

La jurisprudencia del TEDH en materia de trata de seres humanos y la necesidad de regresar a las categorías jurídicas de esclavitud, servidumbre y trabajo forzado

The case-law of the ECtHR on human trafficking and the need to go back to the legal concepts of slavery, servitude and forced labour

Ruth M. Mestre i Mestre

Institut universitari d'estudis de les dones
Universitat de València
Ruth.Mestre@uv.es
0000-0001-8886-0758

Resumen

Este breve repaso a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos en materia de trata en los últimos quince años señala con preocupación el abandono de las categorías de esclavitud, servidumbre y trabajo forzado y la omnipresencia de la trata, una categoría que deja en situación de desamparo a buena parte de sus víctimas. El artículo se detiene brevemente en tres casos paradigmáticos: caso Siliadin v. Francia (2005); Rantsev v. Rusia y Chipre (2010); y S.M v. Croacia (2020). El análisis es crítico con el concepto de trata que utiliza el TEDH en su jurisprudencia e insiste en la necesidad de regresar al derecho internacional de los derechos humanos abandonando la categoría de trata y su uso perverso.

Palabras clave: trata, servidumbre, trabajo forzado, esclavitud, trabajo sexual.

Abstract

The article proposes a review of the European Court of Human Rights case law regarding Trafficking in Human Beings in the last 15 years, and highlights with concern the shift from discourses on slavery, servitude and forced labor towards trafficking, a category that is unable to protect most of THB victims. The focus is briefly put on three main decisions: *Siliadin v. France* (2005); *Rantsev v. Russia and Cyprus* (2010); and *S.M v. Croatia* (2020). The analysis criticizes the concept of THB employed by the ECHR, and insists on the need of using long-established international human rights law categories, abandoning the wicked category of trafficking.

Key words: THB, servitude, slavery, forced labour, sex work.

1 Introducción

El discurso público mayoritario alerta del enorme volumen de personas tratadas en la Unión Europea (UE) y a escala global, y de la gravedad de las violaciones de derechos que sufren las víctimas. El octavo informe del GRETA¹ (de abril de 2020) señala un incremento importante en el número de víctimas identificadas entre 2015 y 2018 en 47 estados europeos, pues si en 2015 se identificó un total de 10.598, la cifra para 2018 asciende a 15.310 víctimas. Si bien no sabemos si se ha incrementado la trata o el número de identificaciones, tanto las dificultades de identificación efectiva como la disparidad en la colecta de datos por países parecen indicar que el número real de víctimas es mucho mayor.² Sin embargo, el número de casos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha analizado entre 2005 y 2020 es relativamente escaso, pues no llegan a la veintena.³ Esto puede deberse a muchos factores, entre los que no es menor el hecho de que el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no contenga ninguna disposición o prohibición expresa sobre la trata.

Por primera vez en 2010, en el caso *Rantsev v. Chipre y Rusia* (demanda nº 25965/04, decisión de 7 de enero de 2010), el TEDH entendió que el artículo 4 del CEDH (prohibición de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso), interpretado de acuerdo a las circunstancias actuales, ofrecía protección frente a la trata. Asimismo lamentó que rara vez le llegaran casos en los que tuviese que analizar si se había producido una violación del artículo 4 a pesar del incremento de la trata de seres humanos como fenómeno global, que había requerido recientemente de la comunidad internacional el desarrollo y aprobación de instrumentos y mecanismos de protección efectiva, como el Protocolo de Palermo (UN, 2000) o el Convenio de Varsovia (CoE, 2005).

Diez años después, la decisión *Rantsev v. Chipre y Rusia* sigue siendo paradigmática porque desde su adopción han llegado pocos casos ante el TEDH; y porque de los pocos que han llegado el TEDH ha rechazado muchos.⁴ Quizás habría que preguntarse hasta qué punto los parámetros establecidos en *Rantsev* y su posterior interpretación y aplicación constituyen en sí mismos una barrera de acceso a la justicia para las víctimas de trata. Es decir, a falta de mejores respuestas, *Rantsev* sigue ofreciendo los parámetros relativos a las obligaciones positivas de los estados en materia de trata, pero ya sabemos que esos parámetros son insuficientes para garantizar acceso a la justicia y obtener

¹ Group of experts on Action Against Trafficking in Human Beings (Grupo de expertos para combatir la trata de seres humanos). GRETA es el principal órgano de monitoreo del Convenio del Consejo de Europa para combatir la trata de seres humanos de 2005, llamado Convenio de Varsovia.

² El informe presenta en una tabla la progresión por países, desde 2015 hasta 2018, mostrando asimismo los totales por año. Cada país, sin embargo, contabiliza las víctimas de manera diferente. Por ejemplo, en 2018 el dato que aporta España es de 200 víctimas identificadas como parte de procedimientos judiciales, mientras Italia habla de 1.310 víctimas que han recibido asistencia. GRETA: *9th General report GRETA activities*, Abril 2020, p. 53. <https://rm.coe.int/9th-general-report-on-the-activities-of-greta-covering-the-period-from/16809e169e>- accedido el 4 de julio de 2020.

En septiembre de 2020 la Comisión Europea publicó datos referentes a la trata en los estados miembro para 2017 y 2018, con cifras totales para la Unión Europea (EU) muy diferentes de las proporcionadas por GRETA, que monitoriza 47 estados. El total de víctimas para la EU-27 (sin UK) es de 14.145 y de 26.268 para la EU-28. Por tanto, las cifras con las que nos manejamos son inciertas y oscilan de 15.310 en 47 estados a 14.145 en 27 estados o 26.268 en 28 estados. https://ec.europa.eu/antitrafficking/sites/antitrafficking/files/study_on_data_collection_on_trafficking_in_human_beings_in_the_eu.pdf, accedido el 20 de noviembre de 2020.

³ La *factsheet* pública en la web del TEDH en materia de trata, consultada el 3 de julio de 2020, recogía apenas diez casos, e indicaba que había tres pendientes en esos momentos: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Trafficking_ENG.pdf, accedido el 4 de julio de 2020. La propia *factsheet* dice que no es un listado exhaustivo, pero no deja de ser un número sorprendentemente bajo.

⁴ Una tercera parte de los casos que han llegado al Tribunal han sido rechazados por las correspondientes decisiones de inadmisión: *V.F. v. Francia* (demanda nº 7196/10); *M. y otros v. Italia y Bulgaria* (demanda nº 40020/03), parcialmente rechazada; *F.A. vs UK* (demanda nº 20658/11); *G.J. v España* (demanda nº 59172/12).

reparación por las violaciones de derechos sufridas por las víctimas. En definitiva, se ha avanzado muy poco en estos diez años en relación a la protección efectiva de derechos,⁵ y me pregunto si no es debido al concepto de trata internacionalmente aceptado y a la interpretación del mismo que hace el TEDH.

La última decisión del TEDH en materia de trata, *S.M. v. Croacia*, de 25 de junio de 2020 (demanda nº 60561/14), podría haber servido para avanzar, aclarar las dudas y sistematizar algunas de las cuestiones y deficiencias señaladas en estos diez años. Sin embargo, parece que en lugar de avanzar, retrocedamos. Si en *Rantsev* el TEDH dijo que el artículo 4 incluía la trata, en *S.M.* parece que haya que demostrar que hay trata para que sea de aplicación el artículo 4. En este breve texto quiero explorar cómo hemos llegado a ese punto.

