

¿LAS VÍCTIMAS DE TRATA PUEDEN TENER ACCESO A LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL? ANÁLISIS DE LAS POSIBILIDADES DE REFUGIO O DE PROTECCIÓN SUBSIDIARIA EN LA UNIÓN EUROPEA

ALEXANDRE MORENO URPI¹
alexandre.moreno@urv.cat

Cómo citar/Citation

Moreno Urpi, A. (2023).

¿Las víctimas de trata pueden tener acceso a la protección internacional? Análisis de las posibilidades de refugio o de protección subsidiaria en la Unión Europea.

Revista de Derecho Comunitario Europeo, 74, 191-226.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.74.06>

Resumen

El presente trabajo de investigación responde a la necesidad de sistematizar los casos en los que las víctimas de la trata de seres humanos tienen acceso a la protección internacional, en el marco de la Unión Europea (UE), puesto que ni el Convenio de Ginebra de 1951, ni el Protocolo de Nueva York de 1967 ni la Directiva 2011/95/UE contemplan este fenómeno delictivo como una causa justificativa de dicha protección. Reconocer el refugio o la protección subsidiaria a las víctimas de la trata no nacionales de los Estados miembros de la UE, especialmente después de que a estas se les hayan aplicado las medidas de protección previstas en el ordenamiento jurídico de la UE, se erige como una posibilidad de asistirles, de protegerlas y de evitar que sean devueltas a su Estado de origen, aspecto que conllevaría un aumento exponencial de las posibilidades de verse sometidas, otra vez, a la explotación por parte de las redes de trata. El análisis pormenorizado de los requisitos para acceder a la protección internacional demuestra que, en algunos casos, las circunstancias que rodean a las víctimas de la trata justifican el reconocimiento de la protección internacional por parte de los Estados miembros de la UE. En este sentido, debe valorarse cada caso concreto y subsumirlo en los requisitos establecidos, prestando especial atención a los actos de persecución y a las razones que los motivan, que son los elementos que presentan mayores retos a la hora de aplicarlo al fenómeno de la trata.

¹ Profesor visitante del Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universitat Rovira i Virgili de Tarragona. Miembro del grupo de investigación consolidado reconocido por la Generalitat de Catalunya «Territorio, Ciudadanía y Sostenibilidad» (2021 SGR 00162).

Palabras clave

Trata de seres humanos; Unión Europea; protección internacional; refugiado; protección subsidiaria; vulnerabilidad.

MIGHT HUMAN TRAFFICKING VICTIMS HAVE ACCESS TO INTERNATIONAL PROTECTION? ANALYSIS OF THE POSSIBILITIES OF REFUGE OR SUBSIDIARY PROTECTION WITHIN THE EUROPEAN UNION

Abstract

This research responds to the need to systematise access to international protection within the framework of the European Union (EU) for victims of trafficking in human beings, given that neither the 1951 Refugee Convention, nor the 1967 New York Protocol, nor Directive 2011/95/EU deem this criminal activity justifiable cause for such protection. Granting refuge or subsidiary protection to victims of trafficking who are not nationals of an EU Member State, especially after they have been granted protection under EU law, may offer means to assist them, protect them and prevent them from being sent back to their country of origin, which would exponentially increase their risk of being exploited again by trafficking networks. A detailed analysis of eligibility for international protection in this domain shows that, in some cases, the circumstances surrounding the victims of trafficking may justify the recognition of international protection by EU Member States. Each individual case must be assessed and addressed under the established requirements, with particular attention paid to the existence of acts of prosecution and the grounds that motive these acts, as this is the aspect that poses the greatest challenges in relation to the phenomenon of human trafficking.

Keywords

Human trafficking; European Union; international protection; refugee; subsidiary protection; vulnerability.

EST-CE QUE LES VICTIMES DE LA TRAITE DES ÊTRES HUMAINS PEUVENT ACCÉDER À LA PROTECTION INTERNATIONALE? ANALYSE DES POSSIBILITES DE REFUGE OU DE PROTECTION SUBSIDIAIRE DANS L'UNION EUROPÉENNE

Résumé

Ce travail de recherche répond au besoin de systématiser les cas pour lesquels les victimes de la traite d'êtres humains ont accès à une protection internationale dans

le cadre de l'Union européenne (UE), compte tenu que ni la Convention de Genève de 1951, ni le Protocole de New York de 1967, ni la Directive 2011/95/UE ne considèrent ce phénomène criminel comme une cause justifiant une telle protection. Le fait d'accorder le statut de réfugié ou la protection subsidiaire aux victimes de la traite de personnes à des non-ressortissants des États membres de l'UE, surtout après avoir bénéficié des mesures de protection en vertu du droit de l'Union, constitue une possibilité de les aider, de les protéger et d'éviter qu'ils ne soient refoulés vers leurs pays d'origine, ce qui aggraverait de manière exponentielle leur risque d'être exploités, une fois de plus, par les réseaux de trafic humain. Sur cette question, une analyse détaillée des conditions d'éligibilité à la protection internationale montre que, dans certains cas, les circonstances des victimes de la traite justifient la reconnaissance de la protection internationale par les États membres de l'UE. En ce sens, chaque cas spécifique doit être évalué et abordé selon les conditions établies, en accordant une attention particulière aux actes de persécution et les motifs qui justifient ces actes, car il s'agit là de l'élément qui pose les plus grands défis lorsqu'il est appliqué au phénomène de la traite des personnes.

Mots clés

Traite des êtres humains; Union Européenne; protection internationale; réfugié; protection subsidiaire; vulnérabilité.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA RELACIÓN ENTRE LA TRATA DE SERES HUMANOS Y EL REFUGIO: ¿QUÉ VÍCTIMAS PUEDEN ACCEDER A ESTA PROTECCIÓN? III. LA TRATA DE SERES HUMANOS COMO ACTO DE PERSECUCIÓN: DESDE LA EXPLOTACIÓN HASTA LA AUSENCIA DE PROTECCIÓN. IV. LOS MOTIVOS QUE JUSTIFICAN LOS TEMORES FUNDADOS A SER PERSEGUIDO. ¿DÓNDE ENCAJA LA TRATA? V. LA PROTECCIÓN SUBSIDIARIA: CUANDO LAS VÍCTIMAS DE LA TRATA NO CUMPLEN LOS REQUISITOS PARA EL REFUGIO. VI. CONCLUSIONES. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. INTRODUCCIÓN

La trata de seres humanos es una conducta criminal con una gran afectación tanto a nivel cuantitativo como a nivel cualitativo. Así, de acuerdo con las últimas cifras oficiales publicadas por la Comisión Europea, en el período 2019-2020 se registraron un total de 14.311 víctimas en los 27 Estados miembros (EEMM) de la UE (2022: 1)², aunque como ella misma reconoce, el número real de víctimas es mayor ya que muchas no son ni detectadas (2020b: 3, 2022: 1). A nivel cualitativo, la trata afecta los derechos fundamentales de las víctimas, les priva de su dignidad, de su libertad³ y conlleva graves perjuicios para su integridad física y psicológica, la cual normalmente es sometida a violaciones u obligada a realizar trabajos en situación de extrema precariedad (Hathaway y Foster, 2014: 221). En este mismo orden de ideas, la Directiva 2011/36/UE, norma básica de la UE para luchar contra la trata de seres humanos, afirma que esta conducta representa una grave

² En esta misma línea, el 9º informe del GRETA (Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings) apuntó que entre 2015 y 2018 el número de víctimas identificadas por trata en el Consejo de Europa aumentó, pasando de 10.598 en 2015 hasta las 15.310 en 2018 (2020: 53).

³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones sobre la «Estrategia Europea para combatir la trata de seres humanos 2021-2025». COM(2021) 171 final. 14-04-2021.

violación de los derechos humanos (DDHH)⁴. De hecho, en palabras de la Relatora Especial de la ONU para la trata de seres humanos, este delito comporta una grave estigmatización de los supervivientes, lo que tiene consecuencias tangibles para las víctimas: las dificultades en la identificación y asistencia, que conduce a su vez a una violación de sus derechos humanos o al rechazo por parte de su comunidad (ACNUDH, 2021: 3), aumentando así los daños sufridos por la víctima (Hathaway y Foster, 2014: 199).

Ante esta violación tan severa de los DDHH más básicos, en el año 2013, España reconoció por primera vez el estatuto de refugiado a una chica nigeriana víctima de trata con finalidades de explotación sexual (Yagüe, 2013: 1). El paso dado por las autoridades españolas no es más que la materialización de una idea presente desde el año 2000 en los textos normativos que han desarrollado la lucha contra la trata de seres humanos a nivel internacional y regional europeo: la protección de las víctimas de trata no puede ir en detrimento de la protección internacional a la que podrían tener acceso las víctimas, ya sea por la vía del refugio o por la vía de la protección subsidiaria. En este sentido, el art. 14 del Protocolo sobre trata de 2000⁵ y el art. 40 apdo. 4 del Convenio de Varsovia de 2005⁶ establecen que nada de lo dispuesto en ambos textos normativos se aplicará en perjuicio de las obligaciones internacionales que emanan del Convenio de Ginebra de 1951 y del Protocolo de Nueva York de 1967⁷. También la Directiva 2011/36/UE, instrumento que ha vertebrado la lucha contra la trata en el marco de la UE, determinó que entre la información que debe facilitarse a la víctima debe incluir, entre otros, aquella relativa a los procedimientos de protección internacional⁸. Sin embargo, aparte de esta posibilidad, las víctimas de este fenómeno tienen

⁴ Véase considerando 1 Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo (DO L 101, de 14 de abril de 2011, p. 180).

⁵ Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, de 15 de noviembre de 2000 (U.N.T.S., vol. 2237, p. 39).

⁶ Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio n.º 197 del Consejo de Europa), de 16 de mayo de 2005 (U.N.T.S., vol. 2569, p. 33).

⁷ Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951 (U.N.T.S., vol. 189, p. 137) y Protocolo de Nueva York relativo al Estatuto de los Refugiados, de 31 de enero de 1967 (U.N.T.S., vol. 606, p. 267).

⁸ Véase art. 11 Directiva 2011/36/UE.

previsto, en los citados instrumentos, un régimen específico de protección y asistencia. Dicho con otras palabras, a las víctimas se les aplicará el régimen de protección y asistencia en supuestos de trata y solamente en los casos en los que la víctima entre dentro de la definición de refugiado o de beneficiario de protección subsidiaria, esta será reconocida dicha situación.

Reconocer la protección internacional vía estatuto de refugiado o vía protección subsidiaria es una situación que sobrepasa los motivos originarios que desembocaron en la adopción del Convenio de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967. No obstante, dada la extrema lesividad de la trata de seres humanos y que en algunos supuestos las víctimas pueden no verse protegidas por su Estado de origen, la protección internacional a través de estas dos instituciones se hace más que necesaria. De hecho, ante una violación sistemática y grave de los DDHH más básicos, sumado a la incapacidad de proteger del Estado (Morgades Gil, 2021: 27), el estatuto de refugiado y la protección subsidiaria se erigen como «un mecanismo de protección de derechos» (Bertomeu Navarro, 2020: 56). Así, es deber de toda la comunidad internacional proteger a estas personas para que puedan gozar plenamente de sus derechos (Novak-Irons, 2018: 199). Como consecuencia, a nivel de Naciones Unidas, el ACNUR elaboró en el año 2006 un instrumento de *soft law* que pretende concretar cómo deben aplicarse el Convenio de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967 a las víctimas de la trata⁹. A nivel regional europeo, el GRETA, en su informe de 2020, publicó que, si bien las motivaciones de la trata eran cuestiones económicas, estas no impedían que se reconociera la protección internacional de las víctimas (2020: 6). De hecho, el informe de 2022 de la Agencia de Asilo de la UE (AAUE) listó las iniciativas de los EEMM de la UE para facilitar la solicitud de protección internacional por parte de las víctimas de trata (2022b: 266-268). En el caso español, el Plan Estratégico Nacional contra la trata y la explotación de seres humanos (2012-2013), publicado por el Ministerio del Interior español, lo confirma al reconocer que las autoridades españolas, «conforme los estándares internacionales, [...] han venido reconociendo la protección especial que brinda la figura del asilo»¹⁰.

