

LA TRATA DE SERES HUMANOS Y LA CULTURA LEGAL¹

DAVID NELKEN

Distinguished Professor of Legal Institutions and Social Change Faculty of Political Science

University of Macerata

Distinguished Visiting Research Professor, Faculty of Law

Cardiff University

Recepción: 15 de junio de 2012

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2012

RESUMEN: Este artículo tiene por objeto analizar el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas. En la primera parte, se ofrece una discusión crítica sobre el carácter deficitario de las medidas adoptadas para lidiar con el problema social de la trata de seres humanos. A continuación, se analizarán las dos narrativas que compiten en este problema y la forma en las que se responde a esta circunstancia; se explica la necesidad de aprender más sobre los intereses y valores que condicionan la aplicación de la ley. En la última parte, se discute sobre la relevancia potencial de la idea de la "cultura legal" para explicar los patrones de la *ley en acción* en distintos países y por diferentes agencias. El objetivo general de este artículo es mostrar la existencia de un vínculo entre la forma en la cual el problema de la trata es definido socialmente en la práctica y el rol de la cultura legal a la hora de darle forma a este vínculo.

PALABRAS CLAVE: trata de seres humanos, cultura legal, derechos humanos

ABSTRACT: This Article discusses the Palermo Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons. In the first part it offers a critical discussion of what is entailed by speaking of a "shortfall" of enforcement in dealing with the social problem of human trafficking. It then goes on to show that there are two competing narratives of this problem and of the way it is being responded to, and explains why we need to learn more about the interests and values that condition the "law in action." In the last section the Article discusses the potential relevance of the idea of the "legal culture" for explaining the patterns of "law in action" in different countries and different agencies. The Article's overall aim is to show the existence of a link between the manner in which the problem of trafficking is socially defined in practice, and the role of legal culture in shaping this link.

KEY WORDS: human trafficking, legal culture, human rights

1 Traducido del inglés por Agustina Iglesias Skulj y Patricia Faraldo Cabana. El original de este artículo fue publicado en *Israel Law Review*, vol. 43, 2010, pp. 1-35. Las autoras agradecen al Prof. David Nelken la posibilidad de publicar, por primera vez, su trabajo en lengua castellana.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN II. EVALUACIÓN DE LOS RESULTADOS DEL INSTRUMENTO DE DERECHOS HUMANOS III. DECONSTRUYENDO EL PROBLEMA DE LA TRATA IV. LA CULTURA LEGAL Y LA IMPLEMENTACIÓN DEL PROTOCOLO DE PALERMO V. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

¿Podemos hacer justicia en un mundo injusto? La respuesta obvia es que solo porque existe la injusticia estamos obligados a buscar justicia. Sin embargo, ¿de qué forma las estructuras injustas existentes pueden condicionar los resultados de nuestras intervenciones? El intento de decir algo útil acerca de esta difícil pregunta nos lleva a centrarnos en el progreso logrado por el Protocolo de Palermo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la trata de personas. ¿La utilización de instrumentos internacionales de derechos humanos en la lucha contra la trata de personas constituye una forma de ir acercándonos a una justicia más global? ¿O es simplemente otro ejemplo de cómo las luchas en contra de la injusticia se ven minadas, debido a las desigualdades sociales, económicas y políticas que, en el mejor de los casos, esta clase de aproximación no es capaz de sortear, y en el peor de los supuestos, ayuda a reforzar?

Esta cuestión será considerada teniendo en cuenta la tendencia común a reducir los problemas que rodean la aplicación de estándares globales al ámbito de las dificultades prácticas de su implementación. Tal como han puesto de manifiesto los organizadores de un congreso sobre trata de seres humanos celebrado en Palermo en el mes de mayo de 2009, muchos de los que se encuentran al frente de la tarea de la aplicación de los instrumentos de derechos humanos alrededor del mundo ven un gran obstáculo en las diferentes formas en que el Protocolo es entendido y utilizado en cada país; por este motivo, se ha sugerido que estas cuestiones serían problematizadas² más adecuadamente mediante el recurso al concepto de cultura legal³. En este artículo se argumenta que es ciertamente útil aprender más sobre la cultura legal, ya que puede aplicarse tanto a la trata como a la lucha contra la trata. Pero resulta también esencial ver cómo la diferencia en los intereses y valores provee el contexto para las diferencias en el uso de la ley global.

La primera parte de este artículo ofrece una discusión crítica sobre qué se quiere decir cuando se habla, como hicieron los organizadores del seminario, de un "déficit" de implementación en la lucha contra este problema social. A continuación se mostrará que hay dos narrativas que compiten sobre este problema, y la forma en que se ha respondido a él y explica por qué necesitamos aprender más sobre los intereses y valores que condicionan

2 Las manifestaciones sobre la dificultad de relacionar lo global con lo local han sido vertidas también por influyentes académicos que estudian estos procesos. Vid., entre otros, Merry, S., *Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice*, University of Chicago Press, Chicago, 2006.

3 El autor fue invitado a participar en el Congreso de Palermo organizado por la Organización Internacional de las Migraciones, debido a su publicación sobre esta materia en Nelken, D., "Using the Concept of Legal Culture", 29 *Australian Journal of Legal Philosophy*, vol. 1, 2004. Puede obtenerse información sobre el Congreso y las conferencias en "Trafficking in persons: ten years after the institution of the Ad-hoc Inter-governmental Committee for the Elaboration of the Palermo Protocol", Palermo, 21 y 22 de mayo, 2009, http://www.italy.iom.int/images/pdf/Conferenza_Palermo.pdf

la aplicación de la ley. En la última parte, se discute la relevancia potencial de la idea de la "cultura legal" como método para explicar los patrones de aplicación de la ley en distintos países y por diversas agencias.

El objetivo de este artículo es mostrar que hay un vínculo entre la forma en que el problema de la trata es definido en la práctica y el rol que cumple la cultura legal en la definición de los contornos de este vínculo.

II. EVALUACIÓN DE LOS RESULTADOS DEL INSTRUMENTO DE DERECHOS HUMANOS

El Protocolo de Palermo fue sancionado en 2000 como un instrumento complementario de la Convención de Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada Transnacional⁴. Su objetivo era salvaguardar los derechos de las víctimas de esta conducta delictiva y brindarles la misma consideración de víctimas que a los ciudadanos de los países o lugares a los cuales son traficados. Al mes de mayo de 2011, ha sido ratificado por 146 países (en 2009 ningún país asiático había ratificado el Protocolo, pero en 2010 43 de un total de 53 países africanos sí lo habían hecho). Los Estados Parte se comprometen a prevenir y combatir la trata de personas, proteger y asistir a las víctimas y promover la cooperación entre estados encaminada a lograr estos objetivos.

Los artículos 6 a 8 del Protocolo describen un marco comprensivo para la protección de las víctimas de trata, que guían a los Estados Partes para que provean a la recuperación física, psicológica y social de las víctimas a través de asistencia médica y económica, asesoramiento e información acerca de sus derechos, asistencia laboral y educativa, asegurando la integridad física, así como la intimidad y confidencialidad de las víctimas su identidad, además de facilitarles la posibilidad de obtener una compensación por el daño sufrido. Asimismo, los Estados deberán promover la adopción de medidas encaminadas a permitir que las víctimas permanezcan en sus territorios de forma temporal o permanente, o facilitarles la repatriación a su país de origen para que ésta sea segura y no atente contra la dignidad, en caso de que la víctima así lo decida.

El Protocolo de Palermo, al igual que la Convención contra la Criminalidad Organizada Transnacional que complementa, ha sido, sin lugar a dudas, muy exitoso en lograr que países del norte y del sur, del primer y del tercer mundo, países de demanda, oferta y tránsito se pusieran de acuerdo, al menos sobre el papel. Muchos de estos países han sancionado normas de derecho interno contra la trata de seres humanos, si bien no siempre exactamente en los mismos términos. Lugares tan disímiles como Italia, Serbia o Noruega han introducido "períodos de reflexión" para que la víctima de este delito pueda tomar decisiones acerca de sus opciones, con independencia de su colaboración en la persecución de los autores.

4 El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Seres Humanos, en especial mujeres y niños, complementario de la Convención de Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada Transnacional. 15 diciembre, 2000 U.N.T.S. 319 (en adelante Protocolo de Palermo) y la Convención contra la Criminalidad Organizada Transnacional, 15 diciembre, 2000, 2225 U.N.T.S. 209.

Algunos miembros de la comunidad europea de derechos humanos están tratando de alcanzar estándares más elevados sobre la base de los del propio Protocolo. Sin embargo, muchas de las personas más comprometidas en la implementación del Protocolo argumentan que no se han dado (todavía) los resultados esperados. En 2009 la oficina sita en Roma de la Organización Internacional de las Migraciones (OIM) organizó una reunión más en Palermo para discutir los resultados del Protocolo. En ese momento se argumentó que todavía quedaba mucho camino por recorrer para lograr que las disposiciones del Protocolo se hicieran efectivas y se enfatizó la preocupación sobre lo que sucedía con un modelo internacional de estándares "de talla única" para diferentes lugares. En la nota introductoria, que fue enviada con anterioridad por los organizadores de la OIM a los participantes del evento, se afirmaba que el objetivo del encuentro era "elaborar recomendaciones sobre la aplicación del Protocolo de Palermo y otras previsiones directamente relacionadas con la trata de personas que tengan en cuenta la diversidad de las culturas y los contextos legales nacionales". Se apuntaba el hecho de que solo pocos casos estaban llegando a los tribunales, argumentando que "de una estimación total de 600,000 a 4 millones de personas víctimas de trata, identificadas, asistidas y protegidas, solo 6,000 personas han resultado procesadas cada año"⁵. Los organizadores hicieron un llamamiento para llevar a cabo investigaciones que puedan explicar los supuestamente escasos resultados y sugirieron, en particular, que las diferencias en la cultura legal entre los diferentes países puede proveer algunas pistas para superar el déficit de implementación y lograr una mayor colaboración entre los diferentes países y agencias involucrados para luchar contra el problema (o los problemas) de la trata.