El siguiente apartado (2) detalla el concepto internacional de trata y su relación con el tráfico. Esto es importante, pues lo distintivo de la trata es su relación con la servidumbre, la esclavitud y el trabajo forzado, y este vínculo explica por qué el TEDH ha abordado la protección contra la trata a partir del artículo 4 del Convenio. Sin embargo, con esta distinción/confusión se entiende también por qué el abordaje de los estados se realiza desde las políticas de extranjería y migración. En el apartado tercero (3) se analizan algunas decisiones relevantes del TEDH de estos últimos diez años que reflejan esta doble perspectiva respecto de la trata: como fenómeno vinculado a la movilidad global humana y como fenómeno vinculado a la explotación. La intención es preparar el terreno para el cuarto apartado (4), en el que se señala el limitado impacto de esa línea jurisprudencial, sus dificultades y deficiencias, y el quinto (5), en el que se señalan las razones para criticar el actual concepto de trata (vid. Mestre i Mestre, 2019). Por último (6), se analiza brevemente la última decisión del TEDH en materia de trata, y se concluye (7) poniendo en evidencia qué sigue siendo deficitario en la doctrina del Tribunal.

2 El concepto internacional de trata

Según la normativa internacional relevante la trata es “la captación, transporte, traslado, acogida o 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 de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”. Esta es la definición contenida en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo, 2000).

Es muy similar a la que recogió posteriormente el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio de Varsovia, 2005) en su artículo 4: “La expresión «trata de seres humanos» designa la contratación, el transporte, el traslado, el alojamiento o la acogida de personas mediante amenazas de recurrir a la fuerza, recurso a la fuerza o cualquier otra forma de obligación, mediante rapto, fraude, engaño, abuso de autoridad o de una situación de

⁵ Por ejemplo, como un porcentaje elevado de víctimas de trata son mujeres, se ha planteado al Tribunal que analice si la ausencia de un marco efectivo de protección para víctimas de trata constituye discriminación por razón de sexo (*G.J. v España*, demanda nº 59172/12), siguiendo el razonamiento del propio Tribunal en *Opuz v. Turquía* (demanda nº 33401/02). Sin embargo, el TEDH no se ha pronunciado al respecto pues esta fue una de las cuestiones que el Tribunal dejó sin resolver en la decisión de inadmisión de *G.J. v España* (cit).

La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) calcula que el 66% de las víctimas de trata a escala global son mujeres, *OIM data overview*, <https://www.ctdatacollaborative.org/iom-data-overview>, accedido el 4/07/2020.

vulnerabilidad o mediante la oferta o la aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación. La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena o bien otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.⁶

En ambos instrumentos se recogen los tres elementos constitutivos de la trata: una acción (captación/transporte), un medio coercitivo (fuerza, engaño, abuso) y un propósito (con fines de explotación). Esta aproximación o definición del concepto de trata encierra varias dificultades. En primer lugar, el delito de trata se centra en una acción concreta que consiste en captar, trasladar, transportar..., que se realiza mediante fuerza y con un propósito o un fin. Pero la acción que se castiga no es la explotación que se persigue o se consigue, sino la acción de captar y trasladar.

En segundo lugar, ninguno de los instrumentos se detiene a explicar qué debe entenderse por explotación, ni laboral, ni sexual, ni “de la prostitución ajena”, ni “otras formas de explotación sexual”. Esto supone un problema porque no hay consenso (social, político, académico, jurídico; ni nacional ni internacional) en torno al tratamiento jurídico que debe recibir la prostitución; ni acuerdo sobre si la explotación de la prostitución ajena equivale a explotación laboral en la industria del sexo o si es una forma de explotación sexual.⁷ Tampoco hay consenso en torno al papel que debe jugar el consentimiento de la mujer en el deslinde entre explotación sexual y explotación laboral en la prostitución. Lo único que está claro es que no puede darse por válido el consentimiento de los menores cuando afirmen que existe.

El Convenio de Varsovia considera víctimas de trata tanto a quienes entraron o permanecen en situación regular en un estado, como a quienes entraron o permanecen de manera irregular. En ese sentido se puede decir que la definición de trata del Convenio no se centra en una de las partes de la trata que son coincidentes con el *tráfico* (Mestre i Mestre, 2011). El tráfico de migrantes consiste en facilitar la migración autónoma, esto es, aquella que se produce al margen de los mecanismos previstos por los estados para la migración regular. Buena parte de los migrantes irregulares acaban trabajando en la economía sumergida, pues es muy difícil regularizar la situación en la UE, tanto si se ha llegado al territorio de forma irregular como si se ha alcanzado una irregularidad sobrevenida. Así, la trata y el tráfico tienen elementos coincidentes: en ambos puede producirse un cruce de frontera en cierto modo ilegal; en ambos casos se puede pasar a residir irregularmente en el estado de destino; en ambos casos la actividad económica se desarrollará al margen del control estatal. Si bien el tráfico siempre implica una entrada y una estancia irregulares, la trata puede producirse

⁶ Del mismo modo, la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, establece en su art. 1. 1 y 1.3 que la trata consiste en la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotarla; y que la explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas o la extracción de órganos.

⁷ Entiendo, con M. Maqueda (2009, p. 62) que la prostitución es, por definición, libre y, que la forzada no existe. Es decir, que si hay coacción ya no hablamos de prostitución sino de otra cosa. Así, la expresión “explotación de la prostitución ajena” puede entenderse como explotación laboral (explotación en el marco del trabajo sexual voluntario) mientras que la expresión “explotación sexual” se refiere a prácticas coercitivas para la prestación de servicios sexuales no consentidos. Esto es una intuición que requiere un análisis jurisprudencial y jurídico más profundo, que debería además vincular esas categorías jurídicas a las que recoge el CEDH. Y es la tesis opuesta o contraria al abolicionismo que entiende que no se puede consentir y por tanto toda prestación de servicios sexuales es, *per se*, coercitiva.

sorprendentemente incluso cuando la entrada y estancia son regulares. Tanto es así, que el Convenio protege contra la trata transnacional, pero también contra la trata interna, entendida como la que se da dentro de un mismo país y la que se da entre países de la Unión Europea entre los que formalmente no se cruzan fronteras. Esto es fundamental si se tiene en cuenta que el 92% de las víctimas de trata explotadas en Europa tienen nacionalidad de algún país europeo.⁸

Sin embargo, es importante insistir en que lo que se persigue y castiga es el modo en que una persona es captada y mantenida en una situación de explotación y que, como esa es la parte que coincide en gran medida con la lucha contra el tráfico de personas, hablar de trata y no de explotación ha desviado el foco de atención hacia las fronteras y las migraciones internacionales, dejando de lado las condiciones de trabajo y los marcos que posibilitan ‘los fines de explotación’. Los derechos que reconoce el Convenio de Varsovia a las víctimas son amplios y no quedan condicionados a su denuncia efectiva (artículo 12.6 del Convenio), sino al reconocimiento de la condición de víctima de una persona por las autoridades competentes. De hecho, el Convenio señala que la investigación de los hechos no puede quedar supeditada a la denuncia de la víctima, sino que el estado debe, de oficio, investigar este tipo de delitos.

El TEDH, al ser un tribunal que evalúa si los estados parte del CEDH garantizan de manera efectiva los derechos mediante la legislación interna, toma el Convenio de Varsovia (firmado por la mayoría de los estados) como referencia, es decir, como parte del derecho aplicable al caso.

3 El movimiento del TEDH: de la prohibición de “la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado” a la protección frente a la trata

Como ya he señalado, el CEDH no contempla la trata de seres humanos, pero sí prohíbe la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados en su artículo 4, que establece que:

1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre.
2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio.

En los dos primeros casos significativos relativos a la trata el TEDH realizó un movimiento interesante desde la prohibición del artículo 4 a la protección contra la trata. En el caso *Siliadin v. Francia* de 26 de Julio de 2005 (demanda nº 73316/01), el Tribunal se detuvo en el análisis de si los hechos denunciados constituían servidumbre o esclavitud. Se trataba de una menor togolesa que había estado trabajando como doméstica durante 4 años para un matrimonio francés sin recibir a cambio una retribución suficiente, ni escolarización, ni documentación alguna. El TEDH entendió que la menor había sido sometida a servidumbre y que la legislación penal francesa no tipificaba ni la servidumbre ni la esclavitud, por lo que Francia había dejado a S. Siliadin desprotegida, incumpliendo, por tanto, sus obligaciones como signataria del Convenio.