⁹ Directrices sobre protección internacional: «La aplicación del art. 1A(2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata», HCR/GIP/06/07, 07-04-2006 (en adelante, Directrices ACNUR sobre protección internacional).

¹⁰ Véase p. 17 del Plan Estratégico Nacional contra la Trata y la Explotación de Seres Humanos 2012-2013, aprobado por el Ministerio del Interior del Gobierno de España. Disponible en: <https://bit.ly/3CzS2GZ>.

Por todo lo anterior, el objetivo del presente artículo es sistematizar solamente los supuestos en los que las víctimas de trata tienen, en el marco de la UE, la posibilidad de solicitar protección internacional ya sea la que emana del estatuto de refugiado o la que resulta de la protección subsidiaria. La voluntad es centrarse en la protección que pueden brindar los EEMM de la UE a las víctimas de la trata que ven lesionados sus DDHH y no pueden volver a su Estado, sin olvidar que esta protección funciona aparte del régimen específico de protección en tanto que víctimas de la trata.

A modo preliminar, es preciso decir que aunque exista esta conexión entre ambas instituciones e incluso la práctica parezca apuntar hacia el reconocimiento del refugio o de la protección subsidiaria a las víctimas de trata, la normativa europea no prevé que este fenómeno justifique este tipo de protección¹¹. De hecho, la consideración de víctima de trata no es un título habilitante para que a la víctima se le reconozca el refugio o la protección subsidiaria, por lo que se requiere un ejercicio interpretativo que permita explorar las posibilidades en las que una víctima de trata puede tener acceso a dicha protección y, de este modo, superar la visión androcéntrica que, tradicionalmente, ha dirigido el Derecho internacional de los refugiados (Bertomeu Navarro, 2020: 51).

Para desarrollar este ejercicio, la primera cuestión que hay que resolver es en qué casos concretamente el refugio es una posibilidad efectiva de protección para las víctimas de trata. En este sentido, la primera sección pretende resolver, por un lado, la cuestión de por qué las víctimas de trata pueden solicitar refugio. Por otro lado, la determinación del perfil de las víctimas que puede solicitar este tipo de protección obliga a abordar el primero de los requisitos: que la víctima se encuentre fuera del Estado de su nacionalidad y no pueda o no quiera volver a él.

Seguidamente, y centrándose en los criterios para el reconocimiento del estatuto de refugiado, se abordarán los demás criterios que deben concurrir para dicho reconocimiento, haciendo especial énfasis en la consideración de la trata como acto de persecución y en la motivación, el nexo que causa dichos actos. Se puede avanzar aquí que las motivaciones económicas detrás de la trata no son un motivo que justifique el refugio. Sin embargo, el análisis de los

¹¹ Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derechos a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (DO L 337, de 20 de diciembre de 2011, p. 9).

actos habituales de la trata y de las características de las víctimas y su entorno pueden ser suficientes para justificar una solicitud de refugio. Dada la importancia de estos requisitos, ambos se analizan en apartados separados.

Finalmente, y habida cuenta de que la normativa europea prevé la aplicación de la protección subsidiaria en casos en los que no se cumplen con los requisitos para el refugio, pero la persona aún requiere de protección, se analizará si esta institución también permite la protección de las víctimas de trata que cumplan con los requisitos pertinentes. Tal y como se verá, el hecho de que la víctima se encuentre fuera de su Estado es un requisito común en ambos instrumentos de protección. No obstante esta nota común, los demás criterios a cumplir difieren con la figura del refugio.

II. LA RELACIÓN ENTRE LA TRATA DE SERES HUMANOS Y EL REFUGIO: ¿QUÉ VÍCTIMAS PUEDEN ACCEDER A ESTA PROTECCIÓN?

El refugio y la trata de seres humanos pueden parecer, *a priori*, fenómenos que no guardan ningún tipo de relación. No obstante, la experiencia traumática de la trata puede dar lugar, en algunos supuestos, a la necesidad de protección por vía del refugio o, en su caso, por la vía de la protección subsidiaria. Habida cuenta de que la protección subsidiaria se aplica en los casos en los que la persona beneficiaria no cumple con los requisitos del refugio, se analizará esta institución más adelante, después de haber observado si procede el estatuto de refugiado.

Así, las causas y los factores de ambas, los medios de transporte y el elemento de la transnacionalidad, la situación de vulnerabilidad que afecta tanto a demandantes de refugio como víctimas de trata o el uso de la protección internacional como método para legitimar la presencia física de una persona en el territorio donde se la quiere explotar (Gauci, 2022: 2) son solo algunos ejemplos de coincidencia entre estas dos figuras. De hecho, la Directiva 2011/36/UE ya determinó que esta se aplicaba sin perjuicio del principio de no devolución consagrado en la Convención de Ginebra de 1951. Y no solo eso, sino que entre las medidas de protección establecidas en el art. 11 de la misma directiva, las autoridades de los EEMM deben facilitar información a la víctima, entre otros, sobre los procedimientos de protección internacional en la UE¹².

¹² Véase el considerando 10 y el art. 11 de la Directiva 2011/36/UE.

En primer lugar, es preciso determinar el alcance tanto de la definición de refugiado como de trata en el marco de la Unión Europea. Por un lado, la Directiva 2011/95/UE, conocida como la Directiva de reconocimiento, define en su art. 2 letra d), qué se entiende por refugiado: «Nacional de un tercer país que, debido a fundados temores a ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a un grupo social determinado, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o un apátrida que, hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual por los mismos motivos que los mencionados, no puede o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él».

Es preciso señalar que este artículo reproduce la definición formulada en el Convenio de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967. En este sentido, ambos tratados son la piedra angular del sistema de la protección internacional de la UE¹³, que además informan del mínimo jurídico aplicable al reconocimiento de esta institución. Asimismo, dicha directiva debe interpretarse de acuerdo con los citados tratados¹⁴, así como la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE¹⁵ y del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales (CEDH)¹⁶. Con todo, pues, esta institución está prevista para aquellos casos en los que alguien no encuentra la protección debida en su Estado (Morgades Gil, 2021: 27). Por lo tanto, debe existir una incapacidad del Estado de origen de la víctima para proporcionar protección o facilitar su retorno (Borràs Pentinat, 2011: 26).

Por otro lado, la trata de seres humanos se encuentra definida en la Directiva 2011/36/UE, que en su art. 2 sigue los pasos marcados en su momento por el Protocolo sobre trata de 2000 y el Convenio de Varsovia de 2005. Así, el art. 2 de dicha directiva define la trata como: «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,

¹³ Véase párr. 4 Preámbulo Directiva 2011/95/UE.

¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de noviembre de 2020, *EZ*, C-238/19, EU:C:2020:945, apdo. 20.

¹⁵ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2000/C 364/01 (DO C 202, de 07 de junio de 2016, p. 389).

¹⁶ Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales (Convenio n.º 005 del Consejo de Europa), de 4 de noviembre de 1950 (U.N.T.S., vol. 213, p. 221). En este sentido, véase (en cursiva) la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2015, *Sheperd*, C-472/13, EU:C:2015:117, apdo. 23.

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».

Se pueden observar tres elementos esenciales de la definición: los actos, la metodología y la motivación. Todos estos elementos acaban generando una situación de extrema lesividad y de vulnerabilidad para las víctimas que constituye una clara violación de los derechos humanos y que, de acuerdo con la profesora Salinas de Frías, «merece protección internacional» (2021: 166).

Esta necesidad, en cierto modo, se ha evidenciado en el marco legal, puesto que el art. 14 del Protocolo sobre trata de 2000, el art. 40 apdo. 4 del Convenio de Varsovia de 2005 y el considerando 10 de la Directiva 2011/36/UE establecen que nada de lo dispuesto en los textos normativos se aplicará en perjuicio de las obligaciones internacionales que emanan del Convenio de Ginebra de 1951 y del Protocolo de Nueva York de 1967 (Gauci, 2022: 4). Esta conexión implica que, aparte de las medidas de asistencia y protección establecidas específicamente para las víctimas de la trata y que deben ofrecer los Estados que las identifican, tales como un período de recuperación y reflexión¹⁷, el permiso temporal de residencia o la asistencia jurídica, sanitaria y psicológica¹⁸, las víctimas podrán solicitar refugio, una protección de ámbito internacional que se ofrece a aquellas personas que ven como su Estado de origen no las protege debidamente.

A la hora de valorar la idoneidad de la protección internacional de las víctimas de la trata, hay que tener en cuenta que las medidas de protección específicas para ellas pueden resultar insuficientes o incluso inaplicables. La doctrina ha coincidido en que el cierto grado de condicionalidad respecto

¹⁷ Véase art. 6 Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes (DO L 261, de 6 de agosto de 2004, p. 19).

¹⁸ Véanse arts. 10-17 Directiva 2011/36/UE y art. 7 Directiva 2004/81/CE. En el caso de que la víctima decida participar en el proceso penal, debe tenerse en cuenta la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. (DO L 315, de 14 de noviembre de 2012, p. 57. En el caso de España, véase la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE 10, de 12 de enero de 2000, p. 1139). En concreto, su art. 59 *bis* establece un período de recuperación de noventa días prorrogable de acuerdo con la situación personal de la víctima.

de la aplicación de las medidas de protección y asistencia a la cooperación de la víctima en el ulterior proceso policial o judicial influye negativamente en la víctima (Piotrowicz, 2008: 244, Gauci, 2022: 4, Correa da Silva, 2022: 21-22). Y es que, por ejemplo, de acuerdo con el marco de la UE, el permiso temporal de residencia después de haber agotado el período de recuperación y reflexión queda supeditado a la voluntad de la víctima de cooperar¹⁹. Cabe decir, sin embargo, que tanto el Convenio de Varsovia como, entre otros, la normativa española, prevén conceder dichos permisos por razones personales²⁰. No obstante, queda a discrecionalidad del agente encargado de la identificación y la ulterior valoración. De hecho, la identificación temprana y efectiva de la víctima se ha presentado como el principal reto a la hora de brindar la protección debida a las víctimas, tanto por la complejidad del fenómeno (Jordana Santiago, 2020: 480) como por la falta de preparación de los agentes encargados (GRETA, 2015: 40-41, Comisión Europea, 2020b: 7). En este sentido, el GRETA ya subrayó las carencias de algunos Estados parte del Convenio de Varsovia a la hora de identificar a víctimas de trata en los procedimientos de concesión del asilo y viceversa (2015: 40).