Ahora bien, analizar los resultados de esta ley (al igual que de otras) no es una tarea sencilla. Aun los estudios más rigurosos que en la actualidad se dedican a la aplicación del Protocolo alrededor del mundo admiten que "una de las grandes cuestiones pendientes de respuesta es la determinación de la entidad global del problema de la trata"⁶. Tal como ocurre con todos los delitos, el número de autores detenidos depende del nivel y de los recursos disponibles para la persecución, y el número de procesados nunca coincide con el número efectivo de víctimas. En lo referente a delitos comunes, tales como el robo, existe una brecha enorme entre las estimaciones de delitos cometidos (calculadas, por ejemplo, sobre la base de las respuestas obtenidas en un estudio de victimización) por una parte, y el número de detenidos, procesados y condenados, por otra. Tampoco hay que perder de vista que una persona puede ser responsable de la comisión de más de un hecho. En la definición que da el propio Protocolo de la trata se recurre a la organización de más de tres personas para su

5 Albano, T., Concept Note (May 2009) (en adelante Nota introductoria) fue distribuida entre los participantes en el Congreso sobre Trata de seres humanos en Palermo. Algunos autores consideran que las víctimas de trata alcanzan cifras más elevadas. Vid., Winterdyck, J./Reichel, P., *Introduction to Special Issue: Human Trafficking – Issues and Perspectives*, *European Journal of Criminology*, vol. 7, 2010, pp. 1-6, donde se estima un total de 27 millones de víctimas.

6 United Nations, *Global Report on Trafficking in Persons 11* (2009) (en adelante Informe Global de Naciones Unidas), disponible en <http://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/global-report-on-trafficking-in-persons.html>. Este informe, que constituye la principal fuente de datos sobre la trata de seres humanos alrededor del mundo, también admite que no hay forma de saber si el escaso número de casos conocidos es representativo del gran número de casos estimado.

comisión. Si el estereotipo de las organizaciones criminales transnacionales que controlan grandes flujos de personas es tomado como una evidencia (aunque haya buenas razones para cuestionarlo) luego podemos esperar encontrar una proporción elevada de víctimas por cada autor en este tipo de casos.

Por un lado, podría decirse que la identificación de los autores de este tipo de delitos debería ser más fácil que en otros supuestos. En un delito como el robo las víctimas, en general, desconocen quién fue su victimario; sin embargo, en el caso de la trata las víctimas sí conocen a quienes las explotan (o al menos al intermediario/a con quien están en contacto). Por otro lado, están presentes en este tipo de delito algunas características especiales que deben tenerse en consideración. Las víctimas pueden sufrir amenazas para no denunciar, pueden estar aterrorizadas, no solo respecto de lo que pueda ocurrirles a ellas sino a sus familias en sus países de destino. En la gran parte de los casos, las víctimas no hablan el idioma, desconocen las leyes locales o, en algunos casos, ni siquiera saben dónde están. Algunas veces pueden sufrir el síndrome de Estocolmo, en el que los cautivos terminan por identificarse con quienes los mantienen en cautiverio. Dado que también en la mayoría de los supuestos estamos frente a víctimas que carecen de un estatus migratorio regular las víctimas a menudo tendrán miedo de la policía, siendo razonable que piensen que la policía no defenderá sus intereses. Pueden albergar sentimientos contradictorios sobre su situación, esperando que ésta mejore y, en algunos casos, la consideran más beneficiosa que tener que retornar al país de origen⁷.

Esta no es la única clase de delito donde el escaso número de personas imputadas puede decirnos algo acerca de la entidad real del problema. Ténganse en cuenta la violencia contra la mujer, un crimen que en algunos casos se yuxtapone con el de trata, o la lenta emergencia de los *crímenes de odio*. Lo mismo vale para el relativamente escaso número de personas procesadas con éxito por delitos contra la humanidad o genocidio. Algunos criminólogos argumentan que en estos supuestos las organizaciones sanitarias y de derechos humanos *subestiman* seriamente el número de víctimas⁸. De todos modos, queda claro que a pesar de la existencia de literatura sobre la trata todavía carecemos de un buen conocimiento básico sobre los perfiles de los criminales⁹ y de las víctimas actuales y futuras¹⁰.

Algunas agencias insisten en que no solo la pobreza expone a las personas al riesgo de ser traficadas y es igualmente cierto que, en general, los migrantes económicos no

7 Una jueza italiana me comentó recientemente sobre un caso de un trabajador chino encerrado en un sótano sin aire, fuera de la vista del público, y que trabajaba durante un gran número de horas. Al momento de interrogarlo, en aras de obtener evidencia contra los explotadores, se le preguntó sobre cómo es vivir día tras día en esas condiciones, él describió lo que parecía una forma imposible de vida. Luego de escuchar estos horrores, la magistrada le preguntó ¿Cómo haces para sobrellevar esta situación? ¿Cómo pudiste sobrevivir en estas condiciones? Él contestó, "esta situación es mejor que vivir en China".

8 Hagan, J./Wyland-Richmond, F., *Darfur and the Crime of Genocide*, Cambridge University Press, New York, 2008.

9 El informe global de Naciones Unidas señala que la proporción de mujeres autoras de trata es, como mínimo, dos o tres veces mayor en estos delitos que en otros.

10 El Informe Global de Naciones Unidas reúne los datos recolectados a nivel nacional y puede informar sobre los países de origen de las víctimas y los autores. Por ejemplo, en Italia, los traficantes provienen de Rumanía, Italia, Nigeria, Albania, China y Polonia, Id., p. 260.

necesariamente son aquellos que menores recursos tienen. Sin embargo, parece razonable asumir que las víctimas de trata son aquellas más vulnerables – especial atención se ha brindado a las víctimas de trata sexual comparada con otras formas de explotación-. Solo contamos con una idea muy general acerca del número de víctimas –desde o hacia un determinado país-, y todavía sabemos menos de lo que deberíamos acerca de cómo se resuelven los casos en distintos países; hay muy pocos estudios sistemáticos sobre el resultado de estos esfuerzos. Necesitamos saber más acerca de las razones por las que los números de personas tratadas aumentan o disminuyen y sobre cómo y cuándo se producen cambios en las rutas de la trata¹¹. Es probable que lo que determina los patrones de infracción legal esté más relacionado con cuestiones de articulación de la oferta y la demanda que con los esfuerzos para combatir la trata. Aun en el caso del tráfico ilegal de drogas, que cuenta con una historia mucho más larga de sanción e implementación de leyes, los números más alentadores estiman que no más de un diez por ciento de la oferta es interceptado por la policía. Además de la ley penal, otros sectores de la política económica y social pueden también jugar un papel importante en el diseño de las respuestas contra la trata.

A pesar de los esfuerzos para producir mejores índices sobre la trata¹², nadie tiene realmente una idea clara sobre la cantidad de víctimas potenciales que puede haber. Asimismo, la forma en que se plantea la cuestión del déficit a menudo puede ser ambigua – como ocurre en los casos en que la OIM habla del número de víctimas *identificadas, asistidas y protegidas*, como si fueran lo mismo¹³. Debido a que el número de casos registrados se considera el reflejo de la eficacia de la justicia penal local, del activismo de organizaciones no gubernamentales o de la “iniciativa” política más que de la entidad actual del problema, las principales instituciones intergubernamentales que se ocupan del problema evitan brindar cifras, aunque ello no impida que otros actores lo hagan¹⁴. El problema no es solo la falta de certeza de las estimaciones de las víctimas –después de todo, aun las estimaciones más bajas representan altos niveles de miseria humana-. La dificultad reside en que no hay más pruebas para afirmar que son 600,000 las víctimas que para decir que son 4 millones. Asimismo, en 2006 las Naciones Unidas dijo haber identificado a 21,400 víctimas de 111 países que llevaron a cabo informes. En 73 países se llegó a una condena judicial, mientras que en 47 se reportaron al menos 10 condenas anuales, y 15 países que alcanzan las 50 condenas como mínimo por año¹⁵. En estos términos, 6,000, cifra recogida en la Nota introductoria,

11 En la mayoría de los casos de trata están involucrados países cercanos, si bien los países de África del Este aparecen como la fuente de varias de las rutas, *Id.*, p. 66.

12 Kangaspunta, K., “Can the severity of Human Trafficking be Ranked?”, *Crime and Public Policy*, vol. 2, 2010, pp. 257-266.

13 Nota introductoria, p. 1.

14 Como se deriva, por ejemplo, de la siguiente declaración: “No hay datos oficiales, pero la OIM estima que hay 70,000 mujeres viviendo en Italia luego de ser tratadas con fines de explotación sexual. Algunos grupos locales de defensa de derechos creen que, al menos, la mitad de ellas son nigerianas, vid., “Nigeria: Dreams of Freedom Turns to Prostitution Nightmare”, *Journal of Culture and African Women Studies*, vol. 8, 2006.

15 United Nations, Global Report on Trafficking in Persons (Executive Summary) 5, 2009, disponible en www.unodc.org/documents/human-trafficking/Executive_summary_english.pdf

suenan como un buen número de procesos penales en relación con el número de víctimas identificadas. Sin embargo, una nueva cuestión emerge: ¿por qué se identifica un número tan bajo de víctimas?

¿Podemos identificar qué significa ser "una víctima de trata" en ausencia de una certificación oficial de esta circunstancia? ¿Qué definiciones cuentan –o cuáles deberían contar–? Ciertamente, el escaso número de casos puede ser el reflejo de la dificultad de descubrir este delito y del hecho de que la mayoría de los países no han tomado medidas para la aplicación del Protocolo. Algunos argumentan que es necesario tomar medidas dirigidas a la sensibilización de la policía y otras agencias de seguridad, frente a la evidencia de que éstas están fallando a la hora de detectar víctimas de trata. La evidencia sugiere que en Estados Unidos las fuerzas policiales que están encargadas de detectar estos casos –y que saben lo que tienen que buscar– es más probable que los encuentren¹⁶. No obstante, los informes y registros también muestran que aun en los casos en que ha aumentado la persecución los resultados son muy decepcionantes. Una y otra vez los esfuerzos por detectar víctimas en países de demanda, tales como Estados Unidos, Gran Bretaña, Canadá, Holanda o Irlanda han producido números muchísimo más bajos que los esperados. En Estados Unidos, solo hubo 1,362 casos oficialmente reconocidos de trata en el período comprendido entre 2000 y 2007¹⁷.

Los investigadores que intentan reunir una muestra satisfactoria de casos, frustrados por la falta de datos oficiales, a veces recurren a los casos de maltrato de prostitutas para incluirlos en sus estimaciones¹⁸. Algunos incluso llegan a afirmar que las bajas cifras de víctimas oficiales pueden ser explicadas por el hecho de que la policía y los jueces persisten en clasificar como trata los casos de tráfico de mujeres con fines de prostitución o de prostitución *tout court*¹⁹. Algunos periodistas que escriben sobre los países de oferta sí proporcionan evidencia cualitativa que sugiere que un gran número de mujeres está en riesgo de ser victimizado. Sin embargo, de acuerdo con estos mismos autores, incluso un gran número de casos detectados por la policía y juzgados en los tribunales pueden ofrecer una medida no fiable de lo que debe ser considerado un caso de trata. En Moldavia, por ejemplo, en lugar de luchar contra los altos niveles de connivencia entre la policía y los tratantes, las fuerzas policiales prefieren informar de manera burocrática sobre una cantidad importante de casos detectados, cuestionables claro está²⁰, para maquillar estadísticas que justifiquen el destino de los amplios fondos recibidos de Estados Unidos para luchar contra

16 Farrel, A./Fahy, S./McDevitt, J., "Where Are All the Victims? Understanding the Determinants of Official Identification of Human Trafficking Incidents", *Crime and Public Policy*, vol. 9(2), 2010, pp. 201-234.