En este caso el TEDH, apoyándose en otros instrumentos internacionales (el Convenio de 1927 para la definición de esclavitud; el Convenio de 1956 para la servidumbre; el convenio 29 de la OIT para el trabajo forzado) *actualizó* las definiciones de servidumbre y esclavitud, vinculándolas a formas de explotación contemporáneas. De este modo, el Tribunal

- define esclavitud en el sentido que lo hace la *Convención de la esclavitud* de 1927 (UN) en su artículo 1.1: “La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos”;

⁸ *OIM data overview*, cit. El Informe de la Comisión Europea de 2020 señala que el 94% de las víctimas tienen ciudadanía europea.

- define servidumbre como lo recoge la *Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud* de 1956 (UN) en su artículo 2;⁹
- entiende por trabajo forzoso, lo que el Convenio 29 de la OIT sobre el trabajo forzoso de 1930 estableció como tal: “cualquier trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”.

Aunque podría argumentarse que Siliadin fue víctima de trata con fines de explotación laboral en el servicio doméstico, el TEDH no entró a analizar el modo en que la menor fue introducida en Francia desde Togo, ni cómo se realizó su “traspaso” de una familia a otra. Tampoco se detuvo a analizar las implicaciones de su minoría de edad en la protección que debió otorgar el estado, tanto en relación con la trata como en relación con la explotación. Con todo, resulta muy interesante constatar que lo relevante para el Tribunal en este caso es la explotación, incluso cuando es tan evidente que hubo trata. De nuevo cabe recordar que, aunque la explotación es un elemento de la trata, no constituye en sí la acción perseguida, sino únicamente el fin para el que se comete la acción delictiva. Por eso en *Siliadin* el TEDH afirma que la vulneración de derechos humanos frente a la que ofrece protección el Convenio es “el fin de explotación” y que la parte de la trata coincidente con el tráfico no es de su incumbencia. Lo que le preocupa son las circunstancias actuales de la servidumbre y la esclavitud, reafirmando la vigencia del artículo 4 del Convenio.

Cinco años después de *Siliadin*, el Tribunal se enfrenta a un segundo caso de trata y esta vez lo reconoce como tal. Como instrumento vivo, el Tribunal interpreta el Convenio a la luz de las circunstancias del momento y del contexto en que debe aplicarse,¹⁰ por lo que el hecho de que la trata en sí no aparezca en el Convenio no es un obstáculo para que el TEDH conozca de esos casos. Así lo afirmó en el caso *Rantsev v. Chipre y Rusia* de 7 de enero de 2010 (demanda nº 25965/04), recalando que quería aprovechar la ocasión para delimitar si y en qué condiciones el artículo 4 del Convenio protegía contra la trata por ser contraria al Convenio.

El demandante (Sr. Rantsev) es el padre de Oxana Rantseva, una joven rusa que migró a Chipre con un visado para trabajar como camarera en locales de ocio, pero fue obligada a prostituirse. Huyó de la red y denunció el caso ante la policía, pero en lugar de investigar los hechos y protegerla, la policía la *devolvió* a la red de trata. Esa misma madrugada O. Rantseva apareció muerta, tras caer de una

⁹ Incluye: a) La servidumbre por deudas, o sea, el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios;

b) La servidumbre de la gleba, o sea, la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición;

c) Toda institución o práctica en virtud de la cual:

i) Una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas;

ii) El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera;

iii) La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona;

d) Toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven.

¹⁰ Mowbray señala que el Tribunal “interpreta el Convenio como un documento vivo” y para que la protección sea “práctica y efectiva”. A partir de estos dos principios el TEDH ha desarrollado y “actualizado” las obligaciones positivas de los Estados en relación a muchos derechos (Mowbray, 2005).

altura de varios pisos desde la ventana de un apartamento propiedad del dueño del club del que escapó. En *Rantsev*, pues, el TEDH tuvo que analizar el papel que juegan las políticas migratorias de los estados en el fenómeno de la trata, ya que determinadas políticas pueden promoverla en lugar de impedirla, como era el caso del sistema chipriota de reclutamiento de trabajadoras extranjeras para el sector del ocio (hostelería y espectáculos). Y cómo las autoridades no habían sido capaces de identificar y proteger a Oxana como víctima de trata.

Las conclusiones a las que llegó el Tribunal fueron tres. La primera, que la política migratoria de Chipre al respecto constituía un mecanismo idóneo para la trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Más que una vía migratoria segura, Chipre había consolidado un sistema que ponía a las bailarinas bajo el control directo de su empleador, favoreciendo la explotación de las mujeres migrantes. Por tanto, en lugar de tener un marco normativo que protegiera de la explotación, la legislación chipriota promovía la trata con fines de explotación. En segundo lugar, Chipre había incumplido sus obligaciones positivas por no haber protegido adecuadamente a O. Rantseva de una detención ilegal que ella misma denunció. Además, la policía chipriota no supo reconocer los indicios de trata y fue cómplice necesario para la realización del delito. Por último, Chipre había incumplido con las obligaciones procesales de investigar adecuadamente las circunstancias de la muerte de Oxana. Por su parte, Rusia había incumplido la obligación de investigar las circunstancias que rodeaban el reclutamiento de Oxana, y de protegerla de ser potencialmente víctima de trata con fines de explotación sexual.

Este breve relato explica la doctrina del Tribunal respecto de la trata desde *Rantsev v. Chipre y Rusia*, que puede resumirse en tres puntos:

1. La trata de seres humanos es incompatible con el Convenio
2. El artículo 4 protege contra la trata, incluyendo los elementos de la acción (captación, reclutamiento) y con independencia de que la explotación a la que se haya sometido a las víctimas deba considerarse trabajo forzado, esclavitud o servidumbre.
3. En relación a la trata, el artículo 4 del Convenio establece tres obligaciones positivas para los estados:
 - a. Desarrollar un marco jurídico y administrativo apropiado para combatir la trata
 - b. Tomar medidas de protección para las víctimas o posibles víctimas y
 - c. Llevar a cabo una investigación suficiente e independiente de las alegaciones o denuncias por trata.

Las dos primeras obligaciones positivas respecto a la trata puede decirse que son substantivas, mientras que la última es procesal y forma parte de la protección que los estados deben otorgar, al menos, a los derechos no condicionados contenidos en los artículos 2, 3 y 4 CEDH.¹¹ Por tanto, en la medida en que el artículo 4 protege contra la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado y conlleva para los estados la obligación de prohibir tales comportamientos (*Siliadin*), impone la obligación de establecer políticas migratorias dentro de marcos jurídicos y administrativos que impidan la trata con fines de explotación. Cuando, a pesar de la existencia de estas dos reglas haya indicios de que una persona ha sido tratada o de que existen redes de trata, el artículo 4 CEDH impone la obligación de proteger a la víctima o víctimas de inmediato, así como de investigar adecuadamente los hechos.

¹¹ Vid. por ejemplo: *MC v. Bulgaria* (demanda nº [39272/98](#)); *Zontul v. Grecia* (demanda nº [12294/07](#)).

4 El reducido impacto de *Rantsev*

A pesar de que este ha sido el marco utilizado en los siguientes casos de trata, el Tribunal ha sido muy superficial en cuanto a la primera obligación y lo que pueda significar “marco adecuado” (Stoyanova, 2016), muy permisivo con los estados en cuanto a la segunda y la tercera obligaciones, y no ha vuelto a examinar la existencia o no de legislación efectiva contra la esclavitud, servidumbre o trabajo forzado. Así, los efectos de *Rantsev* han sido más bien escasos.