En el caso de que una víctima sea explotada en un Estado distinto al de su nacionalidad, cuando es identificada tiene la posibilidad de retornar voluntariamente a su Estado o puede decidir no querer volver (Piotrowicz, 2008: 244). Además, hay que tener en cuenta que una víctima no nacional de un EEMM de la UE que se encuentre en situación irregular podría ser devuelta a su Estado de acuerdo con la Directiva 2008/115/CE²¹ después de haber agotado el período de recuperación y reflexión y no querer cooperar con las autoridades o, en su caso, no considerar que opere un permiso temporal de residencia por razones humanitarias²². Incluso en algunos casos, las autoridades solo atienden al hecho del acceso ilegal de la víctima y olvidan la condición de víctima de trata, cosa que hace que esta persona sea considerada inmigrante en situación irregular y se le apliquen las normas sobre extranjería

¹⁹ Véase art. 8 Directiva 2004/81/CE.

²⁰ Véase art. 14 Convenio de Varsovia y art. 31 de la LO 4/2000.

²¹ Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (DO L 348, de 24 de diciembre de 2008, p. 98).

²² Hay que tener en cuenta que el art. 4 apdo. 3 de la Directiva 2008/115/CE prevé la aplicación de medidas más beneficiosas que una expulsión para los inmigrantes en situación irregular. Es el caso, por ejemplo, de España que prevé la imposición de una multa en caso de estancia irregular en suelo español y, en algunos casos y en virtud del principio de proporcionalidad, de la expulsión. Véanse arts. 53-57 LO 4/2000.

que, en estos casos, prevén la expulsión (Salinas de Frías, 2021: 166). Así, si una víctima es devuelta a su Estado, se enfrenta a la estigmatización en su comunidad y, también, a la posibilidad de volver a caer en manos de las redes (ACNUDH, 2021: 3)²³. Hay que añadir aquí el miedo al ostracismo, la discriminación o el castigo por parte de la familia, de la comunidad local o, en algunos casos, por las propias autoridades estatales²⁴. De hecho, hay cierto consenso en aceptar que la devolución de una víctima de trata a su Estado de origen aumenta exponencialmente las posibilidades de caer en manos de las redes y, por lo tanto, de mantener la situación de vulneración de DDHH (Correa da Silva, 2022: 22; Saito, 2007: 3; Hynes, 2022: 15). Una posición interesante aquí es la que defiende la Prof. Correa da Silva al apuntar que hay una carencia de soluciones para las víctimas de trata que las capaciten más allá de las medidas asistencialistas del sistema actual (2022: 22).

Por todo lo anterior, el refugio, y también en algunos casos la protección subsidiaria, se presenta como una posibilidad que expande la protección de las víctimas de la trata (Gauci, 2022: 5) ya que, tal y como se ha dicho, ambos mecanismos pueden discurrir en paralelo. Ahora bien, no es posible aceptar que todas las víctimas de la trata pueden ser consideradas demandantes de refugio o, en su caso, de protección subsidiaria (Saito, 2007: 7), puesto que la normativa exige, para el reconocimiento de dicha protección, el cumplimiento de una serie de requisitos (Hynes, 2022: 6).

El primer requisito es que la víctima debe encontrarse fuera del Estado. Concretamente, la definición del art. 2 d) de la Directiva 2011/95/UE establece que los demandantes de refugio deben encontrarse «fuera del país de su nacionalidad y no pueden o, a causa de dichos temores, no quieren acogerse a la protección de tal país». Si se traslada este requisito a la realidad de la trata, aquí entrarían las víctimas que son explotadas fuera de su Estado de origen, víctimas que han sido explotadas en su Estado de origen y han huido o incluso pueden ser personas desplazadas que, en el proceso migratorio, caen en manos de las redes de trata. Esto último es lo que se conoce como las necesidades de protección internacional surgidas *in situ*²⁵. Por último, el refugio también se podría conceder a las personas extranjeras que, sin haber sido explotadas efectivamente, tienen temores a que esto pueda ocurrir si son devueltas a su Estado de origen.

Consecuentemente, y aquí el criterio de exclusión, las víctimas de trata interna, es decir, aquella que afecta a víctimas que son explotadas dentro

²³ Véase párr. 16 Directrices ACNUR sobre protección internacional.

²⁴ Véase *ibid.* párr. 18. Estos temores son especialmente relevantes en los casos de trata con finalidades de explotación sexual.

²⁵ Véase art. 5 Directiva 2011/95/UE.

del mismo Estado de su nacionalidad, quedarían fuera de la posibilidad de solicitar refugio excepto si decidieran huir de dicho Estado. Además, y en el caso concreto de los EEMM de la UE, hay que tener en cuenta el Protocolo núm. 24 de los Tratados de la UE²⁶, el cual establece que los EEMM de la UE se considerarán recíprocamente como Estados seguros y, por lo tanto, las peticiones de asilo presentadas por un nacional de un Estado miembro en otro Estado miembro quedan desestimadas. Esto reduce considerablemente las posibilidades de que una víctima de trata nacional de un EEMM de la UE solicite asilo a otro EEMM, puesto que solamente se prevén cuatro excepciones al protocolo, las cuales sería difícil que concudiesen en una víctima de este fenómeno. En estos casos, las víctimas de la trata interna y las que son nacionales de algún Estado miembro de la UE que han sido explotadas en otro Estado miembro distinto al de su nacionalidad solamente disponen de las medidas de protección y asistencia que brindan los EEMM de la UE y que se derivan del régimen general de protección de las víctimas de trata, concretadas a nivel europeo en la Directiva 2011/36/UE, la Directiva 2012/29/UE y las que puedan desarrollar específicamente los Estados en sus respectivos ordenamientos jurídicos.

Por todo ello, solamente las víctimas de la trata no nacionales de un EEMM de la UE que son explotadas fuera de su Estado de origen podrían ser consideradas como potenciales demandantes de refugio. Concretamente, el 43% del total de víctimas registradas en los 27 EEMM (Comisión Europea, 2022: 9). Ahora bien, según Gallagher, no todas las víctimas de la trata explotadas fuera de su Estado pueden ser consideradas refugiadas ya que la trata, *per se*, no es un motivo que justifique la protección internacional (2009: 844). Para ello se necesita un título habilitante (Piotrowicz, 2008: 244), de modo que estas víctimas puedan permanecer en el territorio y pedir refugio o, en su caso, protección subsidiaria. Conviene recuperar aquí una idea de la Prof. Hynes, que prescribe que para reconocer el asilo deben cumplirse unos determinados requisitos (Hynes, 2022: 6; Piotrowicz, 2008: 244-245; Gauci, 2022: 5), que es el aspecto que se va a analizar a continuación.

III. LA TRATA DE SERES HUMANOS COMO ACTO DE PERSECUCIÓN: DESDE LA EXPLOTACIÓN HASTA LA AUSENCIA DE PROTECCIÓN

Una vez determinado que solo las víctimas de la trata extranjeras pueden solicitar refugio, es preciso analizar el segundo requisito. A la luz del art. 2

²⁶ Protocolo (núm. 24) sobre asilo a nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea (DO C 115, de 9 de mayo de 2008, p. 305).

letra d) de la Directiva 2011/95/UE, la víctima de trata debe tener «fundados temores a ser perseguida». Es decir, deben existir unos actos de persecución que justifiquen este tipo de protección. En la actualidad, no existe una definición internacional que reúna suficiente consenso para explicar qué se entiende por persecución (Novak-Irons, 2018: 201). Sin embargo, tanto la doctrina como la propia normativa han dado algunas pistas a la hora de delimitar este concepto. La primera, de la mano del profesor Hathaway, que ha definido la persecución como «la violación persistente o sistémica de los derechos humanos más básicos que manifiestan la imposibilidad de proteger del Estado» (1991: 104-105). Por su parte, la normativa, y en concreto el Convenio de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967, apuntan que puede considerarse persecución cualquier amenaza contra la vida o la libertad de una persona por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social determinado y por opiniones políticas²⁷.

A la luz del art. 9 de la Directiva 2011/95/UE y a efectos de otorgar refugio a las víctimas de la trata, se considera un acto de persecución aquellos actos: «Suficientemente graves por su naturaleza o carácter reiterado como para constituir una violación grave de los derechos humanos fundamentales, en particular los derechos que no puedan ser objeto de excepciones al amparo del art. 15 apdo. 2 del CEDH»²⁸.

Juntamente con esta definición general, y específicamente en lo que a la trata se refiere, podría ser considerado acto de persecución cualquier acto de violencia física o psíquica, incluidos los actos de violencia sexual²⁹. Esta mención tiene especial relevancia puesto que la trata entraña formas de explotación severa, tales como el raptó, el encarcelamiento, la violación o la esclavitud sexual; la prostitución forzada o incluso la privación de alimentos³⁰, es decir, actos que constituyen graves violaciones de DDHH³¹. En este sentido, todos los elementos típicos de la trata implican tanto violencia física como psicológica, especialmente la trata con fines de explotación sexual, que conlleva actos graves de violencia sexual. En el apartado anterior se definió la trata a partir de tres elementos concurrentes: la acción, el método y la motivación. Pues bien, todos ellos entrañan una vulneración

²⁷ Véase art. 33 apdo. 1 Convenio de Ginebra 1951 y Protocolo de Nueva York 1967.

²⁸ Es la *human rights approach* que sirve para determinar la existencia de un acto de persecución (Hathaway y Foster, 2014: 193-208).

²⁹ Véase art. 9 apdo. 2 Directiva 2011/95/UE.

³⁰ Véase párr. 15 Directrices ACNUR sobre protección internacional.

³¹ Véase, por ejemplo, el considerando 1 de la Directiva 2011/36/UE, que estableció que la trata constituye «una grave violación de los derechos humanos».

de los DDHH básicos universalmente reconocidos, como el derecho a la vida, a la dignidad o a la integridad física (Lucea Sáenz, 2013: 8). También se priva a las víctimas de su libertad deambulatoria, además son violadas, forzadas a prostituirse o a trabajar sin remuneración y en malas condiciones (Piotrowicz, 2008: 246). A nivel jurisprudencial, la *Cour Nationale du Droit d'Asile* francesa confirmó que la trata de seres humanos debía considerarse un acto de persecución³² (Gauci, 2022: 6); al igual que hizo el *U.S. Board of Immigration Appeals* al apuntar, en su sentencia de 30 de marzo de 2001³³, que «ser enviado hacia un burdel para ejercer la prostitución constituía un acto de persecución» (Saito, 2007: 13).

Ahora bien, aquí conviene plantearse tres cuestiones sumamente relevantes. En primer lugar, ¿cualquier violación de DDHH constituye un acto de persecución? En segundo lugar, si el titular de las obligaciones para con los DDHH son los Estados, ¿es posible considerar la trata como acto persecutorio aun cuando esta se ha perpetrado por agentes no-estatales? En tercer y último lugar, ¿cabe considerar el riesgo de revictimización como un acto de persecución?

Sobre la primera cuestión, el propio art. 9 de la Directiva 2011/95/UE considera solamente aquellas violaciones suficientemente graves a efectos de conceder el refugio, aspecto confirmado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en la sentencia *X y otros*³⁴. El TJUE reiteró el contenido de dicho artículo en el sentido de que la violación de DDHH fundamentales debe ser grave y con suficiente entidad. En particular, se considera que existe una violación de DDHH cuando se lesionen los derechos que no puedan ser objeto de excepciones al amparo del art. 15 apdo. 2 del CEDH³⁵. Entre estos derechos, que el TJUE ha llamado absolutos³⁶, se encuentra el apdo. 1 del art. 4, que prohíbe la esclavitud y la servidumbre e, indirectamente, la trata de seres humanos, tal y como ha establecido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en la sentencia *Rantsev c. Chipre y Rusia*³⁷ y posteriores³⁸.

