán los controles fronterizos, y además de las medidas estipuladas en el artículo 27 de la Convención contra la Delincuencia Organizada, deberán considerar la posibilidad de reforzar la cooperación entre los organismos de control fronterizo estableciendo vías de comunicación directa.

2. «Seguridad y control documental». Con arreglo al artículo 12 de ambos Protocolos, los Estados Parte deberán garantizar la integridad y seguridad de los documentos de viaje que expidan; y de acuerdo con el artículo 13, verificarán, cuando lo solicite otro Estado Parte, y “dentro de un plazo razonable”, la legitimidad y validez de los documentos que, presuntamente, hayan expedido.

3. «Sanciones a los transportistas».

4. «Medidas de extradición»²⁸.

5. «Asistencia judicial recíproca».

En definitiva, la lucha contra las organizaciones delictivas involucradas en la trata de personas requiere enfoques amplios, flexibles y cooperativos, tanto a nivel europeo como internacional. En la práctica, se han puesto de manifiesto los puntos débiles y lagunas de los sistemas nacionales,

²⁸ Vid. Convenio relativo a la Extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea (1996); y la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea 2002/584/JHA sobre la orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre Estados miembros.

que trabajan aislados, y de los modelos de cooperación existentes en el ámbito comunitario. Así pues, consideramos que debería reforzarse la introducción de medidas de seguridad que establezcan un nexo eficaz entre los trámites de licitud derivados y los de entrada y salida de los pasos fronterizos exteriores; todo ello sumado a un mayor control de la delincuencia y una armonización de identificadores y datos biométricos.

4. EL DESARROLLO DE MEDIDAS CONTRA LA TRATA DE PERSONAS Y LA INMIGRACIÓN IRREGULAR EN EL MARCO DEL ESPACIO SCHENGEN

La desaparición de los controles en las fronteras interiores sobre mercancías, personas y capitales es un requisito irrenunciable para la construcción de un mercado único en el espacio Schengen, pero irremediablemente provoca, a la vez, la desaparición de los controles policiales fronterizos internos, lo cual demanda medidas compensatorias que, desde la perspectiva de la seguridad, permitan desarrollar adecuadamente labores de prevención y lucha contra la delincuencia organizada crecientemente transfronteriza. La política europea, limitada, como decimos, por los acuerdos sobre circulación libre de ciudadanos, se ha centrado en el férreo control de fronteras exteriores aumentando, así, sin pretenderlo, las cifras de inmigrantes irregulares²⁹.

La trata de seres humanos, en particular de mujeres, niños y niñas, constituye un destacado problema a escala mundial. El desarrollo de este grave delito y de las formas conexas de explotación sexual y laboral, que ya hemos abordado escuetamente, se ha intensificado con rapidez. Desde mediados de la década de los noventa, la Unión Europea ha participado activamente en el desarrollo de un enfoque multidisciplinario que englobe a los países de origen, tránsito y destino para prevenir y luchar contra esta lacra³⁰; basándose en tres principios clave: la prevención de las actividades de trata de personas, la protección y el apoyo a las víctimas y la persecución criminal eficaz de los traficantes.

La Unión Europea ha desarrollado, a través de medidas concretas, una importante actuación para luchar contra la inmigración irregular y la trata de personas. El Convenio Schengen impuso a las partes la fijación de

²⁹ J. A. MARTÍN PALLÍN, "Política común de la UE en materia de extranjería", en *Extranjeros y Derecho Penal, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 2004, pp. 233 y ss.

³⁰ J. LÓPEZ BARJA, "Posición de la UE sobre el crimen organizado", en *Criminalidad Organizada*, CDJ, Madrid, 2001, pp. 113 y ss.

sanciones que penalizasen el cruce no autorizado de las fronteras externas (art. 3.2). En el Título VI del Tratado de Maastricht, de 7 de febrero de 1992, se reconoce que el objetivo de la Unión es ofrecer mayor seguridad a los ciudadanos elaborando una acción común entre Estados miembros en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal; prevención y lucha contra la delincuencia organizada, y en particular, la trata de seres humanos³¹; en definitiva, el establecimiento de una política común relacionada con la libre circulación de personas y la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia³². El Tratado de Ámsterdam, en su art. 63.3.b), autorizó específicamente al Consejo para adoptar medidas contra la inmigración y la residencia ilegal. Posteriormente, el Acuerdo sobre cooperación en materia de justicia y asuntos de interior, concertado después del Tratado de Amsterdam (1997) mejoró significativamente las

³¹ Tal y como señala el informe de la Comisión Europea con motivo del 18 de octubre, día de la lucha contra el tráfico de seres humanos, a pesar de ser evidente que este fenómeno aumenta en todas las regiones del mundo, el número de detenciones de traficantes es aún relativamente pequeño. En Bulgaria, que comienza a colaborar decisivamente con el resto de los países de la UE, las víctimas más comunes de la trata de seres humanos son las mujeres y los niños, sometidos a explotación sexual y laboral. Desde el comienzo de 2006, funcionarios del Ministerio del Interior han participado en 33 operaciones policiales exitosas, llevadas a cabo en el territorio de la UE, junto a colegas alemanes, belgas, franceses, etc. La mayoría de las acciones policiales tuvieron por objeto desmantelar canales de tráfico de niños búlgaros de origen romaní, y de muchachas adolescentes que eran obligadas a prostituirse. El tráfico de bebés adquiere una dimensión cada vez mayor en algunos de los países de reciente adhesión. Sólo en 2006 el Ministerio del Interior ha detectado 13 casos de exportación de bebés por parte de mujeres embarazadas búlgaras, predominantemente de origen romaní. Los recién nacidos eran vendidos a adoptantes extranjeros. Para acabar con este negocio ilegal, los servicios búlgaros cooperan activamente con la policía de los demás países miembros. Según el Ministro de Interior, la trata de seres humanos “es un asunto de todos los Estados miembros de la UE, lo cual requiere la adopción de medidas complejas que abarquen todo el territorio Schengen”. En una gran parte de los supuestos, las investigaciones policiales, en conjunto con la Fiscalía búlgara, llegan hasta mecanismos muy bien diseñados que parten del tráfico de personas, la acumulación de activos ilegales, el blanqueo de capitales y, por supuesto, la posibilidad de encauzar parte de ese dinero hacia otros delitos no menos peligrosos en el territorio de la Unión Europea. Durante el 2006, la Agencia estatal búlgara para la protección del niño ha alertado de 170 casos de exportación de niños hacia Austria y Grecia, una cifra tres veces mayor en comparación con años anteriores. Según la directora de la Agencia esto no significa que haya un aumento en el número de casos de tráfico de niños, sino que estos salen a la luz gracias a la exitosa labor del sistema de protección, que creó diversas posibilidades de alerta y prestación de apoyo a las pequeñas víctimas. En Bulgaria, los ciudadanos pueden denunciar los casos de explotación de menores con fines comerciales, directamente, en la Agencia; y la cantidad de denuncias entre 2005 y 2007 ha sido impresionante.

³² Vid. CUGAT MAURI, “Trata de personas”, en M. GARCÍA ARÁN (Coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Comares, Granada, 2006, pp. 56 y ss.

posibilidades de coordinar las acciones contra la delincuencia organizada. En la celebración del Consejo Europeo de Tampere, de octubre de 1999, la lucha contra la delincuencia en la Unión Europea fue uno de los temas principales de las decisiones para la «creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia»; y a través del documento «Prevención y control de la delincuencia organizada – Estrategia de la Unión Europea para el comienzo del nuevo milenio», elaborado bajo la Presidencia finlandesa, se cerró el círculo, actualizando las nuevas condiciones y los nuevos retos. Finalmente, en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (art. 5) se prohíbe la esclavitud y la trata de seres humanos. Sin pretensiones de exhaustividad pueden mencionarse, también, otras medidas relevantes en el seno de la Unión Europea (1993-2007): 1) Resolución del Parlamento Europeo sobre explotación de la prostitución y comercio de seres humanos de 1989; 2) Resolución del Parlamento Europeo sobre trata de mujeres de 1993; 3) Acuerdo del Consejo de Justicia y Asuntos Interiores de la Unión Europea, en 1993, para formular un conjunto de recomendaciones a los Estados miembros con la finalidad de luchar contra el tráfico de personas; 4) Convenio de la Europol, de 26 de julio de 1995, con base en el artículo K3 del Tratado de la UE por el que se crea una oficina europea de policía, y se establece un concepto diferente de “inmigración ilegal”, que requiere actividades dirigidas, previa prestación económica, a facilitar la entrada de un extranjero contrariando la normativa; 5) Resolución de la UE de 23 de noviembre de 1995 sobre protección de testigos y ayuda a las víctimas, siguiendo las pautas marcadas por la Conferencia de Viena; 6) Recomendación del Consejo de 22 de diciembre de 1995 sobre armonización de medios de lucha contra la inmigración y el empleo ilegales; 7) Sistema de intercambios destinado a los responsables de la acción contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de niños de 1996; 8) Acción Común por la que se amplía el mandato otorgado a la Unidad de Drogas de Europol en materia de trata de seres humanos (1996), que se va a ver completada por una Decisión del Consejo de 3 de diciembre de 1996; 9) Recomendación de 27 de agosto de 1996 sobre la lucha contra el empleo ilegal de nacionales de terceros países, además de todas las medidas acordadas contra la trata de mujeres con fines de explotación sexual; 10) Recomendación del Consejo de 27 de septiembre de 1996, relativa a la lucha contra el empleo ilegal de nacionales de terceros países; 11) Acción Común, de noviembre de 1996, del Consejo de la UE en el marco de la lucha contra la trata de seres humanos que proponía que tales conductas fueran consideradas como infracciones penales que debían ser sancionadas de manera eficaz, proporcionada y disuasoria, reclamando la ampliación de los fundamentos de la competencia de los tribunales propios, más