4.1 El marco jurídico y administrativo adecuado

Uno de los puntos débiles de la jurisprudencia del TEDH en materia de trata ha sido la ausencia de clarificación de los elementos de “un marco jurídico y administrativo adecuado”. No sabemos si el marco jurídico adecuado se refiere exclusivamente al establecimiento de canales de migración regular seguros y accesibles para las mujeres, y a que los estados han de ser muy cuidadosos en la regulación de esos mecanismos para evitar la explotación,¹² o si se refiere a desarrollar el marco jurídico de prevención y protección del Convenio de Varsovia, que incluye medidas de cooperación con los estados de origen y tránsito de las víctimas, por ejemplo.

Un aspecto fundamental en la prevención y la protección de víctimas es el de su identificación efectiva. Sin embargo, el TEDH tampoco ha indicado si un marco jurídico y administrativo adecuado es aquel capaz de identificar a las víctimas de trata incluso antes de que se haya producido su explotación (mediante indicios) o si es suficiente que la identificación se realice cuando ya ha habido explotación y mediante prueba. Ignoramos, asimismo, si es adecuado que la identificación quede en manos de las fuerzas de seguridad del estado, o si debería hacerlo el poder judicial; o si por el contrario un sistema adecuado es aquel que se apoya en el trabajo en red de distintos actores para esa identificación (ONGs, policía, administración diversa...). Tampoco ha indicado si un marco jurídico adecuado implica no supeditar el reconocimiento y protección de las víctimas a su colaboración con las autoridades, a pesar de que este punto ha constituido un obstáculo para la protección efectiva de las víctimas de trata de manera reiterada a pesar de que, como ya he dicho, el Convenio de Varsovia insta a no hacerlo.

Por ejemplo, en la decisión *L.E. v. Grecia*, de 21 de enero de 2016 (demanda nº 71545/12), el Tribunal concluyó que Grecia había desarrollado un marco apropiado de protección, pese a las dificultades a las que se enfrentó la solicitante, y pese el retraso de 9 meses en su identificación como víctima. El Tribunal trata su caso como un problema concreto, una disfunción puntual a la que se enfrentó L.E. dentro de un sistema generalmente eficaz. Sin embargo, como destaca Stoyanova (2016), el marco jurídico griego es ineficaz en la identificación de víctimas *porque está al servicio* de los procesos penales contra los tratantes.

Algo parecido ocurrió en la decisión de inadmisión de *G.J. v. España*, de 21 de junio de 2016 (demanda no.59172/12). G.J. es una mujer nigeriana contra quien se dictó una orden de expulsión mientras estaba pendiente su primera solicitud de asilo, que fue rechazada. Al ser detenida e internada en un Centro de Internamiento de Extranjeros por carecer de documentación, presentó una segunda solicitud de asilo como víctima de trata con fines de explotación sexual. A pesar de que ACNUR, Proyecto Esperanza y el Defensor del Pueblo apoyaron en distintos momentos procesales su solicitud, el órgano administrativo competente estimó que era inadmisibile. Ante la denegación se incoó un procedimiento contencioso administrativo solicitando, además, la suspensión de la orden de expulsión mientras se resolvía su solicitud de asilo. Al mismo tiempo, G.J. firmó poderes el 11 de marzo de 2010 para que Women’s Link Worldwide tramitara la concesión de un período de

¹² Lo que serviría para impugnar la política migratoria del estado español respecto de las trabajadoras temporeras de la fresa en Huelva (vid. Palumbo y Scirba, 2018).

reflexión como víctima de trata. El 17 de marzo de 2010 G.J. fue deportada en virtud de la orden de expulsión.¹³ Y es que quien identifica a las víctimas de trata en el derecho español es la Policía Nacional, que es quien combate la migración irregular y quien investiga delitos. Los agentes de policía se centran en los aspectos de la migración irregular que se solapan con la trata: el cruce irregular de fronteras, la estancia irregular de personas en el territorio nacional, la irregularidad de su actividad económica... Esto explica que los agentes de policía emitan órdenes de deportación contra migrantes sistemáticamente, sin plantearse la posibilidad de que sean víctimas de trata, tal y como indica críticamente el Defensor del Pueblo (2012). Ya en su informe de 2013, GRETA insta a las autoridades españolas a que redoblen esfuerzos en la detección de casos de trata de seres humanos, y a que analicen por qué, a pesar de ser un país de tránsito y destino de la trata, hay tan pocas solicitudes de protección y tan pocas concesiones de período de recuperación y reflexión para víctimas.

En ambos casos el TEDH podría haber señalado que la incapacidad de los estados para identificar adecuadamente a las víctimas constituye en sí una violación del artículo 4 CEDH porque un marco efectivo de lucha contra la trata necesariamente ha de ser eficaz en dicha identificación. También podría haber señalado como elemento necesario que la protección de las víctimas no quede subordinada a su colaboración con las autoridades o su capacidad de identificar a los responsables del delito, como se indica en el Convenio de Varsovia. En definitiva, para que el marco sea efectivo parece imprescindible que, de un lado, establezca políticas migratorias que no favorezcan la explotación, y por otro, que sea capaz de identificar adecuadamente a las víctimas, especialmente en aquellos casos en que puede haber “interferencias” con la política migratoria, el control de fronteras y las expulsiones de personas migrantes indocumentadas.

4.2 La protección de víctimas

En cuanto a la segunda obligación, la de proteger a las víctimas, el TEDH también ha desarrollado una línea poco satisfactoria. De un lado, el TEDH parece entender que la identificación de las víctimas forma parte de esta segunda obligación (la de proteger) y no de la primera. Pero si el marco normativo no permite identificar adecuadamente a las víctimas, difícilmente se llevará a cabo una protección efectiva.

Por otro lado, parece sensato pensar que la protección debe activarse cuando haya alegaciones o sospecha de trata, no cuando ya haya sido probada, y sin embargo, la vigilancia del TEDH sobre esta obligación también ha sido miope. El caso de *V.F. v. Francia* (demanda nº 7196/10) creo que pone en evidencia este aspecto. En el fallo de inadmisibilidad, el Tribunal analizó ciertos aspectos de la solicitud poniendo de manifiesto que era consciente de las dificultades que enfrentaban las víctimas a la hora de obtener acceso a la justicia y protección. Asimismo, señaló que no cabía la menor duda de que V.F. había sido víctima de trata. Sin embargo, afirmó que las autoridades francesas no habían incumplido la obligación de tomar medidas de protección *porque desconocían los hechos*, pues ella no lo había manifestado en su solicitud de asilo. El hecho o posibilidad de que las víctimas *no se lo comuniquen* a las autoridades por miedo a los tratantes pasó desapercibido al Tribunal. Si, a pesar de haber indicios de trata, el Estado no está obligado a proteger, entonces la protección está siempre subordinada a la denuncia (en contra de lo que establece el Convenio de Varsovia) y tiene efectos negativos para las víctimas, que son instrumentalizadas para proteger fronteras y perseguir criminales.

¹³ Para un análisis del caso vid. Mestre i Mestre, 2016a, y Mestre i Mestre, 2019.