³² Decisión de la *Cour Nationale du Droit d'Asile* de 12 de julio de 2012 núm. 11026228.

³³ Sentencia *Matter of M-J-*, CGRS Case n.º 364 (China), BIA 30 March 2001.

³⁴ Sentencia de Tribunal de Justicia de 7 de noviembre de 2013, *X y otros*, C-199/12 a C-201/12, EU:C:2013:720, apdo. 53.

³⁵ STJUE *X y otros*, apdo. 53.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Sentencia del TEDH 7 de enero de 2010, *Rantsev c. Chipre y Rusia*, CE:ECHR:2010:0107JUD002596504, apdo. 283.

³⁸ Sentencia del TEDH de 21 de enero de 2016, *L.E. c. Grecia*, CE:ECHR:2016:0121JUD007154512;; Sentencia del TEDH de 30 de marzo de 2017, *Chowdury y otros c. Grecia*, CE:ECHR:2017:0330JUD002188415; Sentencia del TEDH de

Sin ánimo de entrar a valorar la doctrina del TEDH al respecto, hay que tener en cuenta que el art. 15 apdo. 2 del CEDH excluye el apdo. 2 del art. 4, que hace referencia a los trabajos forzados. Si bien a día de hoy, y a la luz de la doctrina del Tribunal de Estrasburgo, no se ha concretado si la trata es esclavitud, servidumbre o trabajos forzados, si una conducta de trata se considera esclavitud o servidumbre, esta sí que puede ser considerada una violación grave de derechos fundamentales y, por lo tanto, justificar una solicitud de refugio. Por el contrario, si la conducta es considerada un trabajo forzoso, entonces no se estará ante una violación grave y, por ende, tampoco de un acto de persecución. De este modo, es preciso que se concrete cómo debe realizarse el examen de las circunstancias de cada caso, así como los criterios para determinar si la trata puede ser esclavitud, servidumbre o trabajos forzados. A todo ello, el hecho de tomar como referencia la interpretación de los órganos internacionales de monitoreo de la actuación de los Estados respecto de los DDHH hace que la normativa sobre el refugio se mantenga actualizada y dinámica, puesto que según cambie la interpretación de dichos órganos, el concepto de acto de persecución también cambiará (Hathaway y Foster, 2014: 195).

En cuanto a la segunda cuestión, a la hora de valorar si la trata puede ser considerada un acto de persecución también hay que tener en cuenta si el Estado ha desarrollado una serie de medidas para luchar contra este fenómeno o proteger a sus víctimas. Gallagher considera que, aparte de la existencia de los actos de persecución, debe existir la incapacidad de proteger del Estado de origen (2009: 844), aspecto que también apunta Borràs Pentinat al considerar que debe existir una incapacidad del Estado de origen de la víctima para proporcionar protección o facilitar su retorno (2011: 26). *Sensu contrario*, la existencia de medidas de protección efectivas en el Estado de origen de la víctima haría que la trata no pudiera considerarse un acto de persecución (Piotrowicz, 2008: 246)³⁹.

Esto obliga a referirse a otro de los criterios establecidos en la Directiva 2011/95/UE y que hace referencia a los agentes perseguidores. En este sentido, si bien en la mayoría de las peticiones de asilo, y de acuerdo con el art. 6 de dicha directiva, el agente perseguidor es el Estado o partidos u organizaciones que controlan el Estado o una parte considerable de su territorio, en las eventuales peticiones de asilo realizadas por las víctimas de la trata, el agente perseguidor acostumbra a ser un agente no estatal (Stoyanova, 2019: 329).

25 de junio de 2020, *S.M. C. Croacia*, CE:ECHR:2020:0625JUD006056114 y la Sentencia del TEDH de 16 de febrero de 2021, *V.C.L y A.N. c. Reino Unido*, CE:ECHR:2021:0216JUD007758712.

³⁹ Véase párrs. 21-24 Directrices ACNUR sobre protección internacional.

En este sentido, la Directiva 2011/95/UE contempla la posibilidad de que sean este tipo de agentes los que realizan los actos de persecución, siempre que estos se escapen del control del Estado o de los partidos u organizaciones que controlan el Estado y sean estos últimos los que no quieran o puedan ofrecer protección a la víctima⁴⁰. En este mismo orden de ideas, el TEDH apuntó, en la sentencia *Tatar c. Suiza*, que el riesgo de sufrir daños en el Estado de origen de la víctima debía ser real e ir acompañado de la inevitabilidad del mismo gracias a la no actuación por parte del Estado⁴¹. De hecho, una interpretación actualizada del concepto de acto de persecución implica entenderlo como una denegación sistémica de los derechos humanos más básicos a resultas de una ausencia de protección por parte del Estado (Hathaway y Foster, 2014: 185).

La manera, pues, de comprobar si un Estado no protege debidamente a las víctimas de la trata y, por lo tanto, los actos realizados por los tratantes son relevantes a la luz de resolver la solicitud de refugio, consiste en analizar si este Estado ha realizado algún avance en lo que a la lucha contra la trata se refiere⁴². En este sentido, es preciso que se demuestre, durante el examen de la solicitud, que el Estado de origen de la víctima o donde tiene la residencia habitual no la protegerá (Stoyanova, 2019: 329). De acuerdo con el ACNUR, existen factores que indican una ausencia de protección efectiva por parte de los Estados (Novak-Irons, 2018: 204): falta de medidas que aseguren una protección a largo plazo de las víctimas, el poco acceso a refugios una vez regresan a estos Estados, la inexistencia de medidas de apoyo para las víctimas que asegure su reinserción, la ausencia de mecanismos para compensar a las víctimas o una corrupción general, una impunidad o la implicación de funcionarios en crímenes relacionados, en este caso, con la trata de seres humanos⁴³. Específicamente en la lucha contra la trata, el TEDH estableció como obligaciones para los Estados la protección efectiva de cualquier víctima o potencial víctima de trata, la persecución efectiva de los tratantes, el establecimiento de medidas contra los negocios que sirvan para esconder la trata e incluso obligó a revisar la normativa sobre inmigración para luchar contra la facilitación y la tolerancia de este delito (Bertomeu Navarro, 2020: 75)⁴⁴. En este sentido,

⁴⁰ Véase art. 6 c) Directiva 2011/95/UE.

⁴¹ Sentencia del TEDH de 14 de abril de 2015, *Tatar c. Suiza*, CE:ECHR:2015:0414JUD006569212, apdo. 41.

⁴² Véase párr. 22 Directrices ACNUR sobre protección internacional.

⁴³ *Ibid.*, párr. 23.

⁴⁴ STEDH *Rantsev c. Chipre y Rusia*, apdo. 283. Incluso en casos concretos la sentencia obliga a adoptar medidas operativas para proteger a la víctima, siempre que las circunstancias lo permitan y sin imponer una obligación absoluta en ningún caso (Piotrowicz, 2012: 198).

la STEDH *Rantsev c. Chipre y Rusia* se ha considerado como la primera sentencia a nivel internacional que desarrolla las obligaciones de los Estados en relación con la trata de seres humanos, su lucha y la protección de sus víctimas (Piotrowicz, 2012: 196-197). Asimismo, la ausencia de protección no existe solamente cuando el Estado, de manera activa, evita avanzar en la lucha contra la trata de seres humanos, sino que también se considerará una ausencia de protección cuando las actividades vinculadas a la trata son, *de facto*, toleradas o condonadas por las autoridades estatales, o incluso facilitadas activamente por funcionarios corruptos (Piotrowicz, 2008: 247)⁴⁵. También se satisface el nexo causal cuando el riesgo de persecución por parte de un actor no estatal no se encuentra vinculado con un motivo establecido en la Directiva 2011/95/UE en relación con la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967, pero la incapacidad o falta de voluntad del Estado de brindar protección sí que responde a uno de los motivos establecidos en dicha normativa⁴⁶.

Para finalizar y responder a la tercera cuestión, esta hace referencia a si el riesgo de revictimización es suficiente para considerar la existencia de un acto de persecución. Anteriormente se apuntó que el retorno de algunas víctimas de trata a su Estado de origen podría aumentar las posibilidades de que estas vuelvan a caer en manos de las redes de trata. Así, de acuerdo con el ACNUR, la experiencia previa con la trata y el riesgo de revictimización en caso de que la víctima sea devuelta a su Estado de origen pueden ser considerados como actos de persecución⁴⁷. En este sentido, aparte de los daños sufridos, a la hora de fundamentar una solicitud de refugio también hay que tener en cuenta los potenciales perjuicios que una víctima de la trata puede sufrir en caso de ser devuelta a su Estado de origen (Novak-Irons, 2018: 202), que van desde la revictimización hasta el ostracismo, la discriminación o incluso las represalias físicas y psicológicas, tal y como se ha desarrollado en el apartado anterior. La revictimización conlleva que la víctima vuelva a quedar en manos de las redes de trata e implica que la víctima puede volver a ver lesionados derechos como la integridad física y psicológica, la limitación de la libertad deambulatoria, de la libre disposición de uno mismo o incluso privación de alimentos (Hathaway y Foster, 2014: 221). Todo ello lo que hace es mantener a la víctima en una situación de vulnerabilidad, donde la violación de sus DDHH más básicos persiste y no existe alternativa a la situación de explotación. Así también lo consideró el *Australian Federal*

⁴⁵ Véase párr. 24 Directrices ACNUR sobre protección internacional.

⁴⁶ *Ibid.*, párr. 30.

⁴⁷ *Ibid.*, párr. 17.

Magistrate Court que, en un pronunciamiento de 2005⁴⁸, consideró que el riesgo de sufrir prostitución forzada debía considerarse un acto de persecución (Saito, 2007: 13; Hathaway y Foster, 2014: 220-221). No obstante, los tribunales del Reino Unido raramente han reconocido el asilo a personas que tienen temores a quedar sometidas otra vez a la explotación de las redes de trata, excepto si se demuestra una ausencia de protección por parte del Estado de origen de la víctima (Saito, 2007: 13-16).

Aceptar que el riesgo de revictimización podría considerarse un acto de persecución abriría la puerta a que las potenciales víctimas de trata extranjeras, es decir, aquellas personas inmigrantes en situación irregular, que no han sufrido ningún tipo de acto relacionado con la trata pero que en caso de retorno podrían caer en manos de las redes de trata, también podrían solicitar la protección internacional vía refugio. Esta cuestión podría equipararse, a través de una cierta analogía, a aquellos temores de revictimización de las antiguas víctimas de trata, aunque para fundamentar mejor su petición, deberían demostrar una ausencia de medidas de protección relacionadas con la trata por parte de su Estado. En este sentido, el propio ACNUR defiende que las «potenciales víctimas de trata» también pueden presentar una demanda de asilo, ya que una de las situaciones a la que la guía hace referencia es aquella en la que una persona que no es víctima de trata ha huido a otro Estado, precisamente, por evitar ser explotada⁴⁹.