17 De la misma forma, los medios de comunicación afirmaron que durante la Copa del Mundo en Alemania en 2006 se atrajeron 40,000 esclavas sexuales para servir a los espectadores. Esta cifra nunca fue corroborada.

18 Winterdyck/Reichel, cit. En la práctica, lo que se denomina como casos de trata, en general se confunden con casos de persecución de trabajadoras sexuales, proxenetas, dueños de burdeles o incluso clientes.

19 *Id.*

20 Finnegan sugiere que ello revela el tipo "formalista" de cumplimiento que las organizaciones aprendieron durante el comunismo. Esto ofrece otro ejemplo de la relevancia de la cultura legal, *vid.*, Finnegan, W., "The CounterTraffickers: Rescuing the Victims of the Global Sex Trade", *New Yorker*, 5/5/2008, disponible en www.newyorker.com/reporting/2008/05/05/0850fa_fact_finnegan

la trata²¹. Los informes elaborados por los países de origen de las víctimas son fácilmente manipulables políticamente en una u otra dirección –dependiendo de si el objeto es obtener crédito para combatir la trata o evitar el estigma negando la existencia del problema²².

No es seguro tampoco asumir que la trata se da siempre en el contexto de la criminalidad organizada. Se nos dice continuamente en la literatura que las ganancias del comercio de seres humanos se acercan a las obtenidas en el tráfico de drogas y armas. Sin embargo, se cuenta incluso con menos datos sistemáticos sobre los autores que respecto de las víctimas. La mayor parte de la atención está dirigida a los casos de trata sexual; sin embargo, puede haber diferencias importantes entre la explotación laboral, la sexual o la que se da en otros ámbitos. La organización de la trata puede variar de un lugar a otro²³.

Louise Shelly, por ejemplo, sugiere que puede haber varios modelos de trata, incluyendo lo que ella denomina "la recolección primitiva de materia prima local", "el modelo de los recursos naturales", que produce beneficios a corto plazo a través del envío de las víctimas a los intermediarios, y el "modelo de intercambio" y desarrollo, basado en el establecimiento de relaciones con los miembros de una comunidad que les proveen de víctimas y con quienes comparten las ganancias²⁴. Estos modelos, mientras permanezcan estables, complican la imagen de la trata, al arrojar luz sobre las diferentes formas en que las víctimas se ven atrapadas e incapaces de huir.

La caracterización oficial de los grupos de criminalidad organizada usualmente nos dice más acerca de los estereotipos políticos y de persecución que de la naturaleza fluida y cambiante de los grupos y redes involucrados. Es especialmente relevante que el tráfico de inmigrantes –una actividad mucho más amplia con la que se identifica la trata- a menudo involucra a intermediarios especializados, más que a sindicatos del crimen organizado²⁵.

Ya los viejos modelos de esclavitud dependían en gran medida del intermediario local, las pequeñas empresas familiares y los fugitivos migrantes. En el pasado, algunos de los esfuerzos para combatir la esclavitud estuvieron mal enfocados, debido a que no tomaron en consideración esta cuestión. Todavía existe el peligro de que los esfuerzos en el ámbito de la lucha contra la trata deriven en un incremento del número y la sofisticación de los grupos profesionales involucrados que les permita igualar o corromper a las fuerzas que intentan controlarlos. Los criminales son capaces, asimismo, de cambiar su *modus operandi* de forma que se vuelva muy difícil juzgarlos de acuerdo con las definiciones legales de trata. Ello se evidencia en la denominada "trata feliz" en la cual los tratantes envían de vuelta a sus hogares a las víctimas, satisfechas de su experiencia, para llevar a cabo nuevos reclutamientos.

21 *Id.*

22 Sin embargo, la falta de credibilidad de los datos sobre la trata no disuade a Estados Unidos de evaluar a los países en términos de compromiso con esta lucha.

23 El Informe Global de Naciones Unidas explica que gran parte de la captación para la trata se hace por personas de la misma localidad, que posteriormente venden a la persona a redes de otros países, aunque también puede haber extranjeros involucrados en los países de demanda.

24 Shelley, L., "The Crime of Human Trafficking", *Global Studies Review*, vol. 4(2), 2008.

25 Pastore, F./Monzini, P./Sciortino, G., "Schengens's Soft Underbelly? Irregular Migration and Human Smuggling across Land and Sea Borders to Italy", *International Migration*, n° 44, 2006, pp. 95-119.

También debemos hacernos una pregunta más básica acerca de la relevancia que le damos a los números sobre los procesos penales²⁶. ¿Logran disuadir a otros delincuentes (¿cómo podemos afirmarlo?)? ¿Pueden ser vistos como un signo de la adopción de medidas serias respecto de la protección de las víctimas o también pueden constituirse en una alternativa a hacerlo? Los objetivos expresos del Protocolo son proteger y prevenir, no solo reprimir. La prevención puede requerir y lo hace actividades distintas de la represión (incluyendo la educación, las campañas informativas, la construcción de capacidad institucional y la creación de una conciencia en la sociedad). Misiones de rescate puestas en marcha para salvar a las personas del cautiverio. Agencias que producen folletos con fotos de mujeres jóvenes "en peligro" en Nigeria que aprenden a coser en talleres financiados por fondos para la lucha contra la trata. En las revistas jurídicas de Estados Unidos existe una gran discusión sobre cómo dotar a las víctimas de trata de derechos de compensación. Es difícil evaluar los números sobre la represión y persecución sin tomar en consideración estas actuaciones alternativas. Los bajos índices de personas juzgadas pueden significar un error en las medidas adoptadas o que esa jurisdicción en cuestión tiene una perspectiva diferente a la hora de abordar el problema. Asimismo, pueden ser una señal de débiles o exitosos esfuerzos de prevención. Por otro lado, las formas no penales de lidiar con el problema pueden ser controvertidas. ¿La cifra de inmigrantes repatriados puede ser un criterio válido de medición de la eficacia del Protocolo?

En el ámbito de la cuestión relativa a la persecución de las personas involucradas en la trata también debemos tener en cuenta el papel que cumplen las meta-sanciones –o las sanciones que siguen a otras– utilizadas en contra de los propios Estados ratificantes del Protocolo. En casos extremos, los Estados pueden actuar en connivencia con los criminales²⁷; pero, generalmente, la evaluación del cumplimiento o no del Protocolo se ha vuelto una parte importante del proceso de lo que se ha dado en llamar un "signo de conformidad" a los estándares globales²⁸, estando en juego la participación continuada en las redes comerciales y políticas globales. El objetivo de los acuerdos internacionales tales como el Protocolo de Palermo consiste en enfatizar la presión sobre los Estados para que éstos persigan de una manera más eficiente, sea creando organismos reguladores sea mejorando

26 En la Nota introductoria, Albano escribe sobre la multiplicidad de factores que ayudan a explicar los "bajos niveles de protección y persecución". "Estos factores" –afirma– "incluyen, fundamentalmente, la falta de claridad conceptual, el carácter relativamente "reciente" del Protocolo, el enfoque desproporcionado en combatir la inmigración irregular o el estatus irregular de las víctimas más que la violación de sus derechos humanos; al igual que el mayor énfasis sobre los países de origen y en la oferta de migrantes potenciales más que en los países de demanda y en la demanda de mano de obra migrante con baja cualificación". Asimismo, señala que "mientras que la Persecución hace referencia directa a las herramientas legales, la Protección y la Prevención explícitamente emplean el lenguaje de los derechos humanos, reclamando cambios básicos en relación con la gestión de las migraciones internacionales, el desarrollo social y humano, la movilidad de los trabajadores migrantes y la protección de sus derechos. El olvido de los derechos humanos", p. 2.

27 Cirineo, A./Studnicka, S., "Corruption and Human Trafficking in Brazil: Findings from a Multi-Modal Approach", *European Journal of Criminology*, vol. 7, 2010, pp. 29-44.

28 Nelken, D., "Signaling Conformity: Changing Norms in Japan and China", *Michigan Journal International Law*, vol. 27, 2006, pp. 933-972.

el funcionamiento de los ya existentes. Algunas veces, uno o varios de los países escogidos van a dirigir la promoción del cumplimiento (de acuerdo con sus propias agendas políticas). El ejemplo más obvio es Estados Unidos, aunque (¿o tal vez porque?) se muestre reticente a la hora de firmar documentos internacionales en el ámbito penal. Este país estableció un sistema de monitorización del cumplimiento por otros países basado en una clasificación en cuatro niveles, que tiene consecuencias para los demás países en los presupuestos para la ayuda al desarrollo y los niveles de impuestos imponibles a determinadas inversiones o importaciones extranjeras²⁹. Si se tiene en cuenta el elevado número de personas que son explotadas en maquilas y en otros lugares, una vez más, debemos hacernos la vieja pregunta ¿quién vigila al vigilante?

En suma, la evaluación de los efectos de las iniciativas de derechos humanos es una tarea compleja sobre la cual, además, tenemos demasiada poca experiencia. ¿Para qué sirven los estándares de cumplimiento? ¿Qué resultados son los importantes? ¿De qué forma son importantes? ¿A quién le importan y a quién deberían importarle? Sin embargo, parece acertado concluir que la evaluación de los resultados no puede quedar reducida al número de condenas –afecta a cuestiones mucho más amplias de “buen gobierno”³⁰. Aquellos que más utilizan el Protocolo de Palermo no necesariamente serán los más exitosos a la hora de gestionar los desafíos presentados por la inmigración. Podría decirse que aquellos que invierten más en políticas inclusivas para inmigrantes van a tener una menor inclinación y necesidad de tomar medidas que pueden verse como una vía azarosa de integrar inmigrantes que llegan por medios irregulares³¹.