En este caso vemos claramente la interrelación de las tres obligaciones estatales que el Tribunal señaló en *Ranstev*: si no se identifica, no se protege; si no se investiga cuando hay indicios, no se identifica. Como la protección depende de la colaboración y la identificación, y a la vez la identificación está sometida a la colaboración con la justicia, y a la investigación, vamos dando vueltas en círculos. A ojos del Tribunal, la ausencia de protección por parte de las autoridades francesas queda justificada por un desconocimiento que *parece imputable a la víctima*, que no relató los hechos, y no a la policía que no los investigó. El hecho de que las autoridades no respondan adecuadamente aun cuando hay indicios de trata, es decir, el hecho de que la identificación de las víctimas dependa de que ellas mismas puedan substanciar una denuncia, impide una y otra vez su protección efectiva. En *G.J. v. España* el estado fue advertido hasta cuatro veces de que posible y hasta probablemente G.J. era víctima de trata y debía ser protegida, y sin embargo el TEDH inadmitió el caso por un problema formal de representación que podría haber salvado (Mestre i Mestre, 2016a), en lugar de evaluar si el estado falló tanto en su obligación de establecer un marco normativo eficaz de lucha contra la trata como en la obligación de proteger a las víctimas.

En realidad, pues, lo que el Tribunal trató como un problema concreto de una solicitante en Grecia y Francia, y pudo evaluar en *G.J. v. España*, parece un problema generalizado en países que han adoptado una legislación que prioriza el control de fronteras contra la migración irregular, a costa de no detectar ni proteger víctimas de trata. Me parece difícil sostener que un marco jurídico es adecuado si permite la expulsión de posibles víctimas de trata por carecer de permiso de estancia o residencia en vigor. Tampoco me parece adecuado un marco jurídico que no obligue a las autoridades a actuar de manera eficiente en la identificación precoz de las víctimas o a partir de indicios, precisamente por sus implicaciones en la incapacidad estatal de protegerlas adecuadamente e investigar los hechos. Así, coincido con Stoyanova (2016) en que, a la hora de valorar si un estado ha cumplido las obligaciones del artículo 4, sería mejor que el TEDH incluyera la eficacia del proceso de identificación de víctimas en la primera obligación (establecer un marco jurídico y administrativo adecuado para la prevención y protección), en lugar de considerar la identificación como parte integrante de la obligación de tomar medidas de protección -que no llegan sin la adecuada identificación (Mestre i Mestre, 2016a).

4.3 La obligación de investigar y el resto de problemas sin tratar

En estos diez años, el Tribunal no se ha detenido prácticamente en la tercera obligación, relativa a llevar a cabo una investigación independiente y adecuada. Tampoco ha evaluado las dimensiones de género de la trata,¹⁴ ni se ha pronunciado sobre si la falta de protección de los estados a las víctimas es una forma de discriminación. Tampoco se había vuelto a pronunciar sobre el concepto de esclavitud, servidumbre o trabajos forzados hasta 2020.

Creo que haber planteado desde 2010 los diferentes casos como casos de trata, y no de servidumbre, esclavitud o trabajo forzado, ha llevado al TEDH a aplicar su *doctrina Ranstev*, en lugar de detenerse a analizar si hay, o no, violación del artículo 4 en sí, desarrollando mejor *Siliadin* y la conexión con la trata. Es decir, los casos no se han planteado como contrarios al artículo 4 en tanto que casos de trabajo forzado, esclavitud o servidumbre, sino en tanto que casos de trata con fines de explotación. Esto ha ido estrechando las miras. Si bien en *Ranstev* el TEDH partía de la idea de que los estados han de cumplir obligaciones claramente derivadas del artículo 4 (i.e. proteger de la servidumbre), a las que se añadían otras tres en casos de trata, en los casos posteriores sólo se centra en las cuestiones relativas a la trata.

¹⁴ El Parlamento Europeo lo ha analizado en EPRS, 2016.

Por eso no hay una jurisprudencia reciente en torno a la prohibición de explotación y su relación con las conductas prohibidas por el artículo 4, vinculadas o no a la trata. El Tribunal se ha centrado en los elementos de la trata que coinciden con el tráfico, esto es, con el marco administrativo de las migraciones internacionales, y lo ha hecho desde la perspectiva miope que he intentado exponer. Para colmo de males, el TEDH ha concluido en la mayoría de los casos que no ha lugar el análisis sobre la violación del artículo 4 si antes la demandante no ha sido identificada como víctima de trata por las autoridades estatales con potestad para hacerlo. Así, el sistema de protección de las víctimas de trata avalado por el TEDH es, por decirlo suavemente, insuficiente.

5 Los equívocos de la trata

Lo explicado hasta aquí quizás ayude a comprender por qué en otro lugar he afirmado que la trata es hoy en día una categoría jurídico-política perversa, que necesita ser revisada (Mestre i Mestre, 2019). La categoría lleva también a equívoco porque cuando en el discurso público hegemónico se discute sobre trata, más que luchar contra las injusticias señaladas, se está librando una cruzada moral.¹⁵ Según Weitzer (2007) las *cruzadas morales* convierten una condición social en un mal absoluto que ha de ser eliminado a toda costa. Se consigue utilizando historias especialmente cruentas para representar la totalidad de situaciones, magnificando el alcance del problema sin proporcionar datos fiables, y presentando la cuestión en términos dogmáticos,¹⁶ sin medias tintas, para justificar el cambio normativo y social que se defiende. En nuestro país, el discurso hegemónico sobre la trata comparte la comprensión abolicionista de la prostitución que cuenta con todos los elementos de cruzada señalados, dando como resultado un juego de confusiones y simplificaciones,¹⁷ que puede resumirse en cuatro puntos:

1- Equivalencia entre trata y prostitución: la reducción de toda la trata a la trata con fines de explotación sexual.

Mediante esta reducción se traslada el debate al terreno de la regularización del trabajo sexual, desviándolo de la necesaria conceptualización y lucha contra el trabajo forzado, la servidumbre, las prácticas análogas a la esclavitud y a las formas actuales de explotación que el sistema global capitalista permite y promueve, entre otras cosas, mediante un determinado *régimen* migratorio global.¹⁸

Esta reducción establece un tablero de juego determinado: la trata afecta a mujeres que son explotadas sexualmente por los hombres en el marco de las relaciones cisheteropatriarcales. De modo que no sólo eliminamos a otros sujetos que pueden sufrir explotación laboral en la industria del sexo (varones, personas trans...), sino que eliminamos también otras formas de explotación laboral en el marco del heteropatriarcado capitalista global, como es el trabajo doméstico o el trabajo temporal en la agricultura.

Según la OIM el 53% de la trata es con fines de explotación laboral y el 43% es con fines de explotación sexual. Sin embargo, hay que tener en cuenta que esos porcentajes implican aceptar de entrada que el trabajo sexual no es trabajo, y que la explotación laboral en el trabajo sexual equivale a explotación sexual y no a explotación de la prostitución ajena. En lógica con el abolicionismo

¹⁵ Una excepción reciente es el Informe de Amnistía Internacional de Octubre de 2020.

¹⁶ Así, por ejemplo, en el último año en el estado español se han censurado y boicoteado jornadas universitarias en las que se discutía sobre el trabajo sexual con argumentos violentos y dogmáticos, tomando la forma de eslóganes que se repiten en redes, intervenciones y escritos. Emma Martín y yo analizamos las violencias de esos discursos en Mestre y Martín (2019).

¹⁷ Vid asimismo Mestre i Mestre, Martín Díaz, Fernández Bessa, Brandariz García (2019).

¹⁸ Comparto el enfoque de la autonomía de la migración de, entre otros Mezzadra (2011).

contemporáneo, también está implícita la idea de que la explotación sexual es más grave que la explotación laboral.

2.- Se confunde la trata con el tráfico de migrantes, ignorando que hay trata interna, que no está relacionada con el control de fronteras.