Para cerrar este apartado, hay que entender la trata como un proceso en el que cualquiera de las acciones, medios o motivaciones establecidas en su definición pueden ser relevantes a la luz del asilo. Incluso los temores a quedar sometida a una red de trata, aun cuando no se haya sufrido explotación previamente, pueden ser considerados para valorar una petición de refugio. La trata, como fenómeno de una extrema lesividad para los derechos de las víctimas, se puede considerar un acto de persecución a la luz de la Directiva 2011/95/UE en tanto que es una conducta suficientemente grave al estar prohibida por el art. 4 del CEDH, cuyo apdo. 1 queda excluido de la cláusula de suspensión del art. 15 apdo. 2 del mismo. Así, estos actos servirían para fundamentar una solicitud de refugio. Ahora bien, cuando el agente perseguidor no es el Estado ni ninguno de sus agentes, sino que lo son agentes no estatales, a la hora de valorar si la trata es un acto de persecución también se deberá analizar si este Estado ha aplicado alguna medida para luchar contra la trata y proteger a

⁴⁸ Sentencia de *Australian Federal Magistrate Court* de 10 de junio de 2005, SZBFQ, FMCA 197.

⁴⁹ Véase párr. 13 Directrices ACNUR sobre protección internacional.

sus víctimas. Cabe recordar que hay que demostrar una incapacidad para el Estado de proteger, en este caso, a las víctimas de la trata⁵⁰.

Ahora bien, tal y como se ha dicho al principio del apartado, no es suficiente con que la víctima de la trata haya sufrido actos de persecución o pueda sufrírselos en caso de ser retornada a su país, sino que hay que cumplir con todos los requisitos establecidos en la normativa para obtener el refugio. En el siguiente apartado, avanzando precisamente en estos requisitos, se abordará la cuestión relativa a los motivos que justifican los temores fundados.

IV. LOS MOTIVOS QUE JUSTIFICAN LOS TEMORES FUNDADOS A SER PERSEGUIDO. ¿DÓNDE ENCAJA LA TRATA?

Otra de las cuestiones nucleares sobre el posible reconocimiento del estatuto de refugiado a las víctimas de la trata es la relativa a los motivos que provocan los actos de persecución. En este orden de ideas, debe existir un nexo causal, una relación que motive los actos de persecución ya que dichos actos, por sí solos, son insuficientes para que a una persona le reconozcan el estatuto de refugiado (Gauci, 2022: 9). En este sentido, el art. 10 de la Directiva 2011/95/UE estableció cinco motivos de persecución: la raza, la religión, la nacionalidad, la pertenencia a un grupo social determinado y las opiniones políticas. Nótese que la trata no es un motivo que justifique los actos de persecución. Esto obliga a poner encima de la mesa que el hecho de ser una víctima de trata y haber sufrido un acto de persecución, o tener miedo a sufrir actos de trata en un futuro, no es un título suficiente para reconocer el estatuto de refugiado.

Consecuentemente, se deberá probar que los actos de persecución que ha sufrido, o que potencialmente podría sufrir, se basan en alguna de las cinco razones enumeradas en la normativa. Es por esto por lo que este requisito es el obstáculo más difícil de superar para los solicitantes de refugio que, a su vez, son víctimas de la trata (Novak-Irons, 2018: 204) puesto que las personas generalmente no son objeto de trata por razones relacionadas con su religión, su nacionalidad, su raza o por sus opiniones políticas. Lo son porque las víctimas son percibidas como mercancías y valoradas por su potencial económico. No obstante, este componente económico del fenómeno de la trata no impide la posibilidad de valorar las solicitudes de asilo de una víctima de trata sobre la base de uno de los motivos establecidos en la normativa (GRETA, 2020: 6). De hecho, las Directrices ACNUR sobre protección internacional establecen,

⁵⁰ Véase párr. 15 Directrices ACNUR sobre protección internacional

en la misma línea que el GRETA, que «aunque la motivación económica sea predominante, esto no excluye la posibilidad de que exista un motivo [...] para seleccionar a las víctimas»⁵¹. Además, tal y como se ha dicho anteriormente, no solo se satisface el nexo cuando algunas de las razones establecidas en la normativa son utilizadas en el momento de la selección o en cualquiera de los actos típicos de la trata definidos en el art. 2 Directiva 2011/36/UE, ya sea por el Estado, sus agentes o por agentes no-estatales; sino que también se satisface cuando la explotación de la víctima por parte de agentes no estatales no obedece a ninguno de los motivos, pero la ausencia de protección por parte del Estado de origen de las víctimas sí que se justifica sobre la base de uno de los motivos de la Directiva 2011/95/UE⁵². De este modo, el comportamiento bajo escrutinio debe ser tanto el del agente no-estatal como el del Estado en función de quién sea el agente perseguidor (Piotrowicz, 2008: 248).

De los cinco motivos enumerados en el art. 10 de la Directiva 2011/95/UE, el más utilizado para justificar los actos de persecución en las víctimas de trata es el de la pertenencia a un grupo social determinado (Gauci, 2022: 9; Gallagher, 2009: 844; Saito, 2007: 21). Dicho artículo dispone que se considerará la existencia de un grupo social determinado cuando se cumplan dos criterios. En primer lugar, sus miembros deben compartir una característica innata o unos antecedentes que no puedan cambiarse, o bien una característica o creencia que resulta tan fundamental para su identidad o conciencia que no se les puede exigir que renuncien a ella. En segundo lugar, este grupo debe poseer una identidad diferenciada en el país de que se trate por ser percibido como diferente por la sociedad de dicho país (Merino Sancho, 2012: 222)⁵³. Esta previsión difiere de lo que considera el ACNUR, puesto que en el apdo. 37 de sus Directrices sobre protección internacional solamente exige que, o bien se tenga la característica innata, o bien sean percibidos como un grupo por la sociedad. Aquí se puede observar una divergencia, puesto que, en el marco de la UE, tal y como ha afirmado el TJUE en la sentencia *X y otros*, para formar un grupo social determinado se han establecido dos criterios cumulativos, cosa que ha conllevado un mayor obstáculo para los solicitantes de asilo en los EEMM de la Unión Europea (Novak-Irons, 2018: 205).

Para que una víctima de la trata pueda fundar su solicitud de refugiado basándose en este motivo, se debe certificar que la víctima forma parte de un grupo con una característica común y una identidad diferenciada en su país de origen, cuestión que la hace especialmente vulnerable y susceptible de ser

⁵¹ Véase párr. 31 Directrices ACNUR sobre protección internacional.

⁵² *Ibid.*, párr. 30.

⁵³ Esto es lo que la doctrina ha llamado la percepción social.

perseguida. Ahora bien, no hace falta que la víctima efectivamente posea la característica social que suscita la acción persecutoria. De acuerdo con el art. 10 apdo. 3 de la Directiva 2011/36/UE, solamente se requiere que el agente de persecución se la atribuya. Según la AAUE, una característica innata, que no tiene por qué ser inmutable, es el sexo, el género, la posición hereditaria o los antecedentes sociales o educativos (2018: 23-24). La identidad diferenciada consiste en la percepción que tiene la sociedad respecto del grupo con una característica innata, ya sea a raíz de los valores culturales, las costumbres o las tradiciones. Consecuentemente, y a tenor de la jurisprudencia del TJUE en el apdo. 43 del caso *X y otros*, se deberán examinar las circunstancias existentes en el país de origen de la víctima de la trata y el comportamiento de los autores de las persecuciones, ya que en función del país de origen del que se huye o respecto del que no se quiere volver, esta causa puede ser operativa o puede no serlo.

Si se analiza el colectivo de víctimas de trata y se tienen en cuenta las últimas cifras oficiales publicadas, el 63% de las víctimas registradas durante 2019-2021 en los 27 EEMM de la UE fueron mujeres (Comisión Europea, 2022: 7), siendo el 73% para el período 2017-2018 (Comisión Europea, 2020a: 18), de modo que se constata cierto patrón. Si, además, se incorpora al análisis la cifra de víctimas destinadas a la trata con fines de explotación sexual durante el período 2017-2018, el 87% de víctimas explotadas sexualmente fueron mujeres (Comisión Europea, 2022: 5). A partir de este criterio cuantitativo, se puede afirmar que la trata de seres humanos tiene un innegable componente de género (Jordana Santiago, 2021: 75). De hecho, los hombres son, mayoritariamente, miembros de las redes de trata y usuarios de los servicios derivados de la trata (Europol, 2022: 18). En este sentido, el 74% de las personas condenadas por trata y el 73% de los condenados por trata con fines de explotación sexual fueron hombres (Comisión Europea, 2022: 16).

De acuerdo con estas cifras oficiales, se puede afirmar que la trata, especialmente la trata con fines de explotación sexual, son una forma de violencia de género. Sumado a estos criterios cuantitativos, la trata genera una situación de violencia sistemática contra las mujeres solo por el hecho de serlo (Trujillo del Arco, 2021: 281), debido a los valores patriarcales de la sociedad (Zamora Gómez, 2021: 345). A todo ello hay que añadir que la trata con finalidades de explotación sexual encaja con la violencia sexual contra las mujeres y, por lo tanto, se configura como violencia de género (Jordana Santiago, 2021: 75). Además, es una forma de explotación que conlleva lesiones y secuelas específicas, tales como lesiones vaginales severas, propias de este tipo de violencia (EIGE, 2018: 13). Por lo tanto, respecto a las víctimas de la trata explotadas sexualmente que solicitan refugio, la violencia sistemática ejercida sobre ellas justifica que se puedan considerar un subgrupo social de personas, definidas

por unas características generalmente innatas e inmutables, que reciben un trato diferenciado a causa, precisamente, de dichas características (Saito, 2007: 24).

De acuerdo con la Prof. Bertomeu Navarro, «la violencia ejercida contra las mujeres se convierte en uno de los mecanismos sociales fundamentales para los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación y, por ende, de discriminación respecto del hombre» (2020: 52-53). Esta violencia impide a las mujeres no solo el disfrute de los derechos individuales, sino que genera una situación de discriminación estructural que ha sido amparada, en muchos casos, por la propia labor del Derecho (Barrère Unzueta, 2008: 61-63). En este sentido, las mujeres son las primeras víctimas de la represión política, económica o social debido a que los ordenamientos jurídicos de los Estados les imponen un comportamiento específico en virtud de su género (Bertomeu Navarro, 2020: 43) y, por lo tanto, se ven forzadas a quedar a merced de las redes de trata. Consecuentemente, el género se valida como un criterio que singulariza los actos de persecución o que motiva la huida de personas (Merino Sancho, 2012: 175).

Sin embargo, no se puede reducir el fenómeno de la trata de personas solo a una cuestión de violencia de género respecto de las mujeres. Hacerlo comportaría un análisis sesgado del fenómeno, puesto que también hay víctimas de género masculino entre las víctimas registradas en la UE (Trujillo del Arco, 2021: 281), concretamente el 33 % durante el período 2019-2020 (Comisión Europea, 2022: 7), o incluso víctimas que no se adscriben al binarismo hombre-mujer. Aquí la pregunta que debe formularse es si puede adoptarse un criterio estructuralista que vaya más allá de la cuestión del género para considerar que las víctimas forman parte de un grupo social determinado.

Para dar respuesta a esta cuestión, el concepto de vulnerabilidad puede aportar luz al debate, aunque requiere cierto grado de precisión. A nivel introductorio, el *corpus* normativo que la UE ha desarrollado respecto al refugio considera a las víctimas de la trata unas solicitantes de asilo especialmente vulnerables⁵⁴. En el marco de la lucha contra la trata, la vulnerabilidad se define como aquella situación en la que «la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso»⁵⁵. En este mismo orden de ideas, según Casadei, «lo que subyace a la trata [...] es la condición

⁵⁴ Véase art. 20 apdo. 3 Directiva 2011/95/UE. Véase también el art. 21 de la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de solicitantes de protección internacional (texto refundido) (DO L 180 de 29 de junio de 2013, p. 96).