III. DECONSTRUYENDO EL PROBLEMA DE LA TRATA

Se puede objetar que la evaluación del éxito es una cuestión compleja en relación con cada instrumento o norma legal, y que no hay razón para suponer que es más difícil medir el éxito aquí que en otros lugares. Frente a ello, puede decirse que esta suerte de iniciativas globales son particularmente ambiciosas y que la formulación del Protocolo deja mucho que desear en términos de claridad (basta pensar en el término “explotación” o en los intentos de convertir el “consentimiento” en una cuestión irrelevante). Sin embargo, este artículo no es un ejercicio jurídico de crítica de los términos utilizados por el Protocolo. Desde una

29 Israel es un ejemplo de país que ha sido obligado a mejorar sus actuaciones luego de ser clasificado en el nivel más bajo (Tier 3), por el Trafficking in Persons Report del Departamento de Estado de Estados Unidos en 2001, disponible en www.state.gov/g/tip/rls/tiprpt/2001; vid., Halley, J./Kotiswaran, P./Shamir, H./Thomas, Ch., “From the International to the Local in Feminist Legal Responses to Rape, Prostitution/Sex Work, and Sex Trafficking: Four Studies in Contemporary Governance Feminism”, *Harvard Journal of Law and Gender*, vol. 29, 2006, pp. 335-363.

30 Rosga, A.J./Satterthwaite, M.L., “The Trust in Indicators: Measuring Human Rights”, *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, n° 91, 2008, afirman que “más que confiar en los números, los que utilizan los estándares de cumplimiento deben contemplar los beneficios de este nuevo proyecto, mediante la utilización de los indicadores de derechos humanos como una herramienta de gobernanza global, que permite que los gobernados establezcan alianzas políticas estratégicas con las agencias globales con la finalidad de pedir cuentas a sus gobernantes”.

31 Solivetti, L., *Inmigration, Social Integration and Crime. A cross-national Approach*, Routledge, London, 2010.

perspectiva socio-jurídica, muchas leyes propuestas han tenido éxito en lograr un amplio consenso político precisamente debido al carácter esquivo de los términos. Estos últimos deben tener significados diferentes para personas distintas.

Lo que se está argumentando aquí está relacionado no solo con cuestionar si el Protocolo de Palermo es exitoso, sino qué significa éxito y quién lo define³². Nuestro entendimiento sobre las dificultades de implementación del Protocolo será bastante insustancial si nos limitamos al conjunto de preguntas que pueden ser respondidas por la llamada "criminología administrativa"³³, un acercamiento que retoma una definición ya dada sobre el delito, más que buscar el proceso de definición "en acción". De hecho, muchos de aquellos que intentan lidiar con este fenómeno tan multifacético son los primeros en reconocer que el "problema" no puede "resolverse" cuando es definido en términos de delitos cometidos por organizaciones criminales. En su lugar, la trata debe ser considerada como un "problema social"³⁴. Las campañas en contra de la trata se encuentran en la intersección de un número de cuestiones controvertidas: la pérdida de soberanía de los Estados nacionales, el desplazamiento del poder hacia niveles más altos y más bajos, el aumento de la amenaza de la criminalidad transnacional organizada, la regulación de la inmigración y el trabajo informal, la lucha contra la violencia y la discriminación de las mujeres, el control de la prostitución y el trabajo sexual, el control de las fronteras estatales y la profundización de la distinción entre ciudadanos y meros "habitantes"³⁵. La proscripción de la trata de seres humanos es tanto un aspecto de las fronteras cambiantes (sean políticas, geográficas o morales) como parte de la lucha sobre dichas fronteras.

Una variedad de daños extremadamente trascendentes son provocados por grupos y organizaciones criminales. Sin embargo, es importante destacar que las oportunidades que explotan generalmente están creadas o exacerbadas por la prohibición misma. En nuestro caso, esto se ve claramente en la forma en que la globalización promueve la circulación libre de bienes, pero no de personas. Mientras esto continúe, los delincuentes seguirán comerciando con personas como si fueran bienes. El deseo de migrar –incluso ilegalmente– se ve estimulado por una situación de "anomia" global en la cual un número creciente de personas está culturalmente influido por mensajes sobre los beneficios de la buena vida, pero excluido socialmente de la posibilidad de gozarla.

La lucha contra la criminalidad transnacional no siempre es tan sencilla como usualmente se quiere hacer parecer. Después de la caída del telón de acero, estas organizaciones criminales tomaron el lugar previamente ocupado por los comunistas como

32 Nelken, D., "The "Gap problem" in the Sociology of Law: A Theoretical Review", en *The Windsor Year Book to Access to Justice*, Conklin, W., vol. 1, 1981, pp. 35-61; del mismo autor, "The Meaning of Success in Transnational Legal Transfers", en *The Windsor Year Book to Access to Justice*, vol. 19, 2001, pp. 349-366.

33 Young, J., "Radical Criminology in Britain: the Emergence of a Competing Paradigm", *British Journal of Criminology*, vol. 28(2), 1988, pp. 159-183.

34 Rubington, E./Weinberg, M.S., *The Study of Social Problems: Five Perspectives*, Oxford University Press, New York, 1981; Spector, M./Kitsuse, J., *Constructing Social Problems*, New Brunswick, New Jersey, 2001.

35 Westmarland, L., "Gender abuse and people trafficking", en Muncie, J./Talbot, D./Walters, R., eds., *Crime: Local and Global*, Devon, United Kingdom, pp. 105-136.

amenaza global más importante³⁶. Ofrecieron un enemigo adecuado para el reforzamiento del poder del Estado—la construcción de alianzas políticas y unidades más grandes tales como la Unión Europea, al igual que Estados Unidos—, para liderar iniciativas. La trata puede ser vista como una muestra más de "pánico moral"³⁷, que fue conectada con las actividades de la criminalidad organizada —es interesante la forma en que el colapso del comunismo rápidamente llevó a la preocupación por la llegada de prostitutas que venían de los países que formaban el bloque soviético. El pánico en estos momentos también recurre a temores más profundos acerca de la trata de blancas (donde usualmente los extranjeros eran acusados de secuestrar mujeres de países desarrollados para enviarlas a otros países con fines de prostitución).

Demasiado a menudo, los investigadores o activistas se concentran en "su" parte del delito, excluyendo otras. Sin embargo, puede resultar útil comparar la lucha contra la trata con aquella que fue librada contra otras formas de criminalidad organizada transnacional, en especial porque puede suceder que estos grupos estén involucrados en más de una de estas actividades. Hay, sorprendentemente, debates similares sobre la extensión o la importancia de una variedad de otros delitos transnacionales (incluyendo aquellos que se yuxtaponen con la trata). En el caso de la oferta y el consumo de drogas, hay cuestiones acerca del aumento del problema provocado por la prohibición. Asimismo, en cuanto a la prostitución, hay literatura sofisticada sobre las elecciones políticas entre el prohibicionismo, la legalización o la regulación. Cuando se trata del comercio de partes del cuerpo humano existe un amplio debate acerca de si el crimen en cuestión existe realmente —o, al menos, si merece la relevancia que se le da—. A menudo subyace a la retórica de la guerra contra el crimen un cierto nivel de connivencia. Los gobiernos luchan contra el tráfico de armas —excepto, por supuesto, donde estos están involucrados, directa o indirectamente. Lo mismo puede decirse de la inmigración irregular que provee el contexto para el desarrollo de la trata. Además de las dificultades y los costes reales de solventar las expulsiones, en algunos países hay, en ciertos niveles, la aceptación de la inevitabilidad e, incluso, la utilidad que reportan los inmigrantes. Estos últimos aceptan trabajos que los locales, al igual que los inmigrantes regulares, no quieren seguir haciendo —los bajos salarios que les pagan tienen como función la disminución del sueldo de los demás trabajadores³⁸.

Cuando se trata de explicar la lucha contra la criminalidad transnacional a menudo parece que tenemos que elegir entre dos narrativas contrapuestas³⁹. La primera subraya la noble lucha emprendida por los Estados, agencias intergubernamentales o no gubernamentales y

36 El lugar de amenaza global es compartido actualmente con el terrorismo islámico fundamentalista, por los peligros más difusos contra el medio ambiente.

37 Cohen, S., *Folk Devils and Moral Panics*, 3ª ed., Routledge, London, 2004.

38 Calavita, K., *Inmigrants at the Margins: Law, Race and Exclusion in Southern Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

39 Para una discusión paralela sobre las ventajas y los riesgos de la lucha contra la corrupción como una violación de derechos humanos, vid., Nelken, D., "Corruption and Human Rights: An afterword", en Nelen, H./Boersma, M. eds., *Corruption and Human Rights: interdisciplinary perspectives*, Intl Specialized Book Service Inc., Antwerp, 2010, pp. 241-258.

otros actores no solo para combatir a criminales peligrosos, sino para extender el objetivo y el alcance de los derechos humanos⁴⁰. La segunda narrativa se orienta a mostrar la forma en la cual aquellos que buscan detener los flujos ilegales, de hecho, a menudo, explotan el problema de las víctimas para sus propios intereses⁴¹. La primera narrativa repite obsesivamente que la justicia criminal es territorial, mientras que el crimen organizado no está confinado dentro de los límites nacionales y, por lo tanto, la "colaboración" internacional es la única solución. La visión alternativa insiste en que este reclamo siempre exagera el grado de coordinación actual entre los grupos de criminalidad organizada y minusvalora la forma en la cual lo que ha dado en llamarse "el gobierno a través del crimen globalizado"⁴², de hecho, sirve para mantener el orden a nivel nacional y local⁴³. Para esta postura, los poderes cedidos a quienes tienen que combatir la criminalidad organizada pueden tener efectos perjudiciales sobre los derechos humanos, que son, en cierta medida, tan graves como la amenaza representada por los propios delincuentes.

La literatura que se ocupa específicamente de la trata reproduce estas narrativas contradictorias. La primera historia, contada por aquellos que participaron en la elaboración del Protocolo y que pertenecen a organizaciones que buscan implementarlo, describe la vulnerabilidad de las personas que son forzadas o engañadas (por ejemplo, para que asuman deudas) hacia situaciones donde pueden ser explotadas. Para ellos –al igual que la mayoría de los comentaristas– la trata de seres humanos es un mal terrible, una nueva forma de esclavitud, que forma parte del lado oscuro de la globalización. En la lucha en su contra estamos contribuyendo a una nueva forma emergente de solidaridad global. Tal como lo hubiera descrito la Escuela sociológica de Durkheim, los intereses económicos no pueden garantizar la continuidad de las relaciones sociales en condiciones de incertidumbre⁴⁴. Si los vínculos económicos y los intercambios son actualmente globales, debe haber una base "moral" que haga posible esta interdependencia a nivel global. Los Estados nacionales no están respondiendo solo al desafío a la autoridad propuesto por las empresas criminales transnacionales. Mediante la ayuda a las víctimas de la trata de personas – y también a las víctimas del turismo sexual– se extiende cada vez más la protección de los no-nacionales. La lucha por los derechos humanos de las víctimas de trata es parte de una batalla más amplia sobre los derechos humanos en general.