Esto conduce al debate sobre la necesidad de reforzar el control de fronteras y de los flujos migratorios, en lugar de centrarnos en los efectos que las políticas migratorias y el control estatal (y europeo) tienen sobre la movilidad humana y las condiciones de esa movilidad (Mullally, 2014). Se obvian las políticas migratorias a pesar de ser el marco en el que la trata es conceptualizada en los estados europeos... Se pone así el foco en los elementos coincidentes de la trata y el tráfico, contribuyendo en la legitimación de las políticas migratorias actuales y se incide en las formas de reclutamiento y el engaño o “abuso de una situación de vulnerabilidad”.

3.- Se afirma que la trata afecta a grupos y personas *vulnerables* (por ejemplo, a las mujeres *por el hecho de ser mujeres*)

Esta afirmación elude la responsabilidad estatal o de la UE en la creación de sistemas de opresión que se manifiestan en situaciones particulares de desventaja para determinadas personas y grupos. Es decir, no se habla de las leyes y políticas migratorias, ni del mercado laboral o del sistema económico; no se discute acerca de la precariedad de ciertos trabajos o de la ausencia de regulación como fuente de vulnerabilidad. Más bien, se presenta la vulnerabilidad como un atributo de las personas y no una consecuencia de la acción o inacción estatal o internacional, y de los sistemas de dominio presentes en un determinado contexto social.¹⁹ Por eso tampoco se analiza la falta de protección de las víctimas de trata como un trato subdiscriminatorio por omisión, del que el estado es responsable.²⁰

4.- Las mafias (y los clientes) son responsables de la trata.

En este relato *mainstream* hay grupos criminales transnacionales que pueden ser desarticulados por las fuerzas de seguridad del estado; víctimas desamparadas y vulnerables que deben ser rescatadas y devueltas; y otros actores que se benefician del sistema de dominio sin apenas coste (los hombres en general y los clientes en particular).

Esta reducción ignora y oculta la organización y la autonomía de las migraciones internacionales, su estructura, y el rol de las redes migratorias. Además, otorga a las organizaciones criminales un poder que no tienen. Ignora también las intersecciones de distintos sistemas de dominio que hacen que determinadas personas tengan menos opciones que otras en el momento de elegir cómo se ganan la vida.²¹

Así, el discurso construye víctimas perfectas (mujeres) que son manipuladas y explotadas por agentes malvados (hombres *prostituyentes*) y rescatadas por agentes de policía de estados benevolentes. Las víctimas de trata no son agentes con opciones limitadas que podrían ser ampliadas con unas políticas públicas diferentes.

Al ser un discurso manipulado, reductor y parcial, por un lado, es incapaz de proteger adecuadamente a las víctimas de trata y, por otro, legitima políticas migratorias restrictivas, el refuerzo de los controles fronterizos y la precarización en general de la movilidad global humana,

¹⁹ Para una crítica sobre el concepto de vulnerabilidad vid. Peroni y Timmer (2013), y el núm. 34 de 2016 de la revista *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, en especial, Barrère Unzueta (2016).

²⁰ El concepto subdiscriminación ha sido acuñado por Maggy Barrère, quien habla también de tratos antisubdiscriminatorios por omisión (Barrère Unzueta, 2018; 2019).

²¹ Al respecto vid. Rodríguez Ruiz (2019).

sin decir media palabra sobre la esclavitud, la servidumbre, el trabajo forzoso, y sin decir media palabra sobre cómo todo esto es fomentado por el modelo económico europeo y el capitalismo global.

La cruzada contra la trata refuerza y se apoya precisamente sobre algunos de los elementos problemáticos de la comprensión que el TEDH hace de la trata: redoblar esfuerzos en el control fronterizo y migratorio en lugar de analizar el papel del derecho en la protección o la desprotección frente a la explotación; ignorar el marco administrativo migratorio estatal e internacional como marco que favorece la explotación; instrumentalizar a las víctimas al condicionar su protección a la colaboración con la policía; revictimizar al señalar que no es la acción o inacción estatal la responsable de la situación de vulnerabilidad de algunas personas... Después de *Ranstev* el TEDH no ha vuelto a analizar el impacto de las políticas migratorias en la trata y se ha dedicado a “individualizar” conductas, acciones, casos... Así, en lugar de prevenir y combatir los abusos, el concepto de trata proporciona legitimidad al sistema que los produce, convirtiéndose en una categoría jurídico-política perversa. Creo que deberíamos regresar a las categorías básicas de explotación y protección y abandonar el discurso de la trata, que no sólo confluye con los intereses estatales de criminalizar toda migración autónoma (la que se realiza al margen de sus intereses económicos), sino que además deja a todas las víctimas de explotación sin protección.

6 S.M. v. Croacia como caso de trata

S.M. v Croacia (demanda nº 60561/14) es uno de los casos de trata más recientes, si no el último, analizados por el TEDH (junio de 2020). S.M. alega que Croacia no investigó adecuadamente los hechos que ella denunció a la policía y que constituían, a primera vista, una violación del artículo 4 del Convenio. Con 18 años y mientras vivía en una casa de acogida, T.M. la contactó por Facebook alegando ser un viejo amigo de sus padres. Poco después se conocieron en persona y T.M. la obligó física y psicológicamente a prestar servicios sexuales durante un tiempo. Cuando S.M. escapó del piso en el que era forzada, denunció los hechos a la policía, y tras los procedimientos pertinentes, S.M. fue reconocida como víctima de trata por las autoridades croatas.²² Sin embargo, T.M. fue absuelto de todos los cargos en los procedimientos internos al no quedar probados los hechos delictivos. S.M. alega que el estado violó el artículo 4 en su vertiente procedimental porque no investigó adecuadamente los hechos denunciados.

La demanda plantea la cuestión como un caso “de trata o de explotación en la prostitución”, y a lo largo de todo el texto se habla de “trata/o explotación de la prostitución”, como si no acabaran de decantarse por una u otra cosa para no perjudicar a la víctima. Sin embargo, no me parece evidente que las elecciones realizadas hayan sido las mejores o las que mejor protegen a la víctima; o no me parece evidente que fuese inevitable (y lo mejor) tratar este caso como un caso de trata. Por ejemplo, ante la posibilidad de analizar la explotación sexual de S.M. como trato degradante (artículo 3) o como trata (artículo 4), el TEDH se decanta por lo segundo alegando que la mayoría de casos de trata los ha enfocado así (párrafo 242) y que, de otro modo, algunas acciones delictivas implícitas en la trata (el reclutamiento, por ejemplo) quedarían impunes. Sin embargo, nada indica que analizar los hechos como trato degradante impidiera, en sí mismo, evaluar todos los hechos relativos al caso. Otro ejemplo: la decisión da a entender que utilizar el concepto de trata facilita el análisis en profundidad de las obligaciones procesales del estado ante una violación de derechos

²² Es imposible detenerme en el análisis de las razones por las que el estado decide que S.M. es víctima de trata y no de otro delito, aunque es posible que haya fondos y programas públicos de lucha contra la trata, pero no contra la explotación sexual o la prostitución forzada. Este análisis merecería ser llevado a cabo en otro momento, ya que la estrategia jurídica de protección en este caso (y probablemente en muchos otros) parece claramente influenciada por las políticas sociales en general, y lo que se conoce como la “industria del rescate” en particular.

humanos, a pesar de que el TEDH ha reconocido que todos los derechos del Convenio conllevan para los estados obligaciones positivas procesales, y en concreto la obligación de llevar a cabo una investigación independiente y en profundidad.