⁵⁵ Véase art. 2 apdo. 2 Directiva 2011/36/UE.

de vulnerabilidad contextual, que se deriva, en realidad, de la falta de alternativas frente a “consentir” a la opresión y a la falta de autonomía» (2020: 614). Es decir, que lo que hace a las personas vulnerables, cosa que implica que no exista alternativa real a la explotación, son una serie de factores contextuales que refuerzan, precisamente, esta ausencia de alternativas a la trata. Esto se concreta en distintos elementos que aumentan las posibilidades de caer en manos de las redes de trata, tales como la pobreza, las desigualdades, la discriminación o la violencia de género⁵⁶, factores que contribuyen a aumentar las dificultades económicas y a empeorar las condiciones sociales para que las personas puedan caer más fácilmente en las redes de trata (UNODC, 2018: 13). Además, es habitual que las redes se aprovechen de la situación de vulnerabilidad de las víctimas (Europol, 2016: 10), la cual hace referencia a factores inherentes, ambientales y contextuales (Gallagher y McAdam, 2018: 186), de modo que resulte más sencillo engañarlas y, consecuentemente, explotarlas. También el sometimiento, el sufrimiento y la reclusión que pueden llegar a convertirse en segregación (Casadei, 2018: 54).

En este mismo orden de ideas, Europol identificó hasta tres grupos de factores que favorecen la existencia de la trata de seres humanos: en primer lugar, aquellos que empujan a las víctimas a caer en manos de las redes; en segundo lugar, los que atraen a las redes y a la actividad criminal y, en tercer lugar, los factores que facilitan que las redes de trata se asienten y ejerzan la explotación de las víctimas (2016: 10). Sobre el primer grupo, cabe decir que las circunstancias económicas y sociales en los países de origen de las víctimas son el principal motivo por el cual caen en las redes de trata, juntamente con la demanda de los bienes y servicios derivados de la explotación (Comisión Europea, 2014: 8). Así, las circunstancias personales adversas, la falta de educación, el desempleo o los estándares de vida extremadamente bajos, la discriminación por razón de género o las condiciones laborales precarias provocan que la víctima potencial busque alguna salida fuera del entorno donde vive.

En consecuencia, la vulnerabilidad contextual y la situación de precariedad de que se nutre la trata para explotar a sus víctimas hacen que estas puedan considerarse un grupo social determinado, sin olvidar la extrema lesividad de la trata para las mujeres. Es decir, que la violencia sistemática y la

⁵⁶ Los factores que determinan la vulnerabilidad de las víctimas son muy variados. A nivel internacional, el reciente consenso respecto dichos factores se ha alcanzado en el párr. 9 del *Draft resolution submitted by the President of the General Assembly: «2021 Political Declaration on the Implementation of the United Nations Global Plan of Action to Combat Trafficking in Persons»*, A/76/L.11 de 9 de noviembre de 2021.

explotación de las personas sobre la base de unos factores contextuales y a unas características determinadas hace que las víctimas de la trata puedan considerarse como grupo social determinado y, por consiguiente, como potenciales refugiadas. En esta misma línea se ha posicionado la Relatora Especial de la ONU para la trata de seres humanos al considerar que la posición de vulnerabilidad debe ser tomada en cuenta como factor que favorece la sumisión a este fenómeno⁵⁷. De hecho, las antiguas víctimas de la trata, es decir, aquellas que sufrieron explotación en el pasado y que en la actualidad ya no se encuentran en esa situación, son consideradas en Noruega⁵⁸ y en el Reino Unido⁵⁹ como un grupo social determinado basado en el estigma inalterable y común que tiene la sociedad respecto a estas personas.

En el marco de la caracterización de un grupo social determinado, el TJUE tuvo la oportunidad de establecer los condicionantes para considerar que las personas LGTBI forman un grupo social determinado. En este sentido, en la ya citada sentencia *X y otros*, el Tribunal de Luxemburgo determinó, por un lado, que la orientación sexual de una persona es una característica fundamental para su identidad, de modo que no se le puede exigir que renuncie a ella. Y, por otro lado, analizando el contexto en el Estado de origen del demandante, se debe demostrar que una orientación sexual distinta a la normativamente establecida es percibida como diferente por la sociedad⁶⁰. El TJUE se basó en el hecho de que en los países de origen de los demandantes existía una legislación que castigaba penalmente la homosexualidad, de modo que el Tribunal aceptó considerar a tales personas como personas que «constituyen un grupo que es percibido como diferente por la sociedad que le rodea»⁶¹, además de tener una característica irrenunciable como es su orientación sexual. Este pronunciamiento permite que una víctima de la trata

⁵⁷ *Amicus Curiae «Submission by the UN Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children, in the cases of H. F. and M. F. v France (App. No. 24384/19) and J. D. and A. D. v. France (App. No. 44234/20) before the European Court of Human Rights»*, apdo. 5. Disponible en: <https://bit.ly/3y35H83>.

⁵⁸ Noruega aprobó el *Act of 15 May 2008 on Entry of Foreign Nationals into the Kingdom of Norway and their Stay in the Real (Immigration Act)*, el cual en su art. 30 prevé: «former victims of human trafficking shall be regarded as members of a particular social groups».

⁵⁹ Sentencia *SB (PSG —Protection Regulations— Reg 6) Moldova v. Secretary of State for the Home Department*, CG [2008] UKAIT 00002, United Kingdom: Asylum and Immigration Tribunal / Immigration Appellate Authority de 26 de noviembre de 2007, apdo. 100 c). Disponible en: <https://bit.ly/3vaFItn>.

⁶⁰ *STJUE X y otros*, apdos. 45 y 47.

⁶¹ *Ibid.*, apdo. 48.

pueda solicitar protección internacional utilizando la causa de su homosexualidad, en el caso de que lo sea, como motivo para pertenecer a un grupo social determinado. De hecho, es posible que la víctima haya quedado en manos de las redes, precisamente, por su orientación sexual.

Habida cuenta de todo lo anterior, la caracterización del grupo social determinado dependerá, en cada caso, de las circunstancias y de las características de cada víctima. En cualquier caso, se deberá atender al contexto que la rodea, su país de origen, las circunstancias de explotación e incluso si ha sufrido previamente alguna conducta relacionada con la trata (Piotrowicz, 2008: 250).

Aparte de la causa más habitual en las solicitudes de asilo por parte de las víctimas de este delito, existen otros motivos que podrían servir a la hora de solicitar refugio. En cuanto a la persecución por motivos de raza⁶², en situaciones de conflicto armado, puede existir una política deliberada de explotación de ciertos grupos étnicos⁶³. Aun así, el conflicto bélico no es *conditio sine qua non* para estos casos, pues una parte de la población de un Estado no inmerso en un conflicto puede ser sometida a trata a raíz de las demandas del mercado de una raza en particular, incluso de una nacionalidad o de una religión determinada⁶⁴. Este es el caso, por ejemplo, de las mujeres nigerianas, que representan el 82 % del total de víctimas registradas con esta nacionalidad (Comisión Europea, 2020a: 28). Además, estas representan el 68 % del total de víctimas registradas durante el período 2017-2018 destinadas a la explotación sexual (Comisión Europea, 2020a: 28).

Con todo, el acceso al refugio por parte de una víctima de trata no es ni automático ni sencillo. De hecho, que no se reconozca esta protección a una persona es habitual, puesto que de 523.023 solicitudes presentadas en los 27 EEMM de la UE durante el año 2021, 342.563 fueron rechazadas (AAUE, 2022a). Tal y como se ha dicho, el régimen de la protección internacional es un conjunto de medidas que se aplican en paralelo a las de protección y asistencia de las víctimas de trata. A pesar de dichas medidas, si la víctima de trata desea solicitar otro tipo de protección internacional cuando esta no cumpla con los requisitos para el refugio, cabe plantearse qué posibilidades existen. En estos casos, entra en juego la protección subsidiaria, objeto de análisis del siguiente apartado.

⁶² Véase art. 10 a) Directiva 2011/95/UE.

⁶³ Véase párr. 34 Directrices ACNUR sobre protección internacional.

⁶⁴ *Ibid.*, párrs. 34-36.

V. LA PROTECCIÓN SUBSIDIARIA: CUANDO LAS VÍCTIMAS DE LA TRATA NO CUMPLEN LOS REQUISITOS PARA EL REFUGIO

La finalidad del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) ha sido la creación de un espacio a nivel europeo donde se garanticen los más altos niveles de protección de las personas refugiadas y de aquellas que, sin reunir los requisitos para acceder al estatuto de refugiado, también necesiten de protección (García Mahamut, 2016: 216). Este último caso es el de la protección subsidiaria, definida en el art. 2 f) de la Directiva 2011/95/UE y que se otorga a: «Aquel nacional de un tercer país o apátrida que no reúne los requisitos para ser refugiado, pero del cual se den motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o, en el caso de los apátridas, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir daños graves y, consecuentemente, no quiere o no puede volver».

De modo preliminar, la doctrina ha considerado que el régimen de la protección subsidiaria, si bien amplía los supuestos en los que el Estado debe de proteger a las personas, contiene, respecto del estatuto de refugiado, una protección más generalista y, por ende, un estándar de protección más bajo (Bertomeu Navarro, 2020: 28). Este afán de complementariedad respecto de la protección del refugio obedece a dos razones: por un lado, la voluntad de la UE de asegurar la primacía de la Convención de Ginebra de 1951 y del Protocolo de Nueva York de 1967 en lo que al estatuto de refugiados se refiere; y, por otro lado, el fortalecimiento de esta relación jerárquica al entender la UE que la protección subsidiaria era una protección temporal (Bauloz y Ruiz, 2016: 241) y, por lo tanto, menor que el refugio. Aun así, se reconoce a las personas que acceden a la protección subsidiaria, entre otros, el derecho a la no devolución⁶⁵ y a un permiso de residencia renovable con una validez mínima de un año⁶⁶. Con todo, pues, la protección subsidiaria solamente opera como una forma de protección complementaria al estatuto de refugiado para aquellas personas que no reúnen los requisitos para que le sea reconocido el estatuto de refugiadas (AAUE, 2018: 27). A continuación, se procede al análisis de los requisitos para determinar en qué casos las víctimas de las redes de trata pueden acceder a este tipo de protección internacional.

De acuerdo con la definición del art. 2 f) de la Directiva 2011/95/UE, para poder conceder la protección subsidiaria es preciso que la persona, en este caso una víctima de la trata, no quiera acogerse a la protección de su país de origen o del país donde tenga la residencia habitual a causa de la existencia

⁶⁵ Véase art. 21 Directiva 2011/95/UE.

⁶⁶ *Ibid.*, art. 24 apdo. 2.

de motivos fundados para creer que si volviera se enfrentaría a un riesgo real de sufrir unos daños determinados. Por lo tanto, el primer requisito es que la víctima se encuentre fuera del territorio de su Estado de origen. Este criterio es compartido con la institución del refugio, pues por esto se habla de protección internacional.