No obstante, también es posible contar otra historia. Volviendo a Durkheim, podemos utilizar de la misma manera su estudio sobre la solidaridad moderna para afirmar que una

40 Un buen ejemplo es Naim, M., *Illicit: How Smugglers, Traffickers and Copycats are Hijacking the Global Economy*, Anchor Books, New York, 2005, si bien muchas de las contribuciones a este tema tienden a ser sensacionalistas.

41 *Vid.*, Nordstrom, C., *Global Outlaws: Crime, Money and Power in the Contemporary World*, University of California Press, California, 2007; Van Schendel, W./Abraham, I. eds., *Illicit Flows and Criminal Things: State, Borders, and the Other side of Globalization*, Indiana University Press, Indiana, 2005. Sin embargo, esta segunda narrativa tiene escaso apoyo por parte de gobiernos y de ONGs.

42 Findlay, M., *Governing Through Globalised Crime*, Willian Publishing, Cullompton, 2008.

43 Nelken, D., "The Globalization of Crime and Criminal Justice: Prospects and Problems", en Freeman, M. ed., *Law and Opinion at the end of the 20th. Century*, Oxford University Press, Oxford, 1997, pp. 251-279.

44 Durkheim, E., *The Division of Labour in Society* (1883), The Free Press, New York, 1993.

división coercitiva del trabajo nunca puede producir solidaridad. Al igual que las instituciones tales como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional, reformas institucionales que Keynes pensaba que reflejaban "la hermandad de los hombres" (*sic*), en un mundo desigual producen resultados bastante diferentes⁴⁵; la lucha contra la trata hace muy poco por generar una distribución global de las oportunidades vitales más justa. Aun cuando el cruce de fronteras no forma parte esencial de la definición de explotación del Protocolo, muy esporádicamente es esgrimido para referirse a la forma en que los individuos de los países pobres son presionados para entrar en la industria del sexo, maquilas, servicio doméstico o adopciones forzadas.

La lucha contra la trata también puede ser vista como una forma de legitimación (la excepción que confirma la regla) dentro del contexto de las políticas de control de las fronteras de los países desarrollados –tanto en la "fortaleza europea" como en otros lugares. El objetivo de la aplicación de las leyes, especialmente en países económicamente avanzados, está directamente dirigido a acabar con la inmigración irregular más que a asegurar las oportunidades de vida de las víctimas de trata. Asimismo, la implementación del Protocolo está subordinada a la tarea de controlar a las trabajadoras sexuales y reducir la prostitución. En general, los gobiernos rara vez mandan a la policía a evitar o perseguir violaciones de los derechos humanos. Algunos autores todavía van más lejos cuando afirman que los políticos deberían ser vistos como tratantes de mujeres- o, al menos, que están compitiendo con los criminales a la hora de utilizarlas en su propio beneficio⁴⁶. Después de todo, los políticos –y no los grupos organizados- son quienes instruyen a la policía para que devuelvan a las mujeres a los lugares a los que no quieren volver y de los que éstas a menudo han querido mantenerse alejadas o huir⁴⁷.

La posibilidad de que existan estas narrativas contradictorias es parte de la definición del Protocolo, que no colabora con el esclarecimiento de lo que ocurre en el terreno. Desde un punto de vista jurídico, las trabajadoras sexuales o los inmigrantes irregulares pueden ser o no víctimas de trata y la explotación puede requerir o no el desplazamiento individual de un país a otro, o de un lugar a otro. Pero la ley "en acción" tiene dificultades para trazar líneas tan nítidas. Aquellos que son objeto de tráfico como migrantes irregulares voluntarios pueden ser explotados –las mujeres, en especial afrontan un gran riesgo de ser violadas

45 Klein, N., *The Shock Doctrine*, Henry Holt and Co., New York, 2007, p. 163.

46 Agustín, L., *Sex at the Margins: Migration, Labour Markets and the Rescue Industry*, Zed Books, London, 2007; Davies, J., "My name is not Natasha: How Albanian Women in France use Trafficking to Overcome Social Exclusion", Conferencia en *Palermo Workshop on Human Trafficking*, 2009.

47 Dos de las más severas críticas del Protocolo, según Davies, J./Davies, B., "How to use a Trafficked Women: The Alliance between Political and Criminal Trafficking Organisations", *Recherches Sociologiques et Anthropologiques*, vol. 39(1), 2008, p. 128 (117-135), son que "las mujeres víctimas de trata en el Espacio Económico Europeo han demostrado ser beneficiosas para varios actores políticos. La mezcla embriagadora de violencia sexual, erotismo extranjero y criminalidad organizada ha ofrecido los medios adecuados mediante los cuales sancionar leyes y programas alrededor de Europa que sirven convenientemente a varias agendas políticas sobre la inmigración irregular y el sexo de pago. Es tiempo de que esta instrumentalización de las mujeres tratadas sea abiertamente conocida y tomada en cuenta por esos actores políticos, y que el rol de los traficantes "políticos" sea objeto de investigación más profunda".

en algún punto del trayecto-. Entre aquellos que son víctimas de trata, por otra parte, pueden ser las mismas mujeres –más que sus captores– quienes vigilen el acatamiento⁴⁸. El rechazo de algunas mujeres a ser “rescatadas” puede explicarse no solo por el miedo por su integridad o la de sus familias en su lugar de origen, sino también porque retornar a su país de origen puede ser visto, por ellas y por otros, como un fracaso. En algunas circunstancias pueden llegar a obtener beneficios de situaciones muy complicadas, tal como en el caso de las mujeres albanesas traficadas a París, estudiado por Davies, que tuvieron la habilidad de encontrar clientes franceses con los que casarse y mediante ello recobrar el respeto que ellas esperaban de sus parientes y amigos en su lugar de origen⁴⁹.

Debido a la falta de información fiable, cada una de las narrativas que compiten en este plano es capaz de producir o subrayar diferentes hechos respecto de la trata –o, al menos, ofrecer distintas interpretaciones de los mismos-. Puede decirse incluso, que las narrativas producen los hechos, más que vice-versa. Para aquellos que están convencidos de que hay una enorme “cifra negra” de víctimas de trata, la falta de evidencias oficiales para ello demuestra que hay un déficit en las tareas de persecución y represión. El descubrimiento de que en Italia “solo 999 de los permisos fueron concedidos a mujeres nigerianas entre 1998 y 2004”⁵⁰ es la prueba de la necesidad de hacer más y mejor, más que de la escala real del problema. Por el contrario, para aquellos que son escépticos respecto de la entidad del problema, la discrepancia entre los casos estimados y los que fueron realmente descubiertos por la policía es tomada como una prueba contundente de que el problema ha sido inflado desproporcionadamente por quienes tienen intereses y agendas políticas y morales previos. Asimismo, en el Reino Unido se hicieron grandes esfuerzos para combatir el problema de la trata sexual luego de la Operación *Pentameter*, lo cual supuso cientos de redadas a trabajadoras sexuales en un período de seis meses y se descubrieron muy pocos casos⁵¹.

En sitios de Internet, algunas campañas intentan deshabituarse al público sobre los “mitos” acerca de la trata. En ellos se dan razones por las cuales las víctimas de trata a menudo son invisibles, y las razones por las cuales no son capaces de huir de sus captores. Por otro lado, para sus oponentes, el mito que debe deshacerse es que resulta fácil mantener a esclavas sexuales en contra de su voluntad sin ser descubierto, o el de que las víctimas

48 Davies, J., “My name is not Natasha...”, op.cit.

49 *Id.*

50 “Nigeria: Dreams of Freedom...”, op. cit.

51 *Vid.*, el apartado sobre Gran Bretaña en el Informe Global de Naciones Unidas, 2005, op.cit., pp. 241-292, donde se afirma que ha habido entre 2004 y 2007 217 juicios por trata que condujeron a 81 condenas. Sin embargo, se cuenta con escasa información sobre las víctimas. El *Poppy Project* identificó 353 víctimas y la acción policial *Pentameter 2* rescató 255 víctimas de trata sexual y 5 de explotación laboral. Asimismo, Davies, N., “Prostitution and Trafficking –The Anatomy of a Moral Panic”, *The Guardian*, 20/10/2009 y 14/11/2009, arroja algunas dudas sobre esas cifras. Los que están involucrados en este debate, desafortunadamente no hacen referencia a los hallazgos de Munro, V.E., “A tale of two servitudes: Defining and implementing a domestic Response to Trafficking of Women and Prostitution in the UK and Australia”, *Social and Legal Studies*, vol. 14(1), 2005, pp. 91-114, donde la policía en el Reino Unido tiende a utilizar una definición estricta de trata que insiste en la necesidad de probar la falta de consentimiento. De la misma autora, “Stopping Traffic? A Comparative Study of Responses to the Trafficking in Women for Prostitution”, *British Journal of Criminology*, vol. 46(2), 2006, pp. 318-333.

de trata no tienen idea de lo que van a ser obligadas a hacer. Los investigadores que están convencidos de que el problema es serio y creciente solo se basan en informes compilados por aquellos que buscan acabar con la trata o asistir a las víctimas. Pero debido a que las víctimas tienden a ser escurridizas, las entrevistas se hacen generalmente a policías; aquellas víctimas con las que se arreglan para hablar son personas cuya protección depende de la confirmación de la historia oficial sobre cómo ocurrió la trata. Los autores que critican la historia oficial, por otra parte, cuando no apuntan simplemente a la falta de evidencia, lo que hacen son investigaciones etnográficas sobre pequeños grupos de prostitutas o de trabajadoras sexuales, aun cuando esto pueda o no ser representativo de las diversas formas, situaciones y contextos en los que se desenvuelve este fenómeno.

La propia existencia de formas distintas de responder a la trata ayuda a conformar "el problema" porque las políticas de represión moldean "los hechos" disponibles para nosotros. Las agencias intergubernamentales tales como la Organización Internacional del Trabajo proponen una serie de criterios para establecer qué casos cuentan como un ejemplo de trata⁵². Sin embargo, otras agencias implementan el Protocolo de acuerdo con diferentes ideas acerca de cómo tiene lugar la trata. Algunos policías del Reino Unido son escépticos respecto de las historias de los tratantes porque ellos creen que quienes se dedican al tráfico de inmigrantes irregulares les dicen a estos últimos que deben responder que son víctimas de trata, es decir, que han migrado en contra de su voluntad. Tenga o no sustento, esta creencia afecta al número de casos que consideran como de "trata real". Aun cuando los hechos estén probados, todavía hay lugar para un debate sobre el fondo. Imaginen que un país descubre 52 casos de trata por año, ¿es ésta una cifra relevante para justificar la inversión en la persecución y los esfuerzos a expensas de otras prioridades?