Otras dos circunstancias hacen de éste un caso curioso. Por un lado, llama la atención que haya cuatro entidades interviniendo como terceras partes en calidad de amigos de la corte, *Amici Curiae*: GRETA, dos clínicas jurídicas de Universidades europeas y un grupo de investigación internacional. Y, si bien todas coinciden con el Tribunal en que éste es un caso de trata, únicamente el *Amicus* del GRETA hace referencia a la cuestión central de la obligación del estado de investigar. Por otro lado, sorprende que cinco de los diecisiete jueces que forman el tribunal emitan votos particulares que, aunque coinciden en el fallo, muestran argumentos bien diferentes (tanto que en algunos casos podrían haber justificado incluso un voto discordante) y preocupaciones muy distintas entre los miembros del Tribunal.²³

Sea como fuere, el Tribunal decide analizar los hechos desde el prisma del artículo 4 en cuanto que prohíbe la trata, y no en tanto que prohíbe el trabajo forzado, servidumbre o esclavitud; y rechaza además analizarlos como constitutivos de trato degradante. Circunscrito así el caso, los diferentes informes llaman la atención del Tribunal sobre los tres elementos constitutivos de la trata y aportan argumentos relacionados con:

- (1) la acción, alegando que no es necesario el movimiento transnacional para que haya trata (en este caso el reclutamiento es local y vía Facebook);²⁴
- (2) los medios, señalando que la fuerza o coacción requeridas en el tipo pueden referirse al abuso de una situación de vulnerabilidad que debe ser adecuadamente valorada;²⁵
- (3) los fines de explotación, señalando que como no hay una definición clara en el derecho internacional de los derechos humanos del término ‘explotación sexual’, y los estados pueden regular el trabajo sexual de una manera tan precaria que no evite la explotación, el TEDH debería elaborar una definición clara recurriendo a su doctrina de los conceptos autónomos;²⁶
- (4) la obligación de investigar los hechos a partir de las declaraciones de la víctima, aunque no pueda dar cuenta o no pueda establecer un relato coherente de los hechos, debido a lo

²³ La lectura de esta sentencia ha estado condicionada por el escaso tiempo transcurrido entre su publicación y el compromiso de entrega de este texto. Esto explica que no se analicen en detalle los votos particulares, aun efectuándose, tanto aquí como más adelante, cierta referencia valorativa a su contenido.

²⁴ *Amicus* del Research Centre L’altro diritto onlus (University of Florence), párrafos 269-271.

²⁵ *Amicus* de GRETA, Párrafos 260- 265. *Amicus Clinique doctorale de droit international des droits de l’homme* (Faculté de droit d’Aix-en-Provence), párrafo 266-268.

²⁶ *Amicus* del Group of researchers Bénédicte Bourgeois (University of Michigan), Marie-Xavière Catto (University Paris I Panthéon-Sorbonne) and Michel Erpelding (Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law), Párrafos 272-275. El *Amicus* pide clarificación sobre el concepto de “explotación sexual” en tanto que reconocido como uno de los fines de la trata, y no sobre cómo distinguir, por ejemplo, la prostitución forzada del trabajo sexual libremente ejercido. La doctrina de los conceptos autónomos hace referencia al proceso mediante el cual el TEDH considera que el contenido de un derecho del Pacto no puede ser construido teniendo en cuenta únicamente la legislación interna del estado que está siendo evaluado, sino que ha de hacerse de forma autónoma. Habría una tensión entre lo que el Estado entiende que forma parte de un derecho, que sería el punto de partida ineludible, y el contenido que el Tribunal puede atribuirle al interpretar ese derecho en el contexto o en relación al resto de derechos reconocidos en el Pacto, que sería el punto de llegada (Letsas, 2004). El Tribunal ha señalado como autónomos un número importante de conceptos. Hay quien entiende que con la doctrina de los conceptos autónomos el TEDH se extralimita en sus funciones de supervisión. Vid. Mestre i Mestre (2016b).

sucedido o a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra.²⁷

Como se ha señalado, S.M. acusa a Croacia de incumplir sus obligaciones procesales de investigar adecuadamente un caso de “trata o prostitución forzada” ex artículo 4, a pesar de haber sido reconocida por las autoridades estatales como víctima de trata. Croacia, aun sabiendo que era víctima de trata, no investigó los hechos. En este punto, pues, el caso se diferencia del de *V.F. v. Francia*, en el que el Tribunal entendió que el estado no estaba obligado a investigar porque no sabía que debía hacerlo. En S.M. el Tribunal confirma que, aunque del reconocimiento administrativo de alguien como víctima de trata no puede deducirse a la existencia del delito, las autoridades croatas debían haber llevado a cabo una investigación independiente y en profundidad, pues había suficientes indicios de trata. Había tantos, que incluso fueron suficientes como para reconocer a S.M. como “víctima de trata” según la normativa interna. Por tanto, el estado no puede escudarse, como hizo Francia, en que desconocía que los hechos podían ser constitutivos de un delito de trata. En ese sentido, S.M. ha proporcionado al Tribunal la oportunidad de profundizar en la tercera obligación establecida en *Ranstev* (la de investigar), a la que hasta ahora había prestado poca atención.

En cuanto al resto de cuestiones suscitadas, el TEDH dice que recoge el guante y se dispone a clarificar el alcance del artículo 4, su relación con la trata de seres humanos y con la explotación de la prostitución. Así, en primer lugar, explica que para determinar el alcance y significado de los tres conceptos del artículo 4 se debe recurrir al derecho internacional de los derechos humanos, como ya hizo en *Siliadin* (vid supra) y repite, sin más matices, ahora. En segundo lugar, el Tribunal recuerda que para que el artículo 4 se active en un caso de trata se deben dar los tres elementos constitutivos de la misma (la acción, el medio y el fin) y que, de acuerdo con el Convenio de Varsovia, el artículo 4 ofrece protección también cuando la trata es interna (no transnacional) y cuando no haya crimen organizado,²⁸ como parece el caso.

En tercer lugar, el Tribunal asegura que, si bien nunca ha dicho que la prostitución en sí sea contraria a la dignidad humana, sí ha dicho que la prostitución forzada (que yo he estado nombrando explotación sexual) está prohibida por el artículo 3 en tanto que trato degradante. Y añade ahora (en S.M.) que cuando los hechos consisten en *explotar a alguien gravemente*, se activa también la protección del artículo 4, en tanto que trabajo o servicio forzado, haya o no trata.

Por tanto, a los ojos del Tribunal la prostitución forzada puede constituir *tanto* trato degradante *como* trabajo forzado, aunque no explica bajo qué circunstancias debe entenderse que es una cosa u otra, es decir, cual es la diferencia entre explotación sexual y explotación de la prostitución ajena, ni bajo qué circunstancias unos hechos constituyen tanto trato degradante como trabajo forzado.

7 Apuntes para concluir

Como indica el juez Serghides en su voto particular, para ese viaje no se necesitaban alforjas.

²⁷ El Amicus de Aix señala que es posible que la víctima no sea capaz de esta articulación coherente de los hechos (Amicus Clinique doctorale de droit international des droits de l’homme, Faculté de droit d’Aix-en-Provence, párrafo 266-268) mientras que el Amicus del GRETA indica que, en muchos casos, los tribunales sólo cuentan con la declaración de la víctima para iniciar la investigación de los hechos, por lo que es importante prestar atención a sus condiciones de vulnerabilidad. El argumento es parecido a los argumentos feministas relativos al peso de la declaración de la víctima en casos de violencia sexual contra las mujeres.

²⁸ El Tribunal parece seguir el consejo del Amicus del Research Centre L’altro diritto onlus (University of Florence), y se desmarca así del Protocolo de Palermo que, cabe recordar, es el *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*.