Sobre el segundo requisito, que es la existencia de un riesgo real de sufrir unos daños, estos hacen referencia a la pena de muerte; torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes; o, por último, amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno⁶⁷. La cuestión aquí, al igual que con la determinación de la trata como un acto de persecución, es analizar si existe un riesgo real de que la víctima de trata solicitante de protección subsidiaria puede sufrir realmente alguno de los daños acabados de enumerar. En este sentido, la AAUE ha definido este riesgo real como la existencia de un grado de probabilidad razonable, de modo que requiere una valoración objetiva de la situación en el país de origen de la víctima de la trata o de donde tiene su residencia (2018: 27). El riesgo debe hacer referencia a la existencia de unos daños graves que el solicitante podría sufrir si es devuelto a su país.

En primer lugar, se considera un daño grave la posibilidad de que se condene a pena de muerte o se ejecute la misma⁶⁸. De acuerdo con la AAUE, la mera existencia de una probabilidad razonable de que se condene al solicitante a la pena de muerte es suficiente para establecer la necesidad de protección subsidiaria (2018: 27). En esta misma línea ha apuntado el TJUE en la sentencia *Elgafaji*, al considerar que el término «pena de muerte» cubre situaciones en las que el solicitante de la protección subsidiaria está expuesto específicamente al riesgo de sufrir un daño especial⁶⁹.

En segundo lugar, un poco más controvertida es la delimitación, por un lado, de la tortura o las penas o tratos inhumanos y degradantes y, por otro lado, de las amenazas graves e individuales contra la vida y la integridad física de los civiles motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado. En este sentido, en el apdo. 33 de la citada sentencia, el TJUE separa ambos daños al considerar que las amenazas graves e individuales contra la vida y la integridad física constituyen un daño más general y, por lo tanto, merecen un análisis aparte. Contrariamente a la opinión del TJUE, una

⁶⁷ Véase art. 15 Directiva 2011/95/UE.

⁶⁸ *Ibid.*, art. 15

⁶⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de febrero de 2009, *Elgafaji*, C-465/07, EU:C:2009:94, apdo. 32.

parte de la doctrina ha apuntado que dichas amenazas ya están cubiertas por las torturas, las penas o los tratos inhumanos y degradantes, los cuales también están prohibidos por el art. 3 del CEDH (Tiedeman, 2012: 124).

La relación entre dicho artículo y la protección internacional no es nueva. Por un lado, dicho artículo prohíbe a los Estados parte del CEDH retornar a una persona que podría sufrir torturas o penas o tratos inhumanos o degradantes⁷⁰. Así, el objetivo de este artículo es proteger a las personas de todas estas conductas, las cuales podrían afectar a una persona en caso de que sea devuelta a un país donde existiera esta posibilidad. Por otro lado, y en lo que a la protección subsidiaria se refiere, la posibilidad de sufrir torturas y tratos inhumanos y degradantes justifica el reconocimiento de la protección subsidiaria en el marco del art. 15 b) de la Directiva 2011/95/UE.

Aunque los objetivos de ambos instrumentos sean distintos, a la hora de construir el derecho a la no-devolución de la víctima de la trata, los EEMM de la UE también deberán tener en cuenta los pronunciamientos del TEDH en la materia, puesto que el art. 21 apdo. 1 de la Directiva 2011/95/UE obliga a los Estados a respetar el principio de no devolución en virtud de sus obligaciones internacionales, donde se incluye el *corpus* jurídico del CEDH (Tiedeman, 2012: 127). En este sentido, la doctrina jurisprudencial del TEDH se ha convertido en garantía de la protección internacional en aplicación, entre otros, de la Directiva 2011/95/UE (García Mahamut, 2016: 219). La convergencia entre el art. 3 CEDH y el art. 15 b) Directiva 2011/95/UE radica, precisamente, en que ambos contienen las mismas previsiones, de manera que la posibilidad de que los extranjeros puedan sufrir torturas, penas o tratos inhumanos y degradantes se convierte en un elemento determinante en la construcción de la protección internacional que brindan los EEMM de la UE, ya sea vía protección subsidiaria o vía refugio, pues el principio de no devolución en relación con el art. 3 CEDH es igualmente aplicable a dicha protección internacional. Habida cuenta de que las conductas en ambas disposiciones son idénticas, conviene plantearse si hay que interpretar los daños a los que hace referencia el art. 15 b) en el mismo sentido que lo hace el TEDH respecto el art. 3 CEDH.

Hay que partir de la base de que los criterios comunes para la protección subsidiaria deben extraerse de las obligaciones internacionales impuestas por los instrumentos sobre DDHH y que obligan a los EEMM de la UE, siguiendo la aproximación de DDHH defendida por Hathaway y Foster a la hora de

⁷⁰ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de diciembre de 2013, *Sharifi c. Austria*, CE:ECHR:2013:1205JUD006010408, apdo. 29.

determinar la existencia de un acto de persecución (2014: 193-208)⁷¹. Si bien no se menciona directamente la labor interpretativa del TEDH, la voluntad de la Comisión Europea fue la de asumir que se debía seguir el estándar interpretativo de dicho tribunal en la materia⁷². Asimismo, conviene recordar que las previsiones del CEDH tienen la consideración de principios generales del Derecho de la UE⁷³. Por lo tanto, cuando las autoridades deban resolver si una víctima de la trata se puede considerar beneficiaria de protección subsidiaria, se tendrá en cuenta, como mínimo, la doctrina del TEDH respecto a las torturas y las penas o tratos inhumanos y degradantes (Tiedeman, 2012: 128). Esta idea se confirma, por parte del TJUE, al considerar que a la hora de interpretar la Directiva 2011/95/UE se deben respetar los derechos fundamentales garantizados por el CEDH⁷⁴.

En cuanto a las amenazas graves e individuales contra los civiles en caso de conflicto armado, nótese la generalidad de la protección: la vida y la persona (Tiedeman, 2012: 131). Esto ha servido parcialmente como base para que el TJUE considere que dichas amenazas deben interpretarse de forma autónoma respecto de las torturas y penas y tratos inhumanos y degradantes⁷⁵. Para considerar la existencia de este tipo de daños y poder otorgar la protección subsidiaria a una víctima de la trata, en primer lugar, es preciso que exista un conflicto armado, ya sea nacional o internacional, en su país. Además, se requiere que existan amenazas graves e individuales, las cuales son inherentes a una situación general de conflicto armado⁷⁶. El art. 15 c) de la Directiva 2011/95/UE establece tres criterios a la hora de considerar la existencia de las amenazas: que estas sean graves, que sean individuales y que se produzcan en un marco de violencia indiscriminada. Al interpretar las amenazas graves e individuales, el TJUE ha apuntado que dichas amenazas se entienden «individuales» cuando cubren daños dirigidos contra civiles sin consideración de su identidad⁷⁷. En esta misma línea entendió el TJUE que debía interpretarse

⁷¹ Véase considerando párr. 34 Directiva 2011/95/UE.

⁷² Propuesta de la Comisión «*Proposal for a Council Directive on minimum standards for the qualification and status of third country nationals and stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection*», COM (2001) 510 final, 12-12-2001, párr. 21.

⁷³ Véase art. 6 apdo. 3 del Tratado de la Unión Europea.

⁷⁴ STJUE *Elgafáji*, apdo. 28.

⁷⁵ STJUE *Elgafáji*, apdo. 28

⁷⁶ *Ibid.*, apdo. 34.

⁷⁷ *Ibid.*, apdo. 35.

la violencia indiscriminada, pues esta se refiere a aquella violencia que puede extenderse a personas sin consideración de su situación personal⁷⁸.

En consecuencia, las autoridades deberán apreciar si en el país de origen de la víctima o donde tiene su última residencia existe un conflicto armado y si la violencia indiscriminada llega a tal extremo que existen motivos fundados para creer que un civil expulsado a dicho país se enfrentaría, por el mero hecho de su presencia en el territorio, a un riesgo real de sufrir amenazas graves e individuales contra su integridad física o contra su vida⁷⁹. Sin embargo, el hecho de supeditar dichas amenazas a la existencia de un conflicto armado, si bien solamente se requiere que exista un grupo armado y las tropas de un Estado enfrentadas entre sí⁸⁰, podría reducir la protección hacia las víctimas, puesto que estas amenazas graves, individuales e indiscriminadas pueden darse en cualquier entorno sin la necesidad de que se enmarque en un conflicto armado.

En conclusión, el reconocimiento de la protección subsidiaria dependerá de la interpretación que se dé a la letra b) del art. 15 de la Directiva 2011/95/UE, ya que en él se pueden incluir amenazas graves contra la vida y la integridad física sin estar enmarcadas en un conflicto armado, sin la necesidad de recurrir a los daños generales del art. 15 c) de la misma directiva. Además, hay que tener en cuenta la doctrina jurisprudencial del TEDH sobre las torturas, las penas y los tratos inhumanos y degradantes a la hora de valorar las peticiones de este tipo de protección.

VI. CONCLUSIONES

De las líneas precedentes se puede concluir que, en determinadas circunstancias, las víctimas de trata pueden tener acceso a la protección internacional en la UE, ya sea a través del refugio o de la protección subsidiaria. De hecho, las medidas de protección y asistencia de las víctimas de trata establecidas en la Directiva 2011/36/UE y en la Directiva 2012/29/UE deben aplicarse sin perjuicio de las obligaciones que emanan de este tipo de protección. En concreto, la condicionalidad de las medidas o el excesivo grado de discrecionalidad por parte de las autoridades estatales a la hora de valorar las solicitudes de protección internacional, sumado a los retos que presenta el proceso de

⁷⁸ STJUE *Elgafaji*, apdo. 34

⁷⁹ *Ibid.*, apdo. 35.

⁸⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 2014, *Diakité*, C-285/12, EU:C:2014:39, apdo. 27.

identificación de la víctima, hace que muchas veces las medidas previstas en las anteriores directivas sean inaplicables o insuficientes, de modo que el refugio o la protección subsidiaria permiten ampliar la protección de las víctimas.

En efecto, la trata de seres humanos, o el potencial riesgo de sufrirla, es un acto de persecución, siempre y cuando se demuestre la incapacidad para proteger del Estado de origen de la víctima. Esta incapacidad es especialmente relevante en los casos de trata, puesto que mayoritariamente los agentes perseguidores son grupos organizados. En otras palabras, quien materializa estos actos de persecución son agentes no estatales. Además, la vulnerabilidad contextual subyacente a este fenómeno permite considerar a las víctimas como un grupo social determinado ya que comparten unas características innatas, unos antecedentes comunes y son percibidas como diferenciadas por la sociedad del Estado de origen. Concretamente, el innegable componente de género de la trata de seres humanos también permite considerar a las mujeres víctimas de trata como un grupo social determinado. Por consiguiente, el entorno y el contexto que rodean a la víctima en su Estado de origen marcarán las posibilidades de aceptación de una solicitud de refugio. Ahora bien, la dificultad radica en la detección, precisamente, de las características innatas, de los antecedentes comunes y de la percepción social de ser diferente, de modo que sería interesante poder desarrollar, incluso en instrumentos *soft law*, una sistematización que facilitase su identificación por parte de las autoridades competentes.