Entender los contextos en los cuales las historias sobre la desviación se producen, los propósitos y el público para las que se diseñan, proveen una clave para comprender cuáles son los aspectos enfatizados y por qué⁵³. Quienes están encargados a perseguir la trata o implementar el Protocolo están obligados a asumir que existe un problema. Por ello, intentan explicar el déficit en los resultados en términos de dificultades prácticas, tales como los límites de la ley y los demás instrumentos disponibles, la falta de recursos, en especial, pero no solo, en los países más pobres. No sería beneficioso que tales agencias admitieran ciertos tipos de complicaciones; aquellos que deben vivir con constreñimientos políticos saben que no les conviene protestar en voz alta. Por otra parte, en otros contextos, en tanto no amenace sus atribuciones, los mismos actores sociales pueden ser muy radicales en enfatizar el rol de los intereses políticos y económicos a la hora de darle forma al problema. La Organización Internacional del Trabajo, por ejemplo, de manera honesta ha reconocido la forma en que la globalización ha demolido las barreras del comercio, pero genera más dificultades para la inmigración. Este organismo argumenta que mientras la demanda de productos, costes

52 International Labour Organisation, *Report of the Director General: The Cost of Coercion*, 2009, disponible en http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/98thSession/ReportsubmittedtotheConference/WCMS_106230/lang--en/index.htm

53 *Vid.*, Nelken, D., "Corruption in the European Union", en Bull, M./Newell, J., eds., *Corruption and Scandal in Contemporary Politics*, Macmillan, London, 2003, pp. 220-233.

laborales y servicios baratos se mantenga elevada, habrá explotación de los desprotegidos, empleo informal, habitualmente ilegal, y la violación de los derechos de los trabajadores migrantes⁵⁴.

Muchos de los que se encuentran involucrados en la lucha contra la trata reconocen la relevancia del entorno más amplio de desigualdades sociales, económicas y políticas, tal como hace hincapié la segunda narrativa. Algunas organizaciones involucradas en dar respuesta a la trata desconfían de la asunción "oficial" de un contraste nítido entre inmigración legal e ilegal y por ello ponen el término "criminal" entre paréntesis cuando se refieren a la inmigración ilegal⁵⁵. (De todos modos, resulta interesante que esto no sucede en el caso de la trata). De la misma manera, los jueces italianos especializados en redactar la ley anti-trata se han tomado muy seriamente este problema. Pero advierten contra la tendencia a asumir que siempre es posible brindar protección a las "víctimas perfectas", y enfatizan que la aplicación de ésta o cualquiera otra ley no es suficiente⁵⁶ por sí misma. Para ellos, se necesita una "revolución cultural" mediante la cual los inmigrantes sean vistos como seres humanos con necesidades y no como criminales. Pero todas estas agencias argumentan que todo cambio tiene que empezar por algún lado y consideran sus esfuerzos para detener la trata como una contribución a la voluntad más amplia de crear un mundo más justo. Sus oponentes, por otro lado, apuntan a los peligros que resultan de la propia lucha contra la trata.

La existencia de estas pretensiones compitiendo entre sí sobre el "problema" constituye una parte esencial de lo que significa decir que la trata es un "problema social". Lo mismo es aplicable a cualquier "solución" propuesta, puesto que esto, obviamente, depende de la definición del "problema". ¿Qué prioridad debería darse a la educación, prevención, protección o persecución? ¿La propuesta de crear una nueva forma de permiso temporal de trabajo que facilite la migración circular es parte de la solución o parte del problema? La explicación acerca de la alegada falta de "éxito" debe por tanto ir más allá de la discusión de por qué el Protocolo todavía no ha sido completamente implementado. Lo que un grupo verá como una laguna que los aplicadores deben cerrar, otros lo verán como un límite necesario más allá del cual sería impropio actuar⁵⁷. Mejorar el resultado del Protocolo de Palermo no debería ser considerado una mera cuestión técnica de ingeniería social, porque esto significa que perdemos de vista la cuestión de quién se beneficia o quién pierde con cualquier tipo de intervención.

Los acuerdos internacionales normalmente tienen que disimular las diferencias entre quienes promueven la acción. Las discrepancias sobre el "significado real" de tales acuerdos

54 International Labour Organisation, *Report of the Director General: The Cost of Coercion*, op.cit.

55 Tal como afirma Albano, los Protocolos contra la Trata y el Tráfico están diseñados en virtud de la dicotomía entre la inmigración irregular forzada o consentida. Se asume que las personas objeto de trata no consintieron y por lo tanto son vistas como "víctimas" o "supervivientes", mientras que las personas objeto de tráfico son consideradas como sujetos que voluntariamente se involucran en la empresa "criminal"; si bien ambos Protocolos estipulan que en ninguno de estos casos los inmigrantes puedan ser criminalizados en virtud del carácter irregular de su entrada.

56 Giammarinaro, M.G., "Trafficking in Human Beings and its Impact on Court Proceedings" (artículo no publicado, presentado en *Austrian Judges Week: The Judiciary and Human Rights*, Moselebauer, 21-25 de mayo de 2007).

57 Nelken, "The 'Gap Problem'", op.cit.

es probable que sean frecuentes y constantes. Un gran número de grupos (que forman a veces alianzas políticas sorprendentes, como entre feministas y algunos fundamentalistas religiosos) estuvieron y siguen estando involucrados en el debate sobre el problema de la trata – incluyendo los diferentes Estados signatarios, políticos, funcionarios públicos, tribunales y fuerzas del orden, trabajadores sociales, grupos de defensa de los derechos de las mujeres, grupos religiosos de presión y religiones u otras asociaciones de beneficencia, los medios de comunicación y los diferentes sectores de la industria del sexo. Todos ellos tienen que ser considerados cuando se intenta explicar la dificultad de encontrar e implementar soluciones. Porque las agencias involucradas en el tratamiento del problema de la trata tienen cada una de ellas su propio mandato, puede ser útil interrogarse sobre quién está construyendo este problema, cuándo, por qué y cómo. También necesitamos distinguir los diferentes niveles local, nacional y supranacional, donde tiene lugar la construcción de problemas globalizados, así como los diferentes factores relevantes en cada contexto local.

Muchos de los que se preocupan por la inmigración y los derechos laborales, por ejemplo, se quejan de que la forma habitual de aproximarse a la implementación del Protocolo se centra desproporcionadamente en los países de origen y la oferta de migrantes potenciales, más que en admitir la fuerte demanda de fuerza de trabajo de baja cualificación en los países de destino y la necesidad de elevar los estándares de las condiciones laborales de estos trabajadores. Los que se preocupan por los derechos de las mujeres pueden tener agendas diferentes. En el proceso de negociación del Protocolo, según está bien documentado⁵⁸, CATW (Coalition against Trafficking in Women International)⁵⁹ argumentaba que toda prostitución es violencia (el punto de vista denominado "estructural"), mientras que GAATW (Global Alliance against Traffic in Women)⁶⁰ insistía en la necesidad de que los derechos de las trabajadoras sexuales se mantuvieran separados del sexo coactivo (el punto de vista denominado "agencia").

Los intentos de implementar el Protocolo se enfrentan a la concurrencia de intereses nacionales, por ejemplo entre Estados de demanda, tránsito y oferta. Los países pobres "de oferta" pueden tener un (inconfesado) interés en las remesas que envían a casa también los migrantes ilegales⁶¹, mientras que los países "de demanda" pueden no querer aceptar que tienen un interés en tener mujeres disponibles para el sexo comercial o para el servicio doméstico, niños extranjeros disponibles para la adopción, o migrantes irregulares para usar como fuerza de trabajo barata. La influencia de estos intereses es particularmente importante en situaciones extremas, como cuando los Estados de origen experimentan la

58 Warren, K., "The 2000 UN Human Trafficking Protocol: Rights, Enforcement, Vulnerabilities", en Goodale, M./Merry, S., eds., *The Practice of Human Rights. Tracking Law Between the Global and the Local*, 2007, pp. 247-260.

59 Vid. catwinternational.org.

60 Vid. www.gaatw.org.

61 Por ejemplo, de acuerdo con el Informe Global de Naciones Unidas, op.cit., pp. 105-106, en un importante país de oferta como Nigeria se identificaron en 2004-2006 2,329 víctimas de trata, pero solo fueron procesados ocho individuos (el número aumenta a 40 a finales de 2008), y en comparación con los países de demanda una elevada proporción de estos se clasifica como explotación laboral.

presión demográfica de jóvenes, o como resultado de los peligros, la pobreza y el desempleo, debidos a un conflicto o a una situación inmediatamente posterior a un conflicto.

Las cuestiones relativas a intereses y valores a menudo ofrecen la clave de resultados aplicativos⁶². La lucha contra la trata de temporeros en Turquía se interrumpió cuando el gobierno se dio cuenta de que podía comprometer el funcionamiento de su industria turística. En Líbano fue la Iglesia Católica la que insistió en que los clubs cambiaran a sus bailarinas cada seis meses (contribuyendo así a alimentar la demanda de inmigración ilegal, incluyendo mujeres objeto de trata) por temor a que los parroquianos pudieran estrechar lazos con ellas⁶³. Pero puede que no sea siempre fácil percibir los intereses involucrados, incluso para las personas concernidas. Permitir un gran número de inmigrantes irregulares puede contribuir a mantener los salarios bajos en un país – pero también puede estimular una reacción política. Las personas ajenas pueden insistir en que quienes son objeto de trata están siendo explotados. Pero algunas de las víctimas pueden aferrarse a la esperanza de convertirse algún día en empleadores, poseyendo su propia tienda, o controlando un grupo de prostitutas.

Las diferencias entre las dos narrativas relativas al problema de la trata que hemos descrito no son fáciles de superar. Pero puede que valga la pena buscar una zona común. El fortalecimiento de los derechos humanos puede ser a veces un pobre sustituto del cambio económico y político, pero, en un mundo injusto, hay que hacer a veces elecciones difíciles, que requieren dejar a un lado la amplia cuestión de las desigualdades existentes para poder hacer frente a casos extremos de explotación. Sin embargo, es importante reconocer que las respuestas legales y políticas a casos extremos de trata pueden no adaptarse bien al tratamiento de tipos de casos más habituales y ambiguos. Deberíamos resistir la tentación de obtener nuestros objetivos creando la ilusión de que hay fronteras morales más definidas de las que de hecho existen.