allá de los límites estrictos del principio de territorialidad; 12) Comunicación de la Comisión Europea relativa a la trata de mujeres con fines de explotación sexual de 1996; 13) Resolución de la Comisión al Consejo y Parlamento sobre la trata de mujeres con fines de explotación sexual (1996); 14) Conferencia de Viena, en junio de 1996, organizada por la Comisión y la OIM, sobre la trata de mujeres; 15) Recomendaciones del Grupo de Trabajo sobre Defensa de la Ley y de la Cooperación de la policía, en la Conferencia sobre Tráfico de Mujeres de Viena en junio de 1996; 16) Resolución del Parlamento Europeo sobre la trata de personas de 1996, a través de la cual se reclama a los Estados una definición unívoca del fenómeno, así como acuerdos en aspectos vinculados a la competencia extraterritorial, infracciones criminales, cooperación, intercambio de información, etc; 17) Conferencia de la Unión Europea sobre trata de blancas en 1997; 18) Acción Común, de 24 de febrero de 1997, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños, modificada por Decisión marco 2002/629/JAI; 19) Conferencia Interministerial, celebrada en La Haya, el 26 de abril de 1997, en la que la Unión Europea mostró su empeño en aumentar la cooperación contra la trata de seres humanos, y, en este sentido, acordaron una Declaración de principios o guía europea para adoptar medidas eficaces de prevención de la trata de mujeres con fines de explotación sexual; 20) Acción conjunta relativa a la trata de seres humanos y la explotación sexual de niños 1997; 21) Plan de acción común para luchar contra la delincuencia organizada de agosto de 1997; 22) Resolución sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la trata de mujeres con fines de explotación sexual de 16 de diciembre de 1997; 23) Plan de Acción de Viena de 1998 también se refiere a esta cuestión, centrándose en la cooperación judicial en materia penal y la aproximación de normas en lo que respecta al delito de trata de personas; 24) Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo sobre trata de mujeres 1998; 25) Posición común 99/225/JAI del Consejo, de 29 de marzo de 1999, relativa a la propuesta de Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada; 26) Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 9 de diciembre de 1998, sobre nuevas medidas en el ámbito de la lucha contra la trata de mujeres (desde la primera Comunicación de la Comisión en 1996, una toma de conciencia general del problema permitió adoptar una serie de iniciativas a nivel europeo, en asociación con terceros países y con organizaciones especializadas. No obstante, el problema se fue acentuando, y la Comisión decidió que la lucha contra la trata de mujeres con fines de explotación sexual debía seguir siendo una prioridad política. Se trataba,

también, de lanzar un mensaje claro a los países candidatos para que adoptasen medidas al respecto y para que cooperasen con la UE. Gracias a las acciones emprendidas desde 1996, básicamente, intercambio de información y labores de investigación, hoy en día este fenómeno se conoce mejor, constatándose que su desarrollo es inquietante, en particular, debido al tráfico procedente de los países de Europa Central y Oriental. Esta segunda Comunicación sobre trata de mujeres se sitúa, en un contexto más amplio al cubrir las distintas etapas de la cadena de delincuencia organizada y tiene por objeto la participación de todos los protagonistas en la lucha contra este comercio); 26) Acción Común de 21 de diciembre de 1998, relativa a la tipificación penal de la participación, que fue adoptada por el Consejo sobre la base del art. K3 del Tratado de la UE, fija como condiciones básicas para considerar una organización delictiva: la permanencia en el tiempo, y la existencia de una estructura piramidal que le permita diferenciarse de la delincuencia común; 27) Consejo de Tampere, de 16 de noviembre de 1999, donde se puso de manifiesto la necesidad de resolver el problema de la trata de personas y se concluyó que la Unión debía desarrollar un mejor control de las fronteras exteriores para poner fin a la inmigración ilegal y luchar contra los explotadores; siendo necesario, asimismo, consolidar y garantizar los derechos humanos, especialmente los de los menores, para prevenir conflictos, luchar contra la pobreza y mejorar las posibilidades de vida en sus países. La armonización de la legislación penal figuraba como uno de los objetivos de esta Cumbre, que finalmente, hizo un llamamiento a los Estados miembros para que concentrasen sus esfuerzos en detectar y dismantelar las redes de delincuencia, salvaguardando al tiempo a las víctimas. En su Acuerdo núm. 23, el Consejo manifestaba su firme propósito de “hacer frente a la inmigración ilegal en su origen, en especial, luchando contra quienes se dedican a la trata de seres humanos y a la explotación económica de los migrantes”; 28) Comunicación de la Comisión, de 26 de mayo de 1999, sobre la aplicación de las medidas de lucha contra el turismo sexual que afecta a niños; 29) Informe de seguimiento a la Comunicación de la Comisión Europea, de diciembre de 1998, sobre medidas adecuadas para la lucha contra el tráfico de mujeres, aprobado por el Parlamento Europeo el 19 de mayo de 2000; 30) Firma en 2000 de la Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional, completada por un Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, por tierra, mar y aire; 31) Recomendación número 11 del Comité de Ministros de los Estados miembros en la acción contra el tráfico de seres humanos dirigido a la explotación sexual de 19 de mayo de 2000. Las medidas propuestas eran, básicamente, la evaluación de los

criterios de criminalización; la valoración crítica de las legislaciones nacionales; el fomento de la ratificación y ejecución de los convenios internacionales sobre el tráfico de personas; y la creación de un organismo que coordinase la lucha; 32) Comunicación del Consejo (COM (2000 854) relativa a la trata de seres humanos y a la lucha contra la explotación sexual de niños; 33) Iniciativa de la República Francesa 2000/C/253/03 para reforzar el marco penal para la represión de la entrada y estancia de irregulares; 34) Reunión de Ministros de Justicia e Interior en Estocolmo (2001), en la que se acordó combatir las mafias en la Unión Europea; 35) Decisión marco del Consejo 2001/220/JHA, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal; 36) Decisión marco del Consejo de 19 de julio de 2002, acordada en Sevilla, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, si esa trata tiene como finalidad la explotación sexual o laboral; 37) Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo basado en el artículo 10 de la Decisión marco del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos. De conformidad con este precepto, la Comisión debía presentar un informe escrito sobre las medidas adoptadas por cada uno de los Estados miembros para dar cumplimiento a dicha Decisión. El artículo 10.1 obliga a los Estados a tomar medidas para dar cumplimiento a las disposiciones de la Decisión marco antes del 1 de agosto de 2004 y, con arreglo al apartado 2º, los Estados miembros comunicarán ese mismo día a la Secretaría General del Consejo y a la Comisión el texto de las disposiciones por las que se incorporen en su ordenamiento jurídico las obligaciones que les impone la mencionada Decisión. Basándose en un informe redactado con esta información y en un informe escrito de la Comisión, el Consejo evaluaría en qué medida los Estados miembros habrían adoptado los mecanismos necesarios para dar cumplimiento a la Decisión marco. Sin embargo, a 1 de agosto de 2004 sólo cuatro Estados miembros (Francia, Finlandia, Chipre y Austria) habían notificado a la Comisión las medidas tomadas, y hasta febrero de 2005 lo habían hecho únicamente quince (Alemania, Estonia, República Checa, Malta, España, Grecia, Letonia, Hungría, Eslovaquia, Suecia y Reino Unido). Italia, Países Bajos y Eslovenia contestaron antes de mayo de 2005, Dinamarca lo hizo el 13 de julio de 2005 y Bélgica facilitó su respuesta final el 29 de septiembre de 2005. Aunque Polonia remitió la información el 4 de enero de 2006, su informe sólo aportaba datos sobre la aplicación de la Decisión marco. En resumen, al finalizar 2005, la Comisión no había recibido información, o sólo había recibido datos preliminares, en el caso de cuatro Estados miembros: Portugal, Luxemburgo, Irlanda y Lituania. Una segunda observación debe referirse a la naturaleza específica del ámbito regulado, en el que la De-

cisión marco tiene por finalidad combatir la trata de seres humanos e introducir una armonización mínima de las penas. Desde la adopción en 1997 de una acción conjunta relativa a medidas para combatir la trata y la explotación sexual de la infancia, la cantidad de iniciativas ha aumentado considerablemente tanto en el ámbito nacional como en el comunitario. El objetivo de esta Decisión marco era aproximar la legislación de los Estados miembros en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal relativa a la lucha contra la trata de seres humanos. Además de ello, el texto es altamente interesante, puesto que introduce un marco común de disposiciones europeas destinadas a abordar problemas tales como las circunstancias agravantes, la jurisdicción, el procesamiento, y la protección y ayuda a las víctimas. El artículo 1 define la trata de seres humanos como “la que tiene fines de explotación laboral o sexual”. Los Estados miembros deberán garantizar, así, la punibilidad de cualquier forma de captación, transporte, traslado, o acogida, particularmente cuando exista abuso de la vulnerabilidad física o mental de la víctima. En el artículo 3, la Decisión proclama que la trata de seres humanos es un delito grave, a menudo, cometido contra personas particularmente vulnerables, que debe ser castigado con penas efectivas, proporcionadas y disuasorias; al que debemos enfrentarnos no sólo a través de acciones nacionales individuales, sino mediante planteamientos completos en los que se establezca una definición común de los elementos constitutivos del delito. Debe prestarse una especial atención a las sanciones para los delitos cometidos con circunstancias agravantes como, por ejemplo, cuando se ponga en peligro la vida de la víctima o cuando se cometan mediante violencia grave³³. Por su parte, el artículo 7 obliga a los Estados miembros a proteger a las víctimas y especialmente a las víctimas menores de edad. Se aplicará, al respecto, la Decisión marco del Consejo 2001/220/JHA, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, y en el supuesto de víctimas particularmente vulnerables, la Comisión desarrollará el plan de acción adoptado por el Consejo el 1 y 2 de diciembre de 2005; 38) Directiva del Consejo 2002/90/CE, de diciembre de 2002,

³³ En la mayoría de los casos, los Estados miembros han establecido sanciones máximas severas para los delitos de trata de seres humanos, en especial para los cometidos con circunstancias agravantes. En lo que respecta al artículo 3.2.b) de la Decisión marco, los Estados miembros deben estipular distintas sanciones en función de la edad de la víctima para los delitos cometidos con fines de explotación sexual. Sin embargo, puede plantearse la cuestión de si, en coherencia con el principio de garantizar la mayor protección para la infancia, todos los delitos de trata cometidos contra niños no deberían considerarse como cometidos “con concurrencia de circunstancias agravantes”.