También una víctima de trata puede ser demandante de protección subsidiaria si no cumple con los requisitos para el refugio. Si bien es una protección menor, es igualmente efectiva para las víctimas de trata no nacionales de ningún Estado miembro de la UE que pueden verse sometidas, en caso de devolución, a la pena de muerte, a torturas o tratos inhumanos o degradantes o pueden sufrir atentados contra su vida o integridad física en caso de conflicto armado. Lo más relevante aquí es que para valorar una solicitud de este tipo de protección se deberá tener en cuenta la doctrina jurisprudencial del TEDH en lo que al art. 3 CEDH se refiere, que a su vez también ha servido como fundamento para desarrollar el principio de no-devolución en el marco del Consejo de Europa.

Ahora bien, el principal criterio de exclusión para valorar las solicitudes de protección internacional es que tanto el refugio como la protección subsidiaria exigen un elemento de transnacionalidad. Esto implica que solamente las víctimas no nacionales del Estado miembro donde son identificadas podrán demandar este tipo de protección. Pero este criterio ha de interpretarse en un sentido más restrictivo, de modo que solamente las víctimas nacionales de terceros países de la UE podrán solicitar este tipo de protección. Esto conlleva la aplicación de un régimen especial de protección a una parte

de las víctimas. Por consiguiente, se pueden crear regímenes diferenciados de protección en función del origen de la víctima y del contexto que la rodea. Aquí sería interesante, y siempre desde una perspectiva de DDHH, que los EEMM de la UE sigan apostando por la mejora de los sistemas de protección y asistencia, dejando atrás la condicionalidad en el acceso a dichas medidas y mejorándolas. De esta manera, se evitará que una parte de las víctimas tenga que recurrir al refugio o a la protección subsidiaria con el objetivo de reducir el riesgo de revictimización y eliminar el continuum de violencia contra ellas.

Bibliografía

- Agencia de Asilo de la Unión Europea (2018). *Guía práctica de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo: Requisitos para el reconocimiento de la protección internacional* (Informe AAUE.). Luxemburgo: AAUE.
- (2022a). *Latest asylum trends. Annual Overview 2021* (Report EUAA.). Luxemburgo: EUAA. Disponible en: <https://bit.ly/3F5fPPi>.
- (2020b). *Asylum Report 2022. Annual Report on the Situation of Asylum in the European Union*. (Report EUAA. Bulletin EUAA; DOI: 10.2847/500804). Luxemburgo: EUAA.
- Alto Comisionado para los Derechos Humanos (2021). *Informe de la Relatora Especial para la trata de personas, especialmente mujeres y niños* (Informes ACNUDH. Boletín ACNUDH; A/76/263). Ginebra: ACNUDH. Disponible en: <https://bit.ly/3r9Gbcl>.
- Barrère Unzueta, M. A. (2008). Iusfeminismo y Derecho antidiscriminatorio: hacia la igualdad por la discriminación. En R. M. Mestre Mestre (coord.). *Mujeres, derechos y ciudadanías* (pp. 45-72). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bauloz, C. y Ruiz, G. (2016). Refugee status and subsidiary protection: towards a uniform content of international protection? En V. Chetail, P. de Bruycker and F. Maiani (eds.). *Reforming the common european asylum system. The new european refugee law* (pp. 240-270). Leiden: Brill Nijhoff. Disponible en: https://doi.org/10.1163/9789004308664_010.
- Bertomeu Navarro, A. (2020). Protección internacional, género y derechos humanos. En J. Soroeta Licerias (dir.) y N. Alonso Moreda (ed.). *Anuario de los cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián* vol. 20 (pp. 21-108). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Borrás Pentinat, S. (2011). El estatuto jurídico de protección internacional de los refugiados ambientales. *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, 19 (36), 11-48.
- Casadei, T. (2020). Migración y trata de personas: una mirada desde el Mediterráneo. En E. Pérez Alonso y S. Olarte Encabo (dirs.). *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas* (pp. 585-624). Valencia: Tirant lo Blanch.

- (2018). Modos y formas de la esclavitud contemporánea. *Derechos y Libertades*, 39, 35-61.
- Comisión Europea (2014). *Mid-term report on the implementation of the European Union strategy towards the eradication of trafficking in human beings* (Report EC. Bulletin EC; SWD 318 final). Brussels: EC.
- (2020a). *Data collection on trafficking in human beings in the European Union*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. (Report EC. Bulletin EC; DOI:10.2837/45442). Brussels: EC.
- (2020b). *Informe de la Comisión Europea al Parlamento Europeo y al Consejo: Third report on the progress made in the fight against trafficking in human beings (2020) as required under Article 20 of Directive 2011/36/EU on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims* (Report EC. Bulletin EC-COM 661 final). Brussels: EC.
- (2022). *Commission staff working document: Statistics and trends in trafficking in human beings in the European Union in 2019-2020 accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Report on the progress made in the fight against trafficking in human beings*. (Report EC. Bulletin EC-SWD 429 final). Brussels: EC.
- Correa da Silva, W. (2022). Teorías críticas del derecho y feminismo postcolonial: La necesaria revisión de la praxis normativa sobre trata de personas. *Revista General de Derecho Público Comparado*, 31, 14. Disponible en: <https://bit.ly/3CjLRXB>.
- European Institute for Gender Equality. (2018). *Gender-specific measures in anti-trafficking actions* (Report EIGE). Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.
- European Union Agency for Law Enforcement Cooperation (2016). *Situation report: Trafficking in human beings in the European Union* (Report EUROPOL). La Haya: Europol Public Information.
- (2022). *European Migrant Smuggling Centre* (Report EMSC. Bulletin EMSC; 6-DOI:10.2813/61347). Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.
- Gallagher, A. T. (2009). Human Rights and Human Trafficking? Quagmire or firm ground? A response to James Hathaway. *Virginia Journal of International Law*, 50 (1), 789-848.
- Gallagher, A. T. y Mcadam, M. (2018). Abuse of position of vulnerability within the definition of trafficking in persons. En R. Piotrowicz, C. Rijken y B. H. Uhl (eds.). *Routledge handbook of human trafficking* (pp. 182-197). Abingdon: Routledge. Disponible en: https://doi.org/10.1163/9789004308664_010.
- García Mahamut, R. (2016). La ductilidad del derecho a la protección internacional, refugio y protección subsidiaria, ante las crisis humanitarias: un desafío para Europa y para el Sistema Europeo Común de Asilo. *Teoría y Realidad Constitucional*, 38, 211-238. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.38.2016.18608>.

- Gauci, J-P. (2022). Protecting trafficked persons through refugee protection. *IDEAS* [lista de distribución], 07-2022. Disponible en: <https://bit.ly/3vC8bHS>. Disponible en: <https://doi.org/10.3390/socsci11070294>.
- Group of Experts on the Fight against Trafficking in Human Beings. (2015). *Report on GRETA'S activities covering the period from 1 October 2014 to 31 December 2015* (Report GRETA. Bulletin GRETA 5). Estrasburgo: Consejo de Europa. Disponible en: <https://bit.ly/3lItaY>.
- (2020). *Report on GRETA'S activities covering the period from 1 January to 31 December 2019* (Report GRETA. Bulletin GRETA 9). Estrasburgo: Consejo de Europa. Disponible en: <https://bit.ly/3L6lypn>.
- Hathaway, J. C. (1991). *The law of Refugee Status*. Toronto: Butterworths.
- Hathaway, J. C. y Foster, M. (2014). *The Law of Refugee Status* (2 ed.). Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511998300>.
- Hynes, P. (2022). Exploring the interface between Asylum, Human Trafficking and/or Modern Slavery within a Hostile Environment in the United Kingdom. *Social Sciences*, 11 (6). Disponible en: <https://doi.org/10.3390/socsci11060246>.
- Jordana Santiago, M. (2020). The European Union fight against Trafficking of human beings: challenges of the victim's statute. *Paix et Sécurité Internationales*, 8, 467-493.
- (2021). La perspectiva de género en la lucha contra la trata en la Unión Europea: ¿hacia una protección integral de niñas y mujeres migrantes? En D. Marin Consarnau, (coord.). *Retos en inmigración, asilo y ciudadanía. Perspectiva Unión Europea, internacional, nacional y comparada* (pp. 73-90). Barcelona: Marcial Pons.
- Lucea Sáenz, A. (2013). La lucha contra la trata en la Unión Europea. *Aequalitas. Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre hombres y mujeres*, 32, 6-15. Disponible en: <https://bit.ly/3wc396d>.
- Merino Sancho, V. (2012). *Tratamiento jurídico de las demandas de asilo por violencia contra las mujeres en el ordenamiento jurídico español: perspectivas y prospectivas* (1 ed.). Cizur Menor: Aranzadi.
- Morgades Gil, S. (2021). *De refugiados a rechazados. El Sistema de Dublín y el derecho a buscar asilo en la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Novak-Irons, F. (2018). Unable to return? The protection of victims of trafficking in need of international protection. En R. Piotrowicz, C. Rijken and B. H. Uhl (eds.). *Routledge Handbook of Human Trafficking* (pp. 198-212). Abingdon: Routledge. Disponible en: <https://doi.org/10.4324/9781315709352-16>.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2021). Informe de la Relatora Especial para la trata de personas, especialmente mujeres y niños (Informes OHCHR. Boletín OHCHR; A/76/263). Ginebra: OHCHR. Disponible en: <https://doi.org/10.18356/9789214030546c003>.
- Piotrowicz, R. (2008). The United Nations Refugee Agency guidelines on human trafficking. *Oxford University Press*, 20 (2), 242-252. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/ijrl/een013>.

- (2012). States' obligations under Human Rights Law towards victims of trafficking in human beings: positive developments in positive obligations. *Oxford University Press*, 24 (2), 181-201. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/ijrl/ees023>.
- Saito, K. (2007). Research paper n.º 149: *International protection for trafficked persons and those who fear being trafficked*. Disponible en: <https://bit.ly/3icqznF>.
- Salinas de Frías, A. (2021). La insuficiente protección jurídica internacional de los migrantes irregulares víctimas de trata. *Revista Española de Derecho Internacional*, 73 (2), 161-175. Disponible en: <https://doi.org/10.17103/redi.73.2.2021.1a.10>.
- Stoyanova, V. (2019). Human trafficking and refugee law. En S. Singh Huss (ed.). *Research Handbook on International Refugee Law* (pp. 324-342). Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited. Disponible en: <https://doi.org/10.4337/9780857932815.00030>.
- Tiedeman, P. (2012). Subsidiary protection and the function of article 15(c) of the qualification Directive. *Refugee Survey Quarterly*, 31 (1), 123-138. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/rsq/hdr022>.
- Trujillo del Arco, A. (2021). El combate *de facto* contra la trata de personas en España y la responsabilidad internacional del Estado. *Revista Española de Derecho Internacional*, 73 (1), 278-295. Disponible en: <https://doi.org/10.17103/redi.73.1.2021.1.11>.
- United Nations Office on Drugs and Crime (2018). *Issue paper: Abuse of a position of vulnerability and other means within the definition of trafficking in persons*. New York: United Nations. Disponible en: <https://bit.ly/3MmEUaC>.
- Yagüe, A. M. (2013). España da por primera vez asilo a una víctima de trata. *El Periódico*, 21-10-2013. Disponible en: <https://bit.ly/3IIx5O0>.
- Zamora Gómez, C. M. (2021). Las mujeres como sujetos de derechos por la doctrina *iusinternacionalista*. En D. Marin Consarnau (coord.). *Retos en inmigración, asilo y ciudadanía. Perspectiva Unión Europea, internacional, nacional y comparada* (pp. 341-348). Barcelona: Marcial Pons. Disponible en: <https://doi.org/10.17103/reei.42.27>.