Por un lado, el razonamiento del Tribunal confunde más que clarifica cuál es la línea, el deslinde entre prostitución forzosa (prohibida por el artículo 3) y el trabajo forzado en la prostitución (del artículo 4) que parece sostener y a la vez no sostener. Sin embargo, el hecho de distinguir o apuntar a esas dos posibilidades puede abrir un espacio para la concreción de una regulación del trabajo sexual que permita clarificar cuándo un comportamiento es contrario al artículo 3 (trato degradante, que como he señalado creo que por lógica sería “explotación sexual”) y cuándo un comportamiento es contrario al artículo 4 (explotación en el trabajo sexual, en condiciones de esclavitud, servidumbre o trabajo forzado), y ello con independencia de que todo trabajo forzado pueda constituir también trato degradante. Así, la decisión permite profundizar en la idea de que el artículo 4 exige el establecimiento de un marco jurídico adecuado para impedir la explotación en el trabajo sexual, como algo distinto de impedir la explotación sexual (artículo 3). Ahora bien, el Tribunal plantea unos umbrales de injusticia y explotación elevados que dificultan poder pensar una regulación laboral de mínimos a corto plazo. Una de cal y otra de arena.

Por otro lado, se diría que el Tribunal está atrapado en el discurso hegemónico que todo lo confunde: trata equivale a prostitución y prostitución equivale a trata, por lo que el caso de *S.M.* parece que sólo importe en la medida en que pueda ser calificado como trata. Pero realmente, ¿qué necesidad había de discutir el concepto de trata para determinar que el artículo 4 impone obligaciones negativas y positivas para los estados? ¿Qué necesidad había de hablar de trata para señalar el deber de proteger e investigar? ¿Por que no se trató como un caso de trato degradante en tanto que explotación sexual (artículo 3), o un caso de trabajo forzoso (artículo 4), y se recurrió al derecho internacional de los derechos humanos en materia de trata? ¿Acaso la trata añadía algo a la protección que el artículo 4 ofrecía a la víctima?

En la sentencia y los votos particulares se ven las dificultades del Tribunal para que *cuadre* el caso en el concepto de trata y, a la vez, pone de manifiesto algunos malentendidos: aunque no haya red criminal, ni movimiento transnacional, es trata. El tribunal “fuerza” el encaje de los hechos en la acción que persigue la trata, aunque sea difícil hablar en este caso de “reclutamiento” en el sentido del convenio de Varsovia o del protocolo de Palermo...²⁹ Pues bien, a pesar de todo eso, el Tribunal sorteja las dificultades, incluso contra el discurso hegemónico, y aunque no haya red, ni movimiento nacional ni transnacional..., aunque a priori no lo parezca, es un caso de trata. Como si no fuese suficientemente grave la violación del artículo 4 como explotación laboral, o no fuese suficientemente grave la violación del artículo 3 como explotación sexual. El Tribunal se une así a la cruzada contra la trata al obviar la discusión misma de esas posibilidades. Y así, paradójicamente, en lugar de reconducir la trata a la explotación y abordar esa categoría básica, parece que estemos llevando la explotación a la trata; una categoría jurídica perversa que, como he señalado, en lugar de proteger, alimenta el sistema de desprotección, no sólo de sus víctimas sino también ahora claramente de las víctimas de explotación.

²⁹ La decisión señala que *S.M* fue reclutada por Facebook *en su misma ciudad de residencia*.

Bibliografía

Barrère Unzueta, M. (2016): “¿Vulnerabilidad vs. Subordiscriminación? Una mirada crítica a la expansión de la vulnerabilidad en detrimento de la perspectiva sistémica”, *CEFD- Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, nº 34, pp. 17-34.

Barrère Unzueta, M. (2018): “Filosofías del derecho positivo. ¿qué derecho y qué discriminación? Una visión contra-hegemónica del derecho antidiscriminatorio”, *Anuario de Filosofía del derecho*, vol. XXXIV, pp. 11-41.

Barrère Unzueta, M. (2019): *Feminismo y derecho. Fragmentos para un derecho antidisriminatorio*, Santiago de Chile: ediciones Olejnik.

Decisión Siliadin v. Francia de 26 de Julio de 2005, demanda nº 73316/01.

Decisión Opuz v. Turquía de 9 de junio de 2009, demanda nº 33401/02.

Decisión Ranstev v. Chipre y Rusia de 7 de enero de 2010, demanda nº 25965/04.

Decisión de inadmisión V.F. v. Francia de 29 de noviembre de 2011, demanda nº 7196/10.

Decisión L.E. v. Grecia de 21 de enero de 2016, demanda nº 71545/12.

Decisión de inadmisión G.J. v España de 21 de junio de 2016, demanda nº 59172/12.

Decisión S.M. v. Croacia de 25 de junio de 2020, demanda nº 60561/14.

EPRS (2016): *The gender dimensions of Human trafficking*, Brief, Member’s Research Office. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/577950/EPRS_BRI\(2016\)577950_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/577950/EPRS_BRI(2016)577950_EN.pdf) (último acceso el 20 de noviembre de 2020). GRETA (2020): *9th General report GRETA activities*, Abril 2020, <https://rm.coe.int/9th-general-report-on-the-activities-of-greta-covering-the-period-from/16809e169e-> (último acceso el 4 de julio de 2020).

Letsas, G. (2004): “The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR”, *EJIL*, Vol. 15(2), pp. 279-305.

Mestre i Mestre, R. (2011): “La protección cuando se trata de trata em el Estado Español”, *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, Ano XIX nº 37, pp. 27-42.

Mestre i Mestre, R. (2016a): “G.J. v. Spain and Access to Justice for Victims of Human Trafficking”, <https://strasbourgobservers.com/2016/09/01/g-j-v-spain-and-access-to-justice-for-victims-of-human-trafficking/> (último acceso el 20 de noviembre de 2020).

Mestre i Mestre, R. (2016b): “La protección de los derechos sociales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *CEFD- Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, nº 33, pp. 113-132.

Mestre i Mestre, R. (2019): “Apuntes rápidos sobre reducciones, confusiones y otras manipulaciones en torno a la trata de seres humanos. El ejemplo de G.J. vs. España” en B. Rodríguez Ruiz (coord.): *Autonomía, género y derecho. Debates en torno al cuerpo de las mujeres*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 161-172.

Mestre i Mestre, R, E. Martín Díaz, C. Fernández Bessa, J.A. Brandariz García (2019): “Abolicionismo y prostitución: la gobernanza del simulacro”, *CTX* 12/11/2019.

Mestre i Mestre, R. y E. Martín Díaz (2019): “Sobre las distintas violencias contra las trabajadoras del sexo: un análisis crítico de los discursos”, *Viento Sur*.

Mezzadra, A. (2011): “The gaze of Autonomy. Capitalism, Migration and Social Struggles”, en V. Squire (ed): *The contested Politics of Mobility: borderzones and Irregularity*, London: Routledge, pp. 121-142.

Mowbray, A. (2005): "The creativity of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, vol. 5, pp. 57-79.

Mullally, S. (2014): "Migration, Gender and the Limits of Rights", in Ruth Rubio-Marín (ed), *Human Rights and Immigration*, Oxford: Oxford University Press, pp. 145-176.

OIM (2020). Data overview, <https://www.ctdatacollaborative.org/iom-data-overview> (último acceso el 4 de julio de 2020)

Palumbo, L. y A. Sciarba (2018): *The vulnerability to exploitation of women migrant workers in agriculture in the EU: the need for a human rights and a gender-based perspective*, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs- Directorate General for Internal Policies of the Union, European Parliament.

Peroni, L. y A. Timmer (2013): "Vulnerable groups: the promise of an emerging concept in European Human Rights Convention Law", *I·CON*, vol. 11(4), pp. 1056-1085.

Rodríguez Ruiz, B. (2019): *El discurso del cuidado. Propuestas (de)constructivas para un estado paritario*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Stoyanova, V. (2016): "L.E. v. Greece: Human Trafficking and States' positive Obligations", *Strasbourg Observers*.

Weitzer, R. (2007): "The Social Construction of Sex Trafficking: Ideology and Institutionalization of a Moral Crusade", *Politics and Society*, Vol. 35(3), pp. 447-475.