destinada a definir la ayuda a la entrada, circulación y estancia irregular, incriminando conductas consistentes en el transporte de personas como si fuesen cosas o mercancías; 39) Decisión de la Comisión de 2003 para la creación de un grupo consultivo denominado “Grupo de Expertos en la Trata de Seres Humanos”; 40) Decisión Marco del Consejo de 22 de diciembre de 2003 sobre la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil; 41) Consejo Europeo de Tesalónica, de 20 de junio de 2003, relativo a una política común en materia de inmigración ilegal y trata de seres humanos, fronteras exteriores y retorno de residentes legales, donde se subraya la gravedad del delito incluyéndolo en el ámbito de aplicación de la orden de detención europea; 42) Consejo Europeo de Bruselas de 2004, en el que se recalcan las medidas de prevención de la introducción clandestina de seres humanos; 43) Directiva del Consejo 2004/81/CE, de 29 de abril de 2004, sobre el permiso de residencia concedido a ciudadanos de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o que hayan sido sometidos a alguna acción para facilitar la inmigración ilegal, en cooperación con las autoridades competentes. La Directiva tiene por objeto definir las condiciones para la concesión de permisos de residencia de duración limitada, en función de la duración de los procedimientos nacionales pertinentes, a nacionales de terceros países que cooperen en la lucha contra la trata de seres humanos o contra la inmigración ilegal. Los Estados miembros aplicarán la Directiva a los nacionales de terceros Estados que sean, o hayan sido, víctimas de delitos relacionados con la trata de seres humanos, aun cuando hayan entrado ilegalmente en el territorio de los Estados miembros; pudiendo aplicarse también a menores de edad. Los Estados deben facilitar información a nacionales de terceros países que puedan estar interesados (víctimas); pudiendo hacerlo a través de una organización no gubernamental o una asociación; debiendo garantizar que se les conceda un período de reflexión para recuperarse y liberarse de la influencia de los autores de los delitos de forma que puedan decidir, con conocimiento de causa, si cooperan con las autoridades competentes. Durante este período la posible orden de expulsión quedaría en suspenso; y la víctima debería poder acceder a tratamiento médico, asistencia psicológica, servicios de traducción e interpretación, así como asistencia jurídica gratuita. Se les otorgaría el permiso si, previamente, han mostrado una clara voluntad de cooperación y han roto todas las relaciones con los presuntos autores. El permiso de residencia no se renovará si las condiciones del art. 8 de la Directiva dejan de cumplirse y cuando expire se aplicará la legislación de extranjería ordinaria (aspecto que parece muy poco razonable). Otra medida polémica es que el permiso podrá retirarse en cualquier momento si el titular reanuda re-

laciones con los presuntos autores; si la cooperación de la víctima es fraudulenta o la denuncia es infundada; cuando deje de cooperar; o “cuando las autoridades competentes decidan desistir de la acción”, opción bastante grave para la víctima que puede situarse en una posición de indefensión absoluta después de haber denunciado a los miembros de la organización criminal; 44) Recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo sobre la lucha contra la trata de seres humanos: un enfoque integrado y propuestas para un plan de acción; en la que se formulan una serie de encargos: a) Los Estados miembros deben, en su caso, acelerar la transposición de la Directiva 2004/81/CE y tener en cuenta el Convenio del Consejo de Europa para la Acción contra la trata de seres humanos; b) Los Estados miembros deben dotar a sus autoridades gubernativas de estructuras organizativas, personal especializado y recursos económicos necesarios para que éstas se sitúen en condiciones de luchar contra la trata de seres humanos de forma eficaz; c) Los Estados miembros deben cerciorarse de que los servicios gubernativos nacionales asocien a Europol el intercambio de informaciones, las operaciones conjuntas y las actividades de equipos de investigación comunes; d) Los Estados miembros y la Comisión deberían intensificar el diálogo político con países terceros a nivel bilateral y multilateral en relación con los aspectos de las políticas de lucha contra la trata de personas que guarden relación con los derechos humanos, y seguir planteando esta cuestión en los foros pertinentes; e) Los Estados miembros deberían garantizar la protección plena de los derechos humanos de las víctimas de trata en todas las fases del proceso, así como la existencia de mecanismos de traslado adecuados, con arreglo a las necesidades y de acuerdo con la práctica y la legislación nacionales, a fin de permitir la identificación y el traslado de las víctimas en una fase temprana; 45) Plan de la UE sobre mejores prácticas, normas y procedimientos para luchar contra la trata de seres humanos y prevenirla (Diario Oficial C 311 de 9.12.2005). El Programa de La Haya, adoptado por el Consejo Europeo en noviembre de 2004, invitaba a la Comisión y al Consejo a redactar en 2005 un Plan que permitiese elaborar normas, prácticas probadas y mecanismos comunes para prevenir y combatir la trata de seres humanos. La política de la Unión Europea en esta materia debería contemplar un enfoque de los derechos del menor basado en principios mundialmente reconocidos, y que respete, en particular, los enunciados en el Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, y tenga en cuenta el programa de actuación del Consejo de Europa sobre la violencia ejercida contra menores (2006-2008); 46) Comunicación de la Comisión sobre las prioridades políticas en la lucha contra la inmigración ilegal de los nacionales de terceros países, de 20 de julio de 2006, que se

centró en la cooperación con los países de origen, la gestión de las fronteras exteriores de la UE y la lucha contra la trata de seres humanos, etcétera.

La doctrina penal ha propuesto en los últimos años, no sólo la armonización de las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea en materia de inmigración; sino también la creación de un eurodelito de trata de seres humanos con penas de hasta 10 años cuando los fines fuesen la explotación sexual o laboral³⁴, y que fuese castigado, por igual, en todos los países de la Unión, a quienes con ánimo de lucro y como miembros de una organización recluten personas para transportarlas ilegalmente a la UE. La conducta se agrava si se emplea violencia o engaño; si la víctima es un menor; o si la finalidad fuese la explotación sexual.

La aplicación de las políticas e instrumentos legales de la UE debe ser respaldada por las actividades de Europol en lo relativo a la mejora de los servicios de inteligencia policial y las investigaciones conjuntas; y por Eurojust en lo referente a la coordinación de los procesos penales, y a la facilitación de una asistencia legal mutua a escala internacional. Los programas financieros son, asimismo, un instrumento importante para el desarrollo o el refuerzo de políticas en materia de lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual.

Es necesario analizar, en primera instancia, el papel de la Oficina Europea de Policía (Europol) que se ocupa de la información confidencial en la esfera penal. Su objetivo es mejorar la eficacia y la cooperación entre las autoridades competentes de los Estados miembros en la prevención y lucha contra los actos graves de delincuencia organizada³⁵. Tiene la función de recabar, analizar y transmitir distintas informaciones para facilitar las investigaciones de las autoridades nacionales en la lucha contra las formas más graves de delincuencia internacional. Sus competencias fueron ampliadas en noviembre de 2002 y, desde entonces, puede formar parte de grupos de investigación comunes de los Estados miembros y solicitar a los Estados que, de manera individual, inicien investigaciones concretas.

La Unión Europea, como ejemplo de apoyo a las estructuras regionales existentes, ha establecido una red de enlace de fiscales a fin de afron-

³⁴ L. ARROYO ZAPATERO, L., "Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos", en *Homenaje al Dr. Barbero*, vol. II, Salamanca, 2001, pp. 25 y ss.

³⁵ <http://www.europol.eu.int/>

tar con mayor eficacia la delincuencia transfronteriza, en particular los actos cometidos por grupos delictivos organizados transnacionales. De este modo, cada Estado miembro nombra un fiscal que pasa a formar parte de la Oficina Eurojust³⁶ con sede en La Haya. Este entramado alienta y mejora la coordinación de las investigaciones y actuaciones penales entre las autoridades competentes, teniendo en consideración toda solicitud dimanante de una autoridad de un Estado miembro y toda información facilitada por cualquier órgano competente en virtud de las disposiciones adoptadas en el marco de los tratados. Es obvio que su creación mejora, considerablemente, la cooperación entre las autoridades de los Estados miembros facilitando la ejecución de medidas de asistencia judicial recíproca internacional y el cumplimiento de solicitudes de extradición. Con el logro de esos objetivos, aportará mayor eficacia a los organismos encargados de hacer cumplir la ley, tanto a nivel individual como colectivo y, sobre todo, contribuirá a poner a los delincuentes en manos de la justicia con mayor celeridad.

Además de esta gran iniciativa, se ha creado, también, una Red Judicial Europea para promover y acelerar la cooperación en asuntos penales, prestando particular atención a la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, incluida la trata de personas. Los puntos de contacto de esa Red funcionan como intermediarios activos con el propósito de facilitar la cooperación judicial entre los Estados miembros. Además de ello, prestan a las autoridades judiciales locales la información jurídica y práctica necesaria en sus respectivos países, a fin de permitirles preparar solicitudes eficaces de cooperación judicial. Al hilo de esta propuesta se ha instituido un marco de intercambio de magistrados de enlace cuya misión abarca cualquier actividad encaminada a alentar y acelerar toda forma de cooperación judicial en asuntos penales, particularmente mediante el establecimiento de vínculos directos entre los departamentos y las autoridades judiciales competentes, facilitando así la asistencia recíproca. En virtud de los acuerdos concertados entre el Estado miembro de origen y el Estado miembro anfitrión, las tareas de los magistrados de enlace pueden abarcar las actividades relativas a la tramitación del intercambio de información y de estadísticas encaminadas a promover un entendimiento mutuo de los ordenamientos jurídicos de los Estados interesados, o el fomento de relaciones entre las profesiones jurídicas de cada uno de esos Estados³⁷.

³⁶ <http://www.eurojust.eu.int/> y <http://www.ejn-crimjust.eu.int/>

³⁷ En algunos países como Reino Unido se ha creado una red de oficiales de enlace en el extranjero especializada en delincuencia organizada en materia de inmigración.

En la Unión Europea la lucha contra la delincuencia organizada ha llevado a la determinación de dos líneas de trabajo fundamentales: por un lado, la creación de programas de cooperación, y, por otro, la unificación de los criterios de lucha, mediante una definición común de “delincuencia organizada”, para reforzar la seguridad pública en el territorio Schengen, facilitando la cooperación policial y la extradición entre Estados miembros. En esta línea, son varios los programas que se han puesto en funcionamiento en la última década: En 2003, el programa marco AGIS de cooperación policial y judicial en asuntos delictivos, sustituyó y absorbió una serie de planes de financiación preexistentes, más específicos, como el programa STOP (1996-2002) articulado para estimular y reforzar la cooperación práctica entre los responsables de la acción contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de niños en los Estados miembros. Otro instrumento financiero que no debe ser preterido fue el programa DAPHNE (1997-1999), destinado a erradicar la violencia contra niños, jóvenes y mujeres. Este programa pionero se prorrogó de 2004-2008 a través de uno nuevo denominado “DAPHNE II”, que fue aprobado por Decisión 803/2004/CE del Parlamento Europeo. Además de los previamente mencionados, podemos reseñar el Programa FALCONE (1998-2000) tendente a mejorar la formación de jueces, fiscales y policías aduaneros; el Programa ODYSSEUS dirigido a facilitar la cooperación entre funcionarios de los Estados miembros y apoyar su formación en asilo e inmigración; el Programa SHERLOCK sobre intercambios y cooperación en el ámbito de los documentos de identidad; el programa ARGO sobre cooperación administrativa en la Unión Europea en los ámbitos de asilo, visados, inmigración y fronteras externas; y, finalmente, el programa AENEAS sobre asistencia financiera y técnica a terceros países en los ámbitos de inmigración y asilo.