No es suficiente asumir que la aplicación de los instrumentos de derechos humanos será positiva porque eso es lo que persiguen. Como nos recuerda David Kennedy, un destacado jurista internacional "progresista" de Harvard, en algunos lugares la implementación de los derechos humanos puede dotar de más eficacia a un Estado represivo y cooptar a sectores de la sociedad civil que de otra forma se opondrían. Los argumentos de los derechos humanos han sido utilizados para fortalecer, defender, y legitimar una variedad de iniciativas represivas – para justificar la guerra, defender la pena de muerte, los derechos de las mayorías, la represión religiosa, el acceso (o la restricción) al aborto, etc. De particular importancia para nuestros propósitos, Kennedy insiste en que tal y como funciona actualmente, el movimiento pro derechos humanos puede hacer mucho para sacar las cuestiones relativas a la distribución de oportunidades vitales de las agendas de desarrollo nacionales e internacionales. Afirma que este movimiento a menudo hace oídos sordos a las consecuencias específicamente

62 Por ejemplo, los usos diferentes del Protocolo en los Países Bajos y Suecia se han considerado fruto de dos posiciones feministas opuestas en cuanto a la trata, vid. Halley y otros, supra nota 28, pp. 396-397.

63 Comunicación personal de la Profesora Cindy Smith, una investigadora americana en temas de trata (26 de abril de 2009).

políticas de su actividad en ciertas localidades, partiendo de la asunción equivocada de que un poco más de derechos humanos nunca puede empeorar las cosas⁶⁴.

Algunos autores y activistas feministas (que utilizan el movimiento anti trata como ilustración de lo que llaman Feminismo de la Gobernanza) piensan que los puntos señalados por Kennedy también son de aplicación aquí. Argumentan que "en este momento sentimos que una preocupación por los logros normativos (envío de mensajes, hacer visible la violación o la violencia sexual, cambiar los corazones y las mentes en las élites y los pueblos) y un imaginario legal en el que la prohibición "para" o "pone punto final" a conductas dañinas para las mujeres – o descriminalizarlas para liberarlas y dar un objetivo a su capacidad de agencia- anima a los proyectos del Feminismo de la Gobernanza que estamos estudiando y los aleja de cierta actitud pragmática y del interés en las complejas consecuencias distributivas que pretendemos traer a nuestro campo"⁶⁵.

Sus estudios de casos de lucha contra la trata en lugares tan diferentes como la India e Israel sugiere que "el resultado, al menos hasta ahora, no es "acabar con la prostitución" en Israel y la India, sino reordenar las micro-inversiones de poder localmente". Los autores argumentan que están "trabajando, metodológicamente, por un nuevo realismo legal que anticiparía las formas complejas en las que los entes jurídicos hacen frente a sociedades complejas", y se quejan de que "la relación compleja y altamente contingente entre la ley en los libros y la ley en acción – y la multitud de formas en que se puede diseñar el sistema legal, sin poder controlar su relación- parece estar al margen del objetivo de las preocupaciones feministas. La alegación feminista que imagina que la prohibición supone "parar" o "terminar" con la violencia sexual y/o con la explotación comercial de las trabajadoras sexuales pone entre paréntesis todas las contingencias sociales que nuestro análisis legal realista y crítico sacaría a la luz. Por ejemplo, las consecuencias posiblemente malas y no deseadas de las reglas resultantes parece que está al margen de las preocupaciones feministas"⁶⁶.

IV. LA CULTURA LEGAL Y LA IMPLEMENTACIÓN DEL PROTOCOLO DE PALERMO

Hemos visto hasta ahora que los intereses económicos, políticos e ideológicos han dado forma, y sin duda seguirán haciéndolo, a las respuestas que se dan al problema de la trata de seres humanos. ¿Pero también podemos decir que cada país tiene su propio modelo de implementación, como sugiere el concepto de cultura legal⁶⁷? Si en efecto

64 Kennedy, D., *The Dark Side of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*, Princeton University Press, New Jersey, 2004, p. 34.

65 Halley, J. *et al.*, "From the International...", *op.cit.*, p. 421.

66 *Id.*, p. 420.

67 La definición amplia de cultura legal utilizada aquí es una forma de describir tendencias relativamente estables de comportamiento y actitudes sociales orientados legalmente. Los elementos identificadores de la cultura legal se extienden desde hechos sobre instituciones, como el número y el papel de los abogados o las formas en que son nombrados y controlados los jueces, a distintas formas de conducta como los índices de judicialización y prisionización, y, en el otro extremo, aspectos más nebulosos de ideas, valores, aspiraciones y mentalidades. Como la pro-

existen tales diferencias, ¿qué se debería hacer al respecto? Desde un punto de vista esas diferencias suponen un obstáculo que ha de ser superado a través de la armonización y la cooperación. Uno de los objetivos del Protocolo era producir una mayor convergencia entre las definiciones legales de la trata para armonizar su implementación en diferentes jurisdicciones. Por otro lado, puede argumentarse que la implementación ha de ser de hecho diferente si los contextos y los desafíos lo son. Y puede haber un valor intrínseco en buscar garantizar la diversidad política, legal y cultural, incluso si conduce a resultados distintos. De hecho, este es el objetivo buscado por otros acuerdos legales internacionales.

Algunos profesionales con larga experiencia en este campo escriben como si la "mejor práctica" no conociera fronteras culturales⁶⁸. Ningún país, dicen, puede pretender tener una experiencia genuina y extensa en la lucha contra la trata como fenómeno criminal. Muchos Estados están desarrollando y adaptando sus respuestas penales durante la marcha, a menudo bajo una fuerte presión política, y básicamente por medio de ensayo y error. Mientras la comunicación entre las agencias nacionales dedicadas a la persecución criminal está mejorando en este tema, todavía hay muy poca cooperación o fertilización cruzada de ideas a través de las fronteras nacionales. Las agencias, de esta forma, siguen ofreciendo consejos generales válidos con carácter universal sobre cómo dar una respuesta penal efectiva contra la trata. Posiblemente, sin embargo, primero debamos entender las especificidades de las culturas legales antes de poder superarlas – especialmente cuando esas diferencias también afectan la manera en la que las recomendaciones supuestamente interculturales son interpretadas y seguidas. Los investigadores (re)descubren con cierta regularidad que los países hacen uso de los acuerdos internacionales de conformidad con la forma nacional de entenderlos, de manera local, a menudo con objetivos fundamentalmente locales más que de colaboración.

Intentar comprender este "conocimiento local" no es solo algo que puede despertar la curiosidad del observador académico. También forma parte de la tarea diaria de las agencias, policía, fiscalía, trabajadores sociales u otros que tienen que predecir lo que harán los demás, o explicar sus propias prácticas cuando pretenden colaborar con otras jurisdicciones⁶⁹. Cualquiera que trabaje como parte de una administración estatal o de una organización no gubernamental sabe que lo que sucede en la práctica puede variar de lugar a lugar e, incluso, según el momento. No necesariamente se tratará un asunto de la misma manera que otro

pia cultura, la cultura legal trata de quiénes somos, no solo de lo que hacemos (vid. Nelken, "Using the Concept...", op. cit.). Más sobre la discusión en torno a este término en Nelken, D., ed., *Comparing Legal Cultures*, Aldershot, Dartmouth, 1997; Nelken, D./Feest, J., eds., *Adapting Legal Cultures*, Hart Publishing, Oxford, 2001, y específicamente sobre por qué este término es preferible a otros como sistema legal, tradición jurídica, mentalidad legal, o ideología jurídica, vid. Nelken, D., "Rethinking Legal Culture", en Freeman, M., ed., *Law and Sociology* 2006, pp. 200, 208-211.

68 Gallagher, A.T./Holmes, P., "Developing an Effective Criminal Justice Response to Trafficking in Persons: Lessons from the Front Line", *International Criminal Justice Review*, 18(3), 2008, pp. 318-343, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1292563>.

69 Vid. Ross, J.E., "Impediments to Transnational Cooperation in Undercover Policing: A Comparative Study of the United States and Italy", *American Journal of Comparative Law*, n°3, 2004, pp. 569-624; Ross, J.E., "The Place of Covert Policing in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany", *American Journal of Comparative Law*, n° 3, 2007, pp. 493-579.

en apariencia similar, la misma cuestión será abordada de forma diferente en uno u otro papel legal y por una persona en comparación con otras. Las "organizaciones informales" raramente se corresponden exactamente con lo prescrito por las reglas y los roles oficiales. En nuestro caso todo esto es incluso más importante porque el Protocolo de Palermo permite una considerable discreción a la hora de definir términos clave como "consentimiento" o "explotación".

El uso que se hace de esa discreción se evidencia en la investigación empírica sobre la "ley aplicada" en diferentes jurisdicciones. Vanessa Munro ha mostrado que, desde un principio, Australia fue uno de los Estados parte más restrictivos a la hora de permitir a los migrantes irregulares quedarse en el país (e incluyó una reserva explícita en el Protocolo permitiendo la retirada en el caso de que su implementación llevara a un aumento de la inmigración). Además, Munro descubrió que la policía de Nueva Gales del Sur aprovechó la oportunidad de aumentar su vigilancia de las trabajadoras sexuales legalmente reconocidas mientras buscaba víctimas de trata⁷⁰. Por el contrario, Italia, a lo largo del tiempo, se ha ido convirtiendo en uno de los Estados parte menos restrictivos. Los Países Bajos representan un término medio; se concede a las víctimas de trata la residencia temporal pero se espera que colaboren con las autoridades dedicadas a la persecución penal⁷¹.

Sea lo que sea lo que diga la regla formal, la "ley aplicada" de lo que la policía hace de hecho en su papel de órgano de persecución penal puede ser también sorprendentemente similar en las diversas jurisdicciones. Munro, de nuevo, nos dice que no es solo en el Reino Unido donde la policía exige una prueba (más que confiar en una presunción) de la falta de consentimiento; incluso en Italia, donde la normativa anti-trata pone un énfasis exclusivo en la explotación, se mantiene entre los oficiales una reluctancia de fondo a abandonar por completo la cuestión del consentimiento. Un oficial de policía con experiencia, de Roma, que fue entrevistado por Munro, mencionó reiteradamente la necesidad de descubrir a las "verdaderas víctimas de trata", en oposición a aquellas que, pese a haber sido explotadas, todavía disponían de cierto grado de agencia. Explicaba que "tienes que probar que has sido objeto de trata – gente que ha venido involuntariamente y ha ejercido la prostitución involuntariamente, sin quererlo, te han forzado, te han amenazado"⁷².

La "ley en acción" es una compleja combinación de diferencias locales en los principios, reglas y procedimientos vigentes de la "ley en los libros"⁷³, así como las tendencias que existen actualmente en la forma en que esas diferencias tienen lugar, se usan como justificaciones y excusas, o se esquivan, en las "reglas de trabajo" de la práctica diaria. Pero, además, y de forma crucial para nuestro objetivo, la ley en acción también está conformada por la cultura

70 Munro, V.E., "A tale of two servitudes...", *op.cit.*, pp. 109 ss.

71 *Id.* en pp. 330-331.

72 *Id.* en p. 331.