Además de la acción institucional específica, la Comisión Europea puso en marcha en mayo de 2001 el Foro Europeo para la prevención de la delincuencia organizada, donde intervienen las fuerzas y cuerpos de seguridad nacionales, grupos de empresarios, investigadores, académicos, ONG's y la sociedad civil en general, para debatir sobre nuevos planteamientos destinados a la prevención de distintos tipos de delincuencia organizada. Del mismo modo, la Comisión coopera estrechamente, en esta materia, con las organizaciones internacionales pertinentes (ONU, Consejo de Europa, OSCE, Pacto de Estabilidad para la Europa del Sudeste, G8³⁸), y por

³⁸ Los Jefes de Estado y de Gobierno del G8 ratificaron en la Cumbre de Halifax de 1995 los peligros globales que plantea la delincuencia organizada y constituyeron un grupo de expertos de alto nivel (Grupo de Lyon) con la misión de analizar y evaluar los instrumentos internacionales

otra parte, ha realizado esfuerzos, en particular mediante los programas TACIS y CARDS, para desarrollar contundentes acciones contra la trata de seres humanos, incluyendo campañas de sensibilización de la ciudadanía en países clave de origen y tránsito como Bielorrusia, Moldavia, Rusia, Ucrania³⁹, así como la región de los Balcanes⁴⁰, fomentando la cooperación entre los sistemas policiales y judiciales de los países vecinos.

En relación con los Estados nórdicos de Europa (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), puede afirmarse que han establecido una singular red de enlace a la que envían oficiales de sus servicios de policía o aduanas. Estos funcionarios trabajan principalmente en los Estados de origen donde se producen operaciones de delincuencia organizada, y suelen estar destinados en la embajada pertinente del Estado nórdico que los envía, desde donde remiten información a los organismos de policía y aduanas de todos los Estados nórdicos y apoyan a sus respectivos anfitriones.

Por otro lado, destacamos la creación del Centro Internacional para el Desarrollo de la Política de Migración (ICMPD) que es una organización intergubernamental cuyo mandato consiste en promover políticas migratorias sostenibles, funcionando como un mecanismo para el intercambio de servicios entre los gobiernos y las organizaciones de toda la región europea. El ICMPD brinda asesoramiento sobre medidas para luchar contra la mi-

existentes y los mecanismos de lucha contra la delincuencia organizada, y proponer medidas para cubrir los posibles vacíos. A este respecto, el Grupo de Lyon elaboró, en 1996, cuarenta recomendaciones que fueron aplicadas por los países miembros del G8 y por otros Estados. El Grupo de Lyon se ocupa actualmente del fenómeno de la «ciberdelincuencia» y de la lucha contra la pornografía infantil, entre otros.

³⁹ La Unión Europea, mediante el programa AENEAS, ha puesto en marcha un proyecto a largo plazo de lucha contra la trata de seres humanos en Moldavia y Ucrania abordando las deficiencias en la aplicación actual de los planes de acción nacionales contra la trata de seres humanos. Se financia con cargo al Programa de asistencia económica y técnica a terceros países en los ámbitos de la migración y el asilo (AENEAS) de la Comisión Europea y abarcará un período de dos años, a partir de noviembre de 2006 y hasta noviembre de 2008. Comprende medidas específicas basadas en el mercado de trabajo para luchar contra la trata de seres humanos, como, por ejemplo, las destinadas a mejorar los sistemas de información sobre el mercado de trabajo utilizados en el servicio público de empleo, formación para los inspectores del trabajo y otras autoridades gubernamentales a fin de supervisar mejor las agencias privadas de empleo; mejoras en los programas de formación profesional; promoción de la iniciativa empresarial entre las personas que han sido víctimas de la trata de personas; y ayudas para recopilar datos sobre la migración irregular y la trata de personas desde Ucrania y Moldavia.

⁴⁰ El Centro Regional de la Iniciativa de Cooperación en Europa Sudoriental para la Lucha contra la Delincuencia Transfronteriza (SECI) agrupa a 11 Estados de la región balcánica y tiene la finalidad de combatir la delincuencia organizada.

gración irregular y la trata de seres humanos, y sobre políticas para la gestión de las fronteras, los visados, el retorno, la readmisión y el asilo. En resumen, contribuirá con sus conocimientos técnicos al diseño y aplicación de planes de acción nacionales, a la formación del personal encargado del cumplimiento de la ley y al acopio de datos.

Finalmente, es necesario reseñar, en la región del mar Báltico, el grupo «Task Force Organized Crime», que se ha convertido en un importante foro para la cooperación práctica en la lucha contra la delincuencia organizada. Los objetivos principales de este grupo de trabajo del Consejo de Estados del Mar Báltico consisten en reforzar el intercambio de información relacionada con la delincuencia y realizar operaciones comunes de los departamentos policiales, aduaneros y de protección de fronteras de los Estados participantes. La especial importancia de la «Task Force», en términos de integración política, se deriva del hecho de que reúne Estados miembros de la Unión Europea, Estados pertenecientes al Espacio Económico Europeo, países candidatos a la UE, y Rusia, en las estructuras de cooperación internacional en el ámbito de la lucha contra la delincuencia.

5. LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA

Como hemos tenido oportunidad de comprobar, la Unión Europea, mucho antes del Convenio Schengen, y más acentuadamente después del Tratado de Maastricht, se ha ocupado de la lucha contra la inmigración, la residencia y el trabajo irregular. Por su parte, el Tratado de la Comunidad Europea autorizó ya al Consejo a tomar medidas sobre asilo, inmigración y delincuencia (art. 61 y siguientes), y en la reunión de Tampere en 1999 comienza a plantearse, seriamente, a los Estados miembros, crear un plan de control coherente en las fronteras para poner fin a la inmigración ilegal, reflexiones que se repiten, con insistencia, en el Consejo Europeo de Laeken de 2001. En 2002 los Estados acuerdan poner en marcha un Plan Global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos, que se conoce como “Plan de Acción de Santiago”; y en el Consejo europeo de Sevilla establecen medidas de lucha y puesta en común de una política coordinada en materia de fronteras exteriores. Posteriormente, en el Consejo Europeo de Salónica, durante los días 19 y 20 de junio de 2003, los Estados de la UE estudian con profundidad el tema de la inmigración ilegal en cuanto a gestión de fronteras y repatriación; pero será el Consejo Europeo de Bruselas de noviembre de 2004, el que abor-

de la definición de mecanismos específicos para la lucha contra la delincuencia organizada.

La Directiva 2002/90/CE, de 28 de noviembre, y la Decisión Marco 2002/946/JAI se orientan hacia un uso preferente del Derecho Penal como mecanismo de defensa frente a la inmigración ilegal. En la legislación española existen coincidencias entre las prohibiciones penales y administrativas⁴¹, pero nuestro ordenamiento jurídico va incluso más lejos que el propio Convenio Schengen cuando en el art. 318 bis del Código Penal castiga al que, directa o indirectamente, promueva o facilite el tráfico ilegal⁴² o la inmigración clandestina de personas. La Ley Orgánica 11/1999 introdujo el art. 188.2 del Código Penal que incriminaba el tráfico sexual de personas: “será castigado con penas de 2 a 4 años el que directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas con el propósito de explotación sexual⁴³, abusando de la necesidad o vulnerabilidad de la víctima”. Este párrafo desaparece con la reforma introducida en la LO 11/2003, de 29 de septiembre, quedando el tráfico sexual de personas⁴⁴ integrado en el art. 318 bis del Código Penal español. El único problema es que este artículo mezcla la trata de personas y el tráfico ilegal de migrantes⁴⁵, que son dos cuestiones, como hemos

⁴¹ Véase el art. 318 bis del Código Penal y el art. 54 de la Ley de Extranjería española (sanción administrativa), que se aplicaría cuando el hecho concreto no constituya delito penal. Generalmente se produce una doble punición vulnerando el principio “*non bis in idem*”. En Italia, el artículo 12 del Decreto Legislativo 286/1998, modificado por la Ley 271/2004, contempla una circunstancia atenuante por colaboración con la justicia, que es habitual en todos los ordenamientos jurídico-penales europeos. Por favorecimiento de la inmigración clandestina las penas de prisión oscilan entre 1 a 5 años en Italia; hasta 2 años en Finlandia; hasta 10 años en Canadá; hasta 5 en Alemania; hasta 6 en Argentina; en Japón la sanción podría ser de trabajos forzados durante un tiempo determinado y hasta 3 años de prisión; mientras que en Nueva Zelanda la pena de prisión puede alcanzar los 20 años. Vid. P. ESQUINAS, “Análisis comparado de las legislaciones penales sobre tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas”, en J. M. ZUGALDÍA (Dir.) y E. J. PÉREZ (Coord.), *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

⁴² <http://www.qweb.kvinnofom.se/papers/traffickingreport.html>

⁴³ Sobre este particular, J. HERNÁNDEZ PLASENCIA, El delito de tráfico de personas para su explotación sexual, en L. CAPELLO (Coord.), *Inmigración y Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 237-254.

⁴⁴ Las primeras medidas que toman las organizaciones criminales para evitar la fuga y lucrarse a cambio de una supuesta “deuda migratoria” son la retirada y retención del pasaporte (algo que sólo puede hacer la policía, justificadamente, y por un lapso de tiempo determinado, entregando al extranjero el pertinente resguardo) y del billete de avión de regreso al país de origen.

⁴⁵ Es necesario diferenciar, también, entre tráfico ilegal (hay alguien que ayuda a cruzar las fronteras con ánimo de lucro) y la inmigración clandestina, terminología clásica propia del Derecho Administrativo (los inmigrantes cruzan solos).

visto, radicalmente diferentes, aunque con innumerables aspectos comunes. La pena por el delito del art. 318 bis se agrava por la condición de autoridad o funcionario público del autor, o por pertenencia a una organización criminal; y el tipo agravado del art. 318. 2 bis Código Penal establece una sanción de 5 a 10 años de prisión si la finalidad fuese la explotación sexual⁴⁶.

España, sin duda, debe adoptar medidas legislativas a fin de enjuiciar delitos vinculados a la extraterritorialidad del tráfico o trata de personas y, en esta línea, se inscribe la reciente Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, modificándose el primer apartado del art. 318 bis del Código Penal, al objeto de que la descripción del tipo penal no quede restringida a los supuestos en los que el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas tenga que llevarse a cabo desde, en tránsito, o con destino a España. Con la nueva redacción se perseguirá también dicha conducta cuando el destino sea cualquier otro país de la Unión Europea.

En el ámbito comunitario es necesario destacar los avances apuntados por la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004⁴⁷, 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. El plazo de transposición de esta Directiva llegaba a su fin el día 5 de agosto de 2006; pero en esa fecha, España no había procedido a tomar ninguna medida de carácter formal, al igual que tampoco lo habían hecho Alemania, Francia, Italia, Chipre, Luxemburgo, Portugal, Malta y Suecia. Por su parte, Estonia, Grecia, Letonia, Lituania, Hungría, Países Bajos, Austria, Polonia, Eslovenia, Eslovaquia y Finlandia ya habían adoptado y comunicado medidas nacionales de transposición.

Una de las prioridades sería que los Estados miembros la aplicasen en toda su extensión, cosa que no se produce en la práctica. A este respecto,

⁴⁶ A través de la Ley Orgánica 5/1999, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que en su Exposición de Motivos pone de manifiesto que la criminalidad organizada ha adquirido una alarmante dimensión tanto por su importancia como por los métodos que utiliza para operar, se incorporan modificaciones legislativas (por ejemplo, el agente encubierto que contempla el art. 282 bis de la LECRIM) ante la constatación de que las técnicas de investigación tradicionales en la lucha contra este tipo de actividades, generalmente transnacionales, se han quedado obsoletas. La búsqueda de un equilibrio jurídico es difícil y navega entre los medios de control y el no detrimento de la plena vigencia de los principios, derechos y garantías constitucionales.

⁴⁷ Publicada en el DOUE (L 261/19 de 06-08-2004).

es importante señalar que el periodo de reflexión y las medidas de ayuda no se conceden a las víctimas independientemente de su capacidad para cooperar con las autoridades policiales y que, tras la expedición de los permisos de residencia, los perjudicados son, en ocasiones, objeto de una medida de expulsión.

Dentro del régimen sancionador de extranjería, el ordenamiento jurídico español contempla, también, un trato de favor a aquellos extranjeros que hayan sido víctimas del tráfico ilegal (se entiende incluida la trata de personas) y colaboren con las autoridades contra las redes organizadas⁴⁸. El artículo 59.1 de la Ley de Extranjería española (14/2003), desarrollado por el art. 117 del Reglamento 2393/2004, se refiere a la cooperación o delación⁴⁹ de los inmigrantes que hayan sido víctimas, perjudicados o testigos de un acto de tráfico ilegal de seres humanos, de inmigración ilegal, de tráfico ilegal de trabajadores, o de explotación en la prostitución, no serán sancionados administrativamente ni expulsados del país si denuncian a los autores o colaboradores de dicho tráfico; o cooperan con los funcionarios competentes, proporcionando “datos esenciales” y testificando en el proceso correspondiente⁵⁰. En estos supuestos, el instructor del expediente sancionador contra el extranjero víctima que colabora con la justicia podrá promover al órgano competente la exención de responsabilidad y la no expulsión del país (art. 59.2 Ley de Extranjería y 117.1 del Reglamento).

Los requisitos alternativos exigidos para beneficiarse de esta opción pueden sistematizarse del siguiente modo: a) Denunciar a los autores frente a las autoridades; o b) Cooperar o colaborar con los funcionarios policiales competentes. De este precepto se extrae que sólo podría interponerse la denuncia ante la policía de extranjería; pero el Reglamento de extranjería español 2393/2004 subsana esta importante e incomprensible

⁴⁸ J. M. RUIZ DE HUIDOBRO (Ed.), *Regulación legal de la extranjería en España*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2006, pp. 235-236.

⁴⁹ La delación se introdujo en España, por primera vez, con el Reglamento de Extranjería de 1996 (RD 155/1996 - Reglamento de la LO 7/85), que contemplaba en el art. 56.9 la exención de visado a cambio de una estrecha colaboración con la justicia en la detención de las personas que les introdujeron ilegalmente en el país. También se contempla esta medida en el art. 2 de la Orden Ministerial de 11 de abril de 1996.

⁵⁰ La Relatora especial de Naciones Unidas afirma que es difícil utilizar el mecanismo del art. 59 de la LO 14/2003 cuando una persona no puede documentarse porque las redes lo despojan de su pasaporte y los órganos consulares no facilitan nueva documentación. Al respecto, RUIZ RODRÍGUEZ (Coord.), *Sistema penal y exclusión de extranjeros*, Bomarzo, Albacete, 2006, pp. 150-152.

laguna en el desarrollo de sus artículos 45.5 y 117, afirmando que “sin perjuicio de lo establecido se podrá conceder una autorización administrativa a las personas que colaboren con las «autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales» proporcionando datos esenciales o testificando en el proceso que corresponda”.

Si se cumple uno de esos requisitos, la autoridad gubernativa podrá, a elección del extranjero⁵¹: a) Facilitarle el retorno a su país; b) Eximirle de responsabilidad administrativa y ordenar la suspensión de la posible medida de expulsión interpuesta. Asimismo, se le concederá una autorización de residencia temporal por razones excepcionales de acuerdo con el art. 31.3 de la Ley de Extranjería 14/2003, que podrá ser revocada si el extranjero cesa en su cooperación con las autoridades (art. 117.1 del Reglamento 2392/2004).

A lo largo de este período de cooperación, la Administración proporcionará a la persona extranjera atención jurídica y social, sin perjuicio de los medios de protección que pueda acordar el juez de instrucción según lo establecido en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales. El Ministerio Fiscal, por su parte, podría recomendar a la autoridad administrativa la inejecución de una expulsión ya decretada, o en caso de haberse ejecutado, la autorización de regreso si considerase imprescindible la presencia del extranjero para practicar diligencias judiciales (art. 59.4 de la LO 14/2003 y art. 117.3 del Reglamento de Extranjería español).

En resumen, se requieren de forma acumulativa unas condiciones administrativas que no deben ser preexistentes, sino consecuencia de los actos de tráfico de personas:

1. Entrada ilegal. Comprenderá todos los supuestos en los que se cruce la frontera fuera de los pasos establecidos, o aquellos en los que alguien entre por puesto habilitado sin declarar la entrada. Se omite al extranjero que entra por puesto habilitado, declarando motivos que no son ciertos (inmigrantes de países del Este o América Latina que entran sin necesidad de visado para un lapso temporal de tres meses). Otra ausencia reseñable sería la de la entrada del extranjero a España desde un país firmante del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen, puesto que, en una interpretación restrictiva, tampoco en este supuesto puede aprove-

⁵¹ Aunque la aplicación de esta ley es muy escasa en la práctica, es interesante revisar las medidas contempladas en la Ley 35/1995 de ayudas públicas a las víctimas de delitos dolosos y violentos contra la libertad sexual y su Reglamento de desarrollo (RD 738/1997).

chase el extranjero víctima o perjudicado de los beneficios de la delación⁵².

2. Permanencia irregular en España. Se refiere a la irregularidad originaria, esto es, la entrada irregular al país; pero no contempla la irregularidad sobrevenida, aunque, razonablemente, pueda entenderse incluida.

3. Sujeto delator debe ser la "víctima, testigo o perjudicado" de la acción de tráfico. Así pues, el arrepentido quedaría excluido de los favores de la legislación⁵³.

La definición de la noción de "víctima" se hace necesaria por diferentes razones: en primera instancia, por la carencia de un concepto claro e inequívoco, y en segundo lugar, por no existir acuerdo entre la doctrina sobre cómo debe ser definida la víctima y sobre cuál es el objeto de estudio de la ciencia victimológica. No obstante, debemos considerar como víctima a aquella persona, natural o jurídica, que individual o colectivamente, y de modo directo o indirecto, haya visto dañados o puestos en peligro bienes jurídicos de su titularidad, o haya sufrido daños, ya sean lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, o menoscabos sustanciales de sus derechos fundamentales por causa de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente o, en su caso, las normas internacionales relativas a derechos humanos⁵⁴.

Según el Prof. Xulio Ferreiro, un proceso penal que tenga en cuenta los derechos de la víctima y sus necesidades como testigo debe intentar evitar que la colaboración de ésta con la justicia se convierta en una fuente de nuevas victimizaciones⁵⁵. Por consiguiente, una parte primordial de los programas de testigos debe radicar en la protección de la persona frente a nuevas amenazas y actos hostiles del acusado/s o su entorno más

⁵² C. BASCUÑANA y otros, *El marco jurídico del tráfico para la explotación de inmigrantes*, Red Acoge & Federación de Asociaciones pro Inmigrantes, Madrid, 2000, pp. 66 y ss.

⁵³ HUERTAS GONZÁLEZ afirma que, con el propósito de evitar denuncias falsas, deberían concederse beneficios sólo cuando previamente haya recaído una condena penal para los autores del tráfico o trata de personas.

⁵⁴ Desde una perspectiva procesal, véase, por todos, X. FERREIRO, *La víctima en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 2005, pp. 125 y ss. El uso del término "víctima" carece de tradición en la legislación española que siempre ha preferido utilizar el de "defendido" (pp. 115). En lo que sí existe un acuerdo doctrinal unánime es en señalar que la declaración de la víctima en el proceso se produce a título de testigo. La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1992 señala que la víctima de un delito es un "testigo con un *status* especial", exigiéndose en reiterada jurisprudencia que la declaración de la víctima implique "una incriminación prolongada en el tiempo, insistentemente expresada y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones".

⁵⁵ X. FERREIRO, *La víctima en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 2005, pp. 337 y ss.

cercano⁵⁶. No cabe duda de que la especial posición que ocupa la víctima en el proceso penal, por la estrecha relación que guarda con el delito, la convierte en una candidata idónea para sufrir represalias, debido a la significativa importancia que su declaración tiene para incriminar a los autores del delito; pero, realmente, será al juez a quien corresponda graduar el peligro o riesgo, ponderando todos los bienes en conflicto⁵⁷.

Gran parte de las medidas de protección van encaminadas a ocultar la identidad del testigo⁵⁸ y a dificultar su identificación. Sin embargo, esta facultad quedará inoperativa en muchas ocasiones si el acusado solicita conocer la identidad del testigo, puesto que la posibilidad de testigos anónimos ha sido negada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos bajo el razonamiento de que puede provocar indefensión. Proteger a las víctimas sin dañar el núcleo esencial de los derechos del imputado es la clave de bóveda de este laberinto.

La edad media de la víctima de la trata de personas en Europa es de sólo diecisiete años. Han pasado muchos más años que los que marca ese promedio desde que el Parlamento Europeo lleva debatiendo y elaborando informes sobre la materia, y resulta preocupante constatar la existencia de lagunas graves y una falta de análisis pasmosa sobre lo que les ocurre a mujeres y niños traficados, una vez que llegan a territorio de la Unión Europea⁵⁹. De nada sirve escandalizarse por la trata transfronteriza si no vemos o no queremos hablar de lo que ocurre después dentro de nuestras propias fronteras. Es hora de cambiar de actitud y dar pasos firmes para obtener una información más fiable y real.

⁵⁶ Ley Orgánica 14/1994, de 23 de diciembre, de protección de testigos en causas criminales. La intención de esta Ley es crear las condiciones que aseguren una mayor colaboración de testigos, peritos en el proceso penal, mediante la reducción de las reticencias de estos a causa del terror a sufrir represalias. En qué medida se ha conseguido tal objetivo resulta difícil de valorar. Vid. F. CARTAGENA PASTOR, "Protección de testigos en causas criminales: la LO 19/1994, de 23 de diciembre", *BIJM*, nº 1758, 1995, pp. 79 y ss.

⁵⁷ En países como Gran Bretaña o Estados Unidos, antes del juicio, tanto los testigos como sus familiares más directos se someten a protección especial. M. GARCÍA QUESADA, "El miedo de los testigos en la prueba del proceso penal", *CDJ*, Madrid, 1992, pp. 393 y ss. También, D. E. BELOOF, *Victims in criminal procedure*, Dirham, North Carolina, 1999.

⁵⁸ En el testimonio oculto, el testigo presta su declaración en juicio oral, pero en unas condiciones físicas que impidan la confrontación visual con los acusados. La STC 64/1994, de 28 de febrero, analizó la posibilidad de admitir la declaración de la víctima de forma oculta considerándola irregular procesalmente, pero no prueba ilícita.

⁵⁹ M. J. BUCUVALLAS, *Victims of crime*, New York, 1994; M. WASSERMAN, "Rape: Breaking the Silence", *The Progressive*, 2001, pp. 19-23.

La Resolución del Consejo de la Unión Europea, de 23 de noviembre de 1995, relativa a la protección de los testigos en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada internacional invita a los Estados miembros a garantizar una defensa adecuada y efectiva del testigo, antes, durante, y después del proceso si así lo estiman necesario las autoridades competentes, de oficio o a petición del mismo, contra cualquier forma de amenaza, presión o intimidación directa o indirecta. Entre los medios de protección que pueden preverse figura la posibilidad de declarar en un lugar distinto de aquel en el que se encuentra la persona objeto de la diligencia, recurriendo, en caso necesario, a procedimientos audiovisuales, de conformidad con el principio de audiencia contradictoria, tal como lo interpreta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asimismo, invita a los Estados miembros a que faciliten asistencia judicial en este ámbito, incluso en ausencia de tales disposiciones en la legislación del Estado requerido, salvo cuando la ejecución de la solicitud de asistencia sea contraria a los principios generales del Derecho de dicho Estado. A efectos de la presente Resolución se entenderá por “cooperar” con el proceso judicial: 1) Facilitar información útil a las autoridades competentes para fines de investigación y obtención de pruebas acerca de la composición, estructura o actividades de las organizaciones delictivas; sus vinculaciones, incluidas las internacionales, con otros grupos organizados; y delitos cometidos o que pudiesen cometer; 2) Brindar a las autoridades competentes una ayuda eficaz y práctica que pueda contribuir a privar a las organizaciones delictivas de recursos ilícitos o del producto de sus delitos; o 3) Adoptar medidas de protección adecuadas respecto a las personas implicadas y, si procede, a sus padres, hijos u otros individuos que les ayuden, si estuviesen expuestos a peligro grave e inmediato, o pudieran estarlo en el futuro.

En 2002, la Conferencia Europea sobre la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos: un reto mundial para el siglo XXI, reunió a miles de participantes que representaban a los diferentes Estados miembros de la Unión Europea, a países en proceso de adhesión y candidatos, así como a terceros Estados, organizaciones internacionales, intergubernamentales y no gubernamentales, y otras instituciones de la UE. Fruto de la misma nació la Declaración de Bruselas sobre la prevención y la lucha contra la trata de personas⁶⁰, que pese a haberse creado fuera de las estructuras decisorias institucionales de la Unión Europea, se ha conver-

⁶⁰ http://europa.eu.int/comm/justice_home/news/forum_crimen/2002/workshop/brussels_decl_en.htm

tido en un importante hito frente a la lucha contra la trata de personas. Esta Declaración tenía por objeto promover aún más la cooperación europea e internacional y, por ello, recibió un amplio apoyo. En particular, la Recomendación 2 de la Declaración de Bruselas estipulaba que la Comisión Europea debería establecer un grupo de Expertos integrado por representantes de los gobiernos, organizaciones intergubernamentales, organizaciones no gubernamentales, órganos internacionales, investigadores, el sector privado y otros interesados⁶¹.

Desde otra perspectiva, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) ha publicado un manual práctico titulado «National Referral Mechanisms: Joining Efforts to Protect the Rights of Trafficked Persons»⁶², que da orientaciones sobre la manera de diseñar y poner en práctica mecanismos y estructuras sostenibles para luchar contra la trata de personas y prestar apoyo a las víctimas. Ofrece, asimismo, consejos sobre la forma de crear y supervisar la capacidad de esos mecanismos y estructuras. El Manual comprende tres instrumentos que pueden utilizarse para preparar una evaluación de la situación en un país concreto, y cada uno de ellos se centra en un aspecto diferente: a) evaluación de la situación y necesidades específicas de un país; b) valoración del marco jurídico vigente; y c) estudio de los protagonistas y organizaciones involucrados en una respuesta a la trata de personas.

Dentro del marco del espacio Schengen⁶³ las diferencias en relación a los mecanismos de protección de las víctimas son patentes: En Bélgica se

⁶¹ El informe del Grupo de Expertos puede consultarse en la siguiente dirección: http://europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/crime/trafficking/doc/report_expert_group_1204_en.pdf

⁶² <http://www.osce.org/documents/odhr/2004/05/2903>

⁶³ Existen Planes de acción para combatir la trata de personas en otras zonas de Europa, en África, Asia, Estados Unidos, etc. Por ejemplo, el Plan de Acción nacional de Albania (2005-2007): http://www.caaht.com/resources/NationalStrategy_2005-7_ENGLISH.pdf. El Plan de Acción para la prevención de la trata de personas de Armenia (2004-2006) puede consultarse en: http://www.armeniaforeignministry.com/perspectives/040716_traff_en.doc. El Plan de Bosnia y Herzegovina para la prevención de la trata de personas puede consultarse en: http://www.womenwarpeace.org/bosnia/docs/action_plan.pdf. La Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO) generó un Plan de Acción inicial contra la trata de personas (2002-2003). Es destacable, también, la iniciativa regional de Asia contra la trata de mujeres y niños. En la Conferencia sobre la iniciativa regional de Asia contra la trata de mujeres y niños, celebrada en Manila en 2000, más de 20 Estados y varias organizaciones internacionales y organizaciones no gubernamentales formularon un plan para combatir ese tráfico ilícito. http://www.humantrafficking.org/about/ariat.html#action_plan. La Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (ASEAN), celebrada en noviembre de 2004, redactó la Declaración contra la trata de personas, en particular de mujeres. Una evaluación más a fondo de la situación en Filipinas figura en el documento *Coalitions against Trafficking in Human Beings in the Philippines: Research and Action*, publicado por la ONUDD

otorga a las víctimas de la trata de personas un período de reflexión de 45 días. Una de las condiciones principales para conceder este tiempo es que la víctima rompa los lazos con los traficantes y acepte la ayuda de un centro especializado. Si la víctima decide testificar, se le expide una declaración de llegada válida por tres meses. Tras prorrogar una vez esa declaración de llegada, se realiza una inscripción en el registro de extranjeros que tendrá una validez de seis meses; y con esos dos documentos puede acceder, posteriormente, al mercado laboral. Además, podrá recibir asistencia social, y tendrá derecho a la educación y a la asistencia jurídica y psicológica⁶⁴. En Alemania se puede conceder a las víctimas de la trata de personas un período de reflexión para que recapaciten sobre si desean testificar contra el infractor o infractores en el proceso judicial. El período de reflexión normal es de cuatro semanas, pero puede prorrogarse hasta tres meses. Si al término de este período la víctima decide testificar, se le expide un permiso de residencia válido hasta que testifique. Si decide no hacerlo, deberá abandonar el país.⁶⁵ El Gobierno de los Países Bajos ha aprobado un Plan de Acción para combatir la trata de personas⁶⁶ y aplica el procedimiento B9 a las presuntas víctimas de la trata de personas. Según este protocolo, se concede a las víctimas que deciden testificar la posibilidad de permanecer en los Países Bajos con un permiso de residencia temporal que será válido durante el período de investigación y hasta el fin del juicio. Después, la víctima puede solicitar un permiso de residencia permanente por razones humanitarias⁶⁷ o tendrá que abandonar el país.

En 2003, el Parlamento italiano aprobó una nueva ley sobre medidas contra la trata de personas, que enmienda los artículos 600, 601 y 602 del Código Penal italiano. En Italia, el artículo 18 de la Ley de inmigración ofrece un permiso de residencia temporal a las víctimas de la trata con el fin de darles la oportunidad de escapar de la violencia e influencia de la

en 2003: http://www.unodc.org/pdf/crime/human_trafficking/coalitions_trafficking.pdf. El 17 de marzo de 2000, Camboya aprobó un plan contra la explotación sexual de los niños (2002-2005): http://www.tipinasia.info/files/doc/4/3/34/CNCC_5Year_NAP_Children.pdf. Por su parte, en la Ley de protección a las víctimas de la trata de 2000, Estados Unidos prevé la creación de un Grupo de Trabajo Interinstitucional Presidencial de vigilancia y lucha contra la trata de personas, encargado de coordinar las actividades de los diversos organismos federales de los Estados Unidos, destinadas a combatir la trata.

⁶⁴ <http://www.antislavery.org/homepage/resources/humantrafficking/Belgium.pdf>

⁶⁵ http://www.enawa.org/NGO/Blinn_Final_Report.pdf

⁶⁶ <http://www.government.nl/actueel/nieuwsarchief/2004/12December/10/0-42-1-4251841.jsp>

⁶⁷ Para más información acerca del procedimiento B9, vid. informe sobre los Países Bajos que figura en: <http://www.nswp.org/pdf/HIPPOKRATES.PDF>

organización delictiva, al tiempo que participan en un programa de asistencia y reinserción social. Ese permiso de residencia temporal les permite acceder a servicios de asistencia, educación, o al mercado laboral, y tiene una validez de seis meses pudiendo renovarse por un año o más, si es necesario. Italia ofrece protección a las víctimas tanto si están dispuestas a testificar como si no lo hacen. Este planteamiento otorga primacía a la necesidad de proteger a la víctima, frente a la posible contribución de la misma a las actuaciones penales iniciadas por el Estado⁶⁸. En Reino Unido existen grupos que tienen el cometido de velar para que el problema se enfoque de manera global, y se ocupan de las necesidades de las víctimas, apoyando las medidas de aplicación de la ley. Así, si una víctima de trata de personas expresa temor a volver a su Estado de origen, el Servicio de Inmigración examina las condiciones generales existentes en el Estado en cuestión y si es probable que las experiencias vividas por la víctima supongan un mayor riesgo a su regreso. Si una víctima ha proporcionado asistencia sustancial en la investigación policial de un delito grave y se la requiere como testigo en un proceso penal, existen disposiciones para que la policía solicite la regularización de su estancia al Servicio de Inmigración⁶⁹. En el Plan de Acción que ha implementado Noruega para combatir la trata de mujeres y niños, el Gobierno pone en marcha medidas para proteger y ayudar a las víctimas, prevenir la trata de personas y actuar penalmente contra sus organizadores⁷⁰. En Noruega las víctimas disponen de un período de reflexión de 45 días durante el cual se les da la oportunidad de evaluar su situación y decidir si desean colaborar con la policía en la investigación y actuaciones contra los autores del delito⁷¹. Por último, España ha ultimado un Plan de Acción Nacional contra la Trata con fines de explotación sexual en el que participan los Ministerios de Interior, Trabajo y Asuntos Sociales y Justicia, que impide la expulsión inmediata de las víctimas sin papeles estableciendo un período de reflexión no inferior a 30 días para que reciban asistencia médica, apoyo psicológico y asesoramiento jurídico, mientras deciden si quieren, o no, denunciar.

La experiencia práctica demuestra que las víctimas de la trata son, en principio, reacias a acudir a las autoridades por varios motivos: Miedo a represalias por parte de los traficantes, contra ellos o sus familiares en el país de origen; trauma, vergüenza, temor al rechazo de la familia y de la

⁶⁸ <http://www.antislavery.org/homepage/resources/humantrafficking/italy.pdf>

⁶⁹ <http://www.crimereduction.gov.uk/toolkits/tp0507.htm>.

⁷⁰ El plan puede consultarse en: <http://odin.dep.no/filarkiv/175924/Trafficking-eng.pdf>

⁷¹ <http://odin.dep.no/jd/norsk/aktuelt/pressesenter/pressem/012101-070119/dok-bn.html>

sociedad al regresar a sus países de origen; falta de confianza y autoestima; o falta de información sobre la asistencia disponible.

Los responsables del cumplimiento de la ley tienen el claro deber humanitario y jurídico de comportarse con las víctimas de la trata de personas de manera que se respeten sus derechos humanos básicos. La seguridad de las víctimas, de sus familias y personas queridas constituye la consideración suprema que en todo momento atañe al investigador. Sin embargo, su deber es velar para que en cada caso los riesgos se evalúen desde el inicio y que la evaluación se revise y actualice constantemente. Además, cuando las víctimas hayan dado testimonio, el deber de cuidar de ellas no termina con la conclusión del juicio puesto que es factible que nunca se recuperen totalmente del daño físico, psicológico o sexual que hayan sufrido. Por ello, es vital que se les ofrezca acceso a los servicios de apoyo y atención existentes con el propósito de ayudarlas en su proceso de recuperación.

Resulta obvio que el papel de los testigos y las pruebas que faciliten en los procesos penales son elementos decisivos para la condena de los delincuentes. Conforme al artículo 24 de la Convención contra la Delincuencia Organizada, los Estados Parte deben adoptar medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para proteger, de manera eficaz, contra eventuales actos de represalia o intimidación, a los testigos que participen en actuaciones penales. Las medidas de protección de testigos son, entre otras, su reubicación, el cambio de identidad, las escoltas policiales y la asistencia financiera y social. La reubicación implica el traslado de los testigos, posiblemente en compañía de sus familias, de su lugar de residencia habitual a otro en que no sean reconocidos fácilmente. Según la gravedad del riesgo en cuestión, la reubicación puede ser a largo plazo o de carácter temporal, por ejemplo, durante el proceso penal. Además, es posible que se necesite más de una vez, por ejemplo, si el testigo, o un familiar suyo, cometiesen un error que pueda dar lugar a un aumento del riesgo, o si alguien desea retirarse del programa. También pueden ser útiles otras medidas para evitar que se siga la pista de los testigos protegidos mediante censos de población, guías telefónicas o matrículas de vehículos.

Los sistemas de protección de testigos deben contemplar la ampliación de la protección a las personas cercanas a los testigos, como sus familiares o los funcionarios de las organizaciones no gubernamentales especializadas en el apoyo a las víctimas que también pueden sufrir amenazas a su seguridad; las personas que cooperen o ayuden en las investigaciones hasta que sea evidente que no se les va a llamar a tes-

tificar; y las personas que aporten información pertinente, pero que no se necesite como testimonio o no se emplee ante el tribunal por razones de seguridad del informante. Estos programas especiales, aplicados correctamente, son extraordinariamente caros, pues entrañan costos de servicios de protección, traslados, residencias temporales, subsistencia económica, alojamiento y servicios médicos, y para mantener programas eficaces los Estados deben asignarles fondos suficientes. Por esa razón, es preciso evaluar con calma la idoneidad de los testigos y escogerlos cuidadosamente para su inclusión en el programa. En muchos casos puede considerarse apropiado adoptar otras medidas, como la instalación de sistemas de alarma en el hogar o sitio de trabajo de los testigos y la entrega a éstos de teléfonos celulares especiales, complementadas con contactos diarios con funcionarios o escoltas policiales.

El desarrollo y duración de los programas de protección de testigos depende sustancialmente del progreso de las investigaciones y de las actuaciones judiciales. En algunos casos (por ejemplo, en Alemania, Italia y Países Bajos), la protección puede abarcar todas las fases de la investigación, el procesamiento y el juicio, y continuar incluso después de que se haya dictado la condena. El fin de la participación de una persona en el programa viene determinado habitualmente por una evaluación regular del peligro real que existe.

La Organización de Naciones Unidas creó una Ley Modelo sobre protección de testigos⁷² cuya finalidad es conseguir que la investigación de los delitos graves y el procesamiento de los culpables no se vean afectados por la intimidación de los testigos frente a recriminaciones violentas o de otra índole delictiva. Gracias a un programa de protección administrado y mantenido por un organismo especialmente designado, los testigos pueden recibir la asistencia necesaria para estar a salvo de tales acciones, quedando tipificado como delito la revelación de información relativa al programa o a los testigos participantes en el mismo.

Con arreglo a la legislación italiana, la principal forma de proteger la seguridad de las víctimas de la trata de personas en el momento en que prestan testimonio es el “incidente probatorio” (vista especial con fines de prueba antes del juicio). Se trata de una vista a puerta cerrada que generalmente se celebra en los supuestos en los que existe peligro de que la prueba sea interferida; también se puede realizar cuando los testigos están

⁷² La Ley Modelo sobre protección de testigos y su comentario pueden consultarse en la página web de la ONUDD: http://www.unodc.org/pdf/lap_witness-protection_2000.pdf

expuestos a presiones para que no presten testimonio, o cuando existe el riesgo de que abandonen el país antes de que comience el juicio. Por lo que respecta a la Ley de protección de testigos de Portugal, ésta prevé la ocultación de los mismos o, incluso, la prestación de testimonio por teleconferencia, si la información que aporta supone un peligro grave para él o sus familiares. Ahora bien, las víctimas pueden participar en el proceso no sólo como testigos, sino también como personas agraviadas que reclaman una indemnización.

En Portugal, los testimonios o declaraciones por enlace vídeo son admisibles cuando lo solicite el fiscal, el acusado o el testigo. El local desde el cual se transmite la declaración debe ser un edificio público, preferentemente un tribunal, una comisaría de policía o una cárcel, que ofrezca las condiciones apropiadas para el empleo de los dispositivos técnicos necesarios. El tribunal puede limitar el acceso a ese lugar al personal técnico y los funcionarios o personal de seguridad que se estime estrictamente indispensable. Durante el testimonio debe estar presente un juez comisionado y será transmitido, en tiempo real, por un enlace vídeo a la sala del tribunal, donde el juez, el acusado, el abogado defensor y el fiscal observan, escuchan la transmisión y pueden formular preguntas al testigo. La sala donde el testigo presta la declaración puede ser una pieza aparte del edificio del tribunal o hallarse en un lugar diferente. Este método protege al testigo de la confrontación directa con el acusado y su intimidación, creando un ambiente suficientemente seguro. En algunos casos, los testimonios por enlace vídeo pueden ser insuficientes para garantizar la protección efectiva de las víctimas que declaren contra los tratantes de personas y es posible que se necesiten otras medidas para evitar que el traficante reconozca al testigo. Entre éstas figuran los testimonios por enlace vídeo combinados con dispositivos de alteración de la imagen o de la voz o los testimonios en la sala del tribunal detrás de una pantalla opaca. No obstante, es preciso adoptar algunas precauciones para impedir que esas medidas interfieran con los derechos del acusado a una defensa completa y a un juicio justo.

La finalidad de estos programas es potenciar a la víctima y permitirle que supere su victimización, y ésa es la razón por la cual el enfoque debe ser siempre integral y complementario: 1) Atención a la víctima; 2) No criminalización. Las víctimas de la trata de personas no serán detenidas, acusadas ni procesadas por haber entrado o haber residido ilegalmente en los países de tránsito y destino, ni por haber participado en actividades ilícitas en la medida en que esa participación sea consecuencia directa de su situación de tales; 3) Apoyo e identificación; 4) Protección de su iden-

tividad e información; 5) Facilitación de su colaboración; y 6) Ofrecimiento de representación legal, intérpretes, asistencia médica, asistencia social, alojamiento, asistencia a la rehabilitación, indemnizaciones mediante el decomiso de activos, etc... Sin embargo, por diversas razones, es frecuente que los programas oficiales de protección de testigos no se apliquen: primero porque, como ya hemos mencionado, son sumamente costosos; segundo porque pedir a la víctima y a su familia que adopten una nueva identidad, cambien de residencia y abandonen todos sus contactos les somete a una tensión adicional considerable y, con mucha frecuencia, parecerá una petición desproporcionada; y, finalmente, porque la policía no es la institución adecuada para prestar el apoyo que las víctimas de la trata de personas requieren en su proceso de recuperación.

Por lo que respecta a la posibilidad de repatriación, contemplada por la legislación comunitaria y la de la mayor parte de los Estados miembros de la Unión Europea, es necesario poner de manifiesto que el retorno y la reinserción suelen ser procesos extremadamente difíciles en los que las víctimas se enfrentan a problemas psicológicos, familiares, de salud, jurídicos y económicos.

Las mujeres y los niños víctimas de la trata, con frecuencia, ya no tienen documentos personales como el pasaporte o el documento nacional de identidad, o nunca los han atendido, y suelen necesitar ayuda para viajar de vuelta a su país de origen en condiciones de seguridad. Pueden sentirse avergonzados de volver a casa sin haber ganado dinero para mantener a la familia o pagar deudas, teniendo en cuenta que ése fue precisamente el motivo por el que se marcharon. En algunas sociedades la aceptación social de quien vuelve a la comunidad depende de si pudo enviar dinero mientras estuvo fuera o no. Aunque muchas veces las comunidades menosprecian a las víctimas que han sido trabajadoras sexuales, es probable que las acepten si han enviado o traen con ellas dinero para sus familias. Sin embargo, la mayoría de las víctimas de la trata de personas no consiguen enviar remesas económicas mientras están fuera porque no ganan lo suficiente o, simplemente, porque no ganan absolutamente nada. Por otro lado, las oportunidades laborales en la comunidad a la que vuelven suelen ser muy limitadas y los salarios normalmente son bajos. Además, algunas víctimas se han acostumbrado a un estilo de vida diferente mientras estaban fuera, a vivir en ciudades o tener más libertad que la que tienen cuando regresan a su hogar. Les puede resultar difícil volver a adaptarse a un ritmo de vida más lento y al aislamiento de las zonas rurales.

Las mujeres y las niñas que han sido trabajadoras sexuales, por vergüenza, no suelen compartir sus verdaderas experiencias con sus familias

y comunidades. Además, es posible que la comunidad las menosprecie, las considere no aptas para el matrimonio y una mala influencia para las demás jóvenes. Algunas de las víctimas vuelven enfermas a consecuencia de las condiciones en que trabajaban, por el uso indebido de drogas o alcohol o por abusos físicos o sexuales. Su estado de salud puede complicarse, porque normalmente no pueden acceder a un buen tratamiento médico en el Estado de origen. Las víctimas también pueden tener problemas emocionales o psicológicos, lesiones de la columna vertebral, problemas respiratorios, tuberculosis, malnutrición, problemas dentales, enfermedades de transmisión sexual o VIH, lesiones causadas por agresiones o complicaciones derivadas de operaciones o de abortos, y viven con el temor de ser abandonadas por sus familias dada la carga económica que supondría mantener a un enfermo en casa.

Muchas víctimas temen a la policía y a otras autoridades, sobre todo si han sufrido abusos o corrupción mientras estaban en sus manos cuando eran víctimas de la trata; y tampoco es infrecuente el temor irracional y obsesivo a la persecución de los traficantes, especialmente si éstos están involucrados en otros delitos como el comercio de armas o de drogas, de los que las víctimas han sido testigos.

Por todo ello, la asistencia para la reinserción debe ser parte integrante de los programas de retorno voluntario, para llegar así a las causas fundamentales de la trata y evitar que las víctimas vuelvan a caer en manos de traficantes. Algunos elementos de reinserción que deben incluir estos programas son, entre otros, la asistencia médica y psicológica, la formación profesional, orientación laboral, y un microcrédito adaptado a cada caso, todo ello para mejorar las condiciones de vida de las víctimas en sus Estados de origen. Cuando la víctima sea un menor, repatriarlo al Estado de origen no siempre será lo más adecuado y deben tomarse precauciones especiales asegurando su interés superior.

6. PROPUESTAS DE MEJORA

En definitiva, la idea de armonización en la lucha contra el fenómeno migratorio irregular en la Unión Europea es la pauta que ha legitimado la intervención del Estado para sancionar conductas de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina. En virtud del tercer pilar comunitario, que se dedica a la cooperación policial y judicial en materia penal, se percibe globalmente el fenómeno de la inmigración ilegal como una amenaza para la seguridad de la Unión, situando en primer plano la lucha contra el tráfico de seres humanos. En este contexto, se consolida

un modelo represivo contra la inmigración irregular que otorga primacía al blindaje de las fronteras exteriores.

La lucha contra la trata de personas requiere una cooperación reforzada entre los Estados miembros y EUROPOL, EUROJUST, FRONTEX, UNICEF y otras organizaciones internacionales, incluidas organizaciones no gubernamentales; un método unificado de identificación de las víctimas; y una definición común del crimen que permitiría una mayor comprensión de la dimensión global del problema. Muy diversos agentes han buscado soluciones a este fenómeno criminal: la ONU, el Consejo de Europa, la Unión Europea, e incluso la Corte Penal Internacional, pero luchar, de modo efectivo, contra la trata de seres humanos no resulta tarea fácil. La base de cualquier regulación sobre esta materia es abordar el problema de forma unitaria valorando la diversidad de los derechos fundamentales afectados.

Es preciso que la trata de seres humanos deje de ser una actividad de bajo riesgo y alta rentabilidad para la delincuencia organizada, y se transforme en una ocupación de alto riesgo y escasa rentabilidad. Las autoridades gubernativas deberán emplear todos los recursos y capacidades disponibles para que se respete la prohibición de la trata de seres humanos, privar a esta última de cualquier ventaja económica y, cuando se haya obtenido algún beneficio, incautarlo y confiscarlo; debiendo concederse a las investigaciones sobre la trata la misma prioridad que a los demás ámbitos de la delincuencia organizada, recurriendo a técnicas de investigación especializadas y a estrategias de desarticulación de las mafias.

Tras las iniciativas adoptadas por EUROPOL, habría que reforzar la cooperación policial internacional, particularmente, entre los dispositivos especiales de los Estados miembros; y fomentar y estimular una mejor y más estrecha coordinación entre todas las unidades nacionales especializadas en la lucha contra la trata de seres humanos. Asimismo, deberían reforzarse los instrumentos de coordinación y cooperación judicial, tanto civil como penal, como contrapartida a la supresión progresiva de los controles en las fronteras comunes, y desarrollar una normativa común sobre testigos; e impulsar la cooperación y la colaboración internacional entre los países de origen, tránsito y destino⁷³. En otras palabras, los

⁷³ Para una aproximación a la seguridad, el desarrollo y las migraciones internacionales, y en relación a la idea de cooperación con los países de acogida para el control efectivo de la inmigración irregular, puede consultarse el interesante artículo de J. A. QUINDIMIL LÓPEZ, "Algunas consideraciones en torno a la seguridad, el desarrollo y las migraciones internacionales a la luz del sistema interamericano", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, nº 11, 2007, pp. 741 a 759.

Estados miembros y la Comisión deberían intensificar el diálogo político con países terceros en relación con los aspectos de las políticas de lucha contra la trata de seres humanos.

Sería conveniente crear un grupo de expertos sobre la trata de seres humanos y relatores nacionales que se encarguen de elaborar indicadores y criterios que permitan identificar las distintas formas de trata y los tipos de explotación existentes dentro de las fronteras de la Unión, puesto que ahora sólo podemos trabajar a partir de estimaciones poco fiables; elaborar directrices para la recopilación de datos para analizarlos y difundirlos; y aportar una formación específica reforzada del Ministerio Fiscal en delincuencia organizada.

Las estrategias que apunten a prevenir la trata de personas deberán tener en cuenta que la demanda es una de sus causas fundamentales. Por ello, debe abogarse por una tipificación penal de la trata de personas en todas sus formas, para enjuiciar y punir a todos los implicados, cualquiera que sea su participación. Los Estados deben ejercer la debida diligencia para detectar y eliminar la participación o complicidad del sector público en este delito tan grave. Los funcionarios públicos respecto de los cuales haya sospechas de estar implicados en la trata de personas serán sometidos a investigación y proceso judicial y, en el supuesto de que sean condenados, deberán sufrir las más duras sanciones que puedan corresponderles. Sin embargo, resulta obvio que no es suficiente con soluciones penales; sino que hay que ir más allá y tratar de paliar las causas de las migraciones forzosas, y las, en ocasiones, insostenibles condiciones que hacen huir a millones de personas de sus países de origen. En otras palabras, se trataría de disminuir la brecha Norte-Sur y Este-Oeste, aunque es verdad que la pobreza y la marginación no explican por sí solas las crecientes cifras de la trata de personas, sino que las razones subyacente más poderosas son la demanda y el ánimo de lucro.

Por último, convendría evitar que las víctimas de la trata sean sancionadas por residencia irregular porque han sido objeto de un grave acto de explotación, y establecer programas para asistirles, física y psicológicamente, con la finalidad de que puedan reinsertarse en la sociedad.

RESUMEN

En la actualidad, la trata de personas es, entre todas las formas de delincuencia organizada, la actividad criminal de mayor crecimiento en la Unión Europea. La realidad que se esconde detrás de las redes que trafican con seres humanos no es otra que la maximización de beneficios económicos. Su complejidad dificulta que este fenómeno pueda afrontarse sólo con la intervención penal y policial. El presente artículo pretende abordar la problemática de la trata de personas y la inmigración irregular en Europa; y particularmente, la desprotección de las víctimas. En primera instancia, se perfila el marco genérico del tráfico de personas, estableciendo las diferencias existentes entre “tráfico irregular” y “trata de personas”; en segundo lugar, se analiza el tejido estructural de las mafias y redes organizadas; posteriormente, el impagable impulso de la ONU en la lucha contra esta lacra creciente, y la reacción insuficiente del Derecho comunitario y, a su sombra, la del Derecho interno; en tercer lugar, los déficit existentes en materia de protección de víctimas y testigos, y finalmente, se esbozan algunas propuestas de mejora.

PALABRAS CLAVE: Inmigración irregular; trata de personas; mafias; protección de las víctimas; cooperación reforzada.

ABSTRACT

At the present time, the human trafficking is the most growing criminal activity in the European Union among the organized criminality. The real thing, behind the human trafficking networks, is the maximization of the economical profits. This problem is so complicated that is difficult to face it only with policy and penal actions. This paper tries to study the series of problems of human trafficking and irregular immigration in Europe; the analysis is essentially focused on the lack of protection that victims suffer. First, the author outlines the generic frame of human trafficking and defines the differences between «human trafficking» and «irregular migration». In second place, he analyses the structural network of the Mafias and organized criminality groups; then the author studies the invaluable impulse of the UNO against this growing blight, and also the insufficient reaction of the European and national law. In third place, Garcia Vazquez examines the existing deficits on protection of victims and witness. Finally the author proposes some solutions to improve the situation.

KEY WORDS: Irregular migration, Human trafficking, protection of victims, Enhanced cooperation.