73 Al intentar predecir el resultado de la lucha contra la trata, puede ser interesante, por ejemplo, ver cómo las intervenciones que inspira interactúan con otros derechos y obligaciones legales, como las que afectan a los contratos de arrendamiento en las zonas de prostitución, la capacidad de negociación de los trabajadores sexuales sindicalizados o los intentos de reducir la difusión del SIDA (Halley y otros, *supra* nota 28, en p. 416).

legal y por la cultura en general. Por ello es probable que exista una fuerte relación entre los estilos de control migratorio⁷⁴ y las formas de implementación de la lucha contra la trata. Las diferencias en la cultura legal pueden ayudar a dar sentido al hecho de que los países de demanda que se muestran más abiertos a la hora de autorizar o gravar con impuestos la prostitución, como los Países Bajos y Alemania, parecen ser los menos predispuestos a ayudar a las víctimas de trata a permanecer en el país. Puesto que los sistemas legales de diferentes países reflejan diferentes asunciones y prioridades culturales, no deberíamos esperar que implementen el Protocolo de la misma manera. Las críticas de un país o agencia respecto de otro u otra a menudo reflejan esas diferentes asunciones y prioridades. Mientras que los abogados y jueces pueden considerar que su tarea es intentar "resolver" tales diferencias por medio de debates acerca de lo que la ley de hecho exige, el observador académico puede estar igualmente interesado en ellas en tanto que claves a efectos descriptivos y explicativos, por ejemplo sugiriendo que la actitud de Suecia sobre la demanda de prostitución puede explicar su relación menos que entusiasta con el Protocolo de Palermo.

Para los interesados en utilizar la cultura legal como explicación de los distintos resultados de la implementación puede ser útil distinguir entre cultura legal "interna" y "externa" – especialmente allí donde la cuestión afecta a la relación entre la ley y el cambio social⁷⁵. La "cultura legal interna" se refiere a las ideas y comportamientos de quienes trabajan dentro de la ley, como el personal de policía, los abogados o los jueces. La "cultura legal externa", por otro lado, apunta a las presiones que soporta la ley procedentes de la sociedad más amplia, e incluye lo que la gente normal espera de la ley y si confían o no en las instituciones legales. En nuestro caso, por ejemplo, las diferencias en la cultura legal externa, tales como la disposición a confiar en la policía, juegan claramente un papel importante a la hora de explicar si las personas objeto de trata reciben o no ayuda de las instituciones legales incluso en el país de destino.

El término "cultura legal" puede apuntar a un cierto número de otros contrastes que tienen que ser tenidos en cuenta si queremos comprender las diferencias en la aplicación del Protocolo. Puede ser útil saberlo, en algunos sitios. Es la propia policía quien hace política y actúa como portavoz respecto del tratamiento de los problemas relativos al crimen transnacional, mientras que en otros lugares esto se deja a los fiscales, jueces – e incluso a los políticos. Cuando hay que interpretar el significado de la cultura legal puede ser importante tener en cuenta que "aplicación" no es un término de fácil traducción local en todos los lenguajes. La misma variabilidad cultural se predica de casi todas las palabras empleadas, explícita o implícitamente, cuando se escribe sobre trata de seres humanos, como derechos, seguridad, víctimas, explotación, consentimiento, crimen organizado – o cualquier otra palabra en el esperanto del Derecho internacional y de las organizaciones de derechos humanos.

Algunos Estados pueden firmar acuerdos internacionales sin hacer demasiado para implementarlos. Pero la cultura legal también caracteriza los delicados detalles de la aplicación

74 Favell, A., *Philosophies of Integration: Immigration and the idea of Integration in France and Britain*, Palgrave, London, 1998.

75 Friedman, L.M., "The Concept of Legal Culture: A Reply", en *Comparing Legal Cultures*, op.cit., p. 34.

o no aplicación. Tómese, por ejemplo, Moldavia – uno de los países más pobres de Europa, muy dependiente de la ayuda estadounidense. Las dificultades que aquí se encuentran a la hora de tratar con delincuentes organizados son en parte el resultado de la inexistencia de una legislación específica para tratar con este tipo de criminales y un tipo de procedimiento criminal que incluye cierta resistencia al uso de informantes, así como reluctancia a permitir conformidades, que se consideran una conducta poco ética. Al mismo tiempo, sin embargo, parece que la policía a menudo está aliada con los traficantes, los casos iniciados contra los criminales duran años, los jueces se dice que a menudo sienten poca simpatía por tales casos y los traficantes, en el mejor de los casos, reciben condenas cortas de prisión. Incluso oficiales importantes que se ocupan de la trata, que han recibido premios por su trabajo, puede resultar que actúen de acuerdo con los traficantes, habiendo poca presión interna para exigirles responsabilidades⁷⁶.

Cuando se discute el papel de la cultura legal, el caso italiano resulta ser de particular interés (y no solo porque el Protocolo haya sido firmado en Italia). Algunos de los representantes italianos en el seminario de Palermo de 2009 – en especial un fiscal con considerable experiencia en el manejo de casos de delincuencia organizada⁷⁷, así como jueces que trabajan con organizaciones internacionales, señalaron que Italia era de hecho uno de los países más avanzados en la interpretación y aplicación del Protocolo. Según alegaban, comparado con otros muchos países europeos, hay un elevado nivel de enjuiciamiento y un relativamente alto número de mujeres que solicitan y reciben protección. Se argumentó que países como Suecia, con la reputación de ser progresistas en temas como los derechos de la mujer, tienen un registro mucho peor en esta cuestión⁷⁸. Parece razonable preguntarse, pues, qué condiciones hacen posible el (relativo) éxito de Italia aquí, y qué papel juega la cultura legal en ello⁷⁹.

Estas preguntas son tanto más interesantes cuanto que con lo que sabemos de la cultura legal italiana hubiéramos predicho un resultado bastante diferente. Después de todo, Italia es uno de los países que más tiempo se toma en Europa a la hora de alinearse con la Unión Europea o con las directrices internacionales⁸⁰. Además, apuntando más específicamente al tipo de protección legal que está en el punto de mira del Protocolo, el sistema penal italiano no está muy orientado a la víctima, y su movimiento de apoyo a las víctimas no está tan bien desarrollado como en otros países occidentales. En parte como resultado de la influencia de la cultura católica, en Italia a menudo se espera que las víctimas "perdonen" más que pedir

76 Finnegan, W., "The CounterTraffickers...", op.cit.

77 Giusto Sciacchitano, Fiscal Nacional Anti-Mafia, Directorio Nacional Anti-Mafia, Italia, discurso no publicado en el seminario de Palermo.

78 De hecho, de acuerdo con el Informe Global de Naciones Unidas, op.cit., p. 284, entre 2003 y 2006, las autoridades suecas identificaron 50 personas sospechosas de trata y consiguieron 11 condenas. En 2008, no obstante, se nos dice que el gobierno lanzó un "plan de acción".

79 En relación con esto, ¿cuánto pueden aprender otros lugares de Italia o en qué medida pueden tomarla como modelo a imitar?

80 Nelken, D., "Normalising Time: European integration and Court delays in Italy", en Petersen, H./Krunke, H./Kjaer, A.L./Rask Madsen, M. eds., *Paradoxes of European Integration*, Ashgate, London, 2008, p. 299.

venganza. En relación con ello, en cuanto que "sociedad estatalizada", el castigo se considera algo que ha de imponerse en cuanto "interés general" por "el Estado". Por el contrario, en muchos países protestantes, con su idea "liberal" (protestante) del Estado, las víctimas son colocadas en un pedestal en cuanto representantes de la "comunidad" en cuya defensa – como víctimas potenciales o actuales – el Estado/gobierno justifica su existencia⁸¹.

Como siempre, sin embargo, los criterios para decidir qué cuenta como éxito son discutibles. En 2006, el *Future Group*, una organización humanitaria canadiense dedicada a combatir la trata de seres humanos y el comercio sexual de menores, elaboró un ranking de ocho naciones industrializadas según los resultados obtenidos a la hora de combatir la trata. Canadá recibió una puntuación F, el Reino Unido D, mientras que los Estados Unidos obtuvieron B+ y Australia, Noruega, Suecia, Alemania e Italia solo recibieron B o B-⁸². Podría argumentarse que sea cual sea la protección ofrecida por la "ley en abstracto"⁸³, simplemente no es verdad que Italia sea en la práctica más activa a la hora de aplicar el Protocolo que otros países. Debido a las dificultades propias de las estadísticas criminales italianas⁸⁴, así como la ausencia de datos comparables entre diversos países, no podemos estar seguros de cómo cotejar los datos de Italia con los de otros Estados. Aunque el fiscal antimafia subrayó en el seminario de Palermo que recibía poca colaboración de Nigeria y Suecia, no quiso comparar los logros de Italia con los de Alemania o los Países Bajos⁸⁵. Tampoco destaca Italia como una historia particularmente exitosa si la comparamos con España, su vecino mediterráneo (con "problemas" similares de fronteras de difícil control)⁸⁶.

81 Nelken, D., "Telling Difference: Of Crime and Criminal Justice in Italy", en Nelken, D., ed., *Contrasting Criminal Justice*, 2000, Sage, London, pp. 233-264.

82 *Future Group, Falling Short Of The Mark: An International Study On the Treatment of Human Trafficking Victims, 2006*, disponible en <http://www.oas.org/atip/canada/Fallingshortofthemark.pdf>. Los Estados Unidos podrían recibir una calificación distinta si tuviéramos en cuenta la inmigración ilegal masiva procedente de México – o China – y los miles de mexicanos muertos en la frontera.

83 Hay cierta confusión en los datos de Italia que se recogen en el Informe Global de Naciones Unidas, op.cit. Se nos dice que entre 2003 y 2007 hubo 594 arrestos por trata de personas (Codice penale [Código penal italiano]), pero también se nos informa de que hasta 972 personas fueron imputadas por el mismo delito. La fuente de la primera estadística es la Oficina Anti-Mafia, y de la segunda, la Dirección Central de la Política Anti-Crimen. Como señala el informe, Italia no tiene "una base de datos central". Id. en p. 258. El informe también señala que, además de los procesamientos por trata, hubo 2297 procesamientos por reducir a otros a la esclavitud (artículo 600 del Código penal) y 268 por tráfico de esclavos. Pero dice que hay una cierta superposición entre el número de criminales imputados por más de uno de estos artículos del código penal (id. en p. 258). Elocuentemente, no se ofrece información alguna sobre el número de condenas efectivas.

84 Sciacchitano, discurso no publicado, *supra* nota 76.

85 Las cifras de Alemania (solo la República Federal y Berlín), en el Informe de Naciones Unidas 2003-2007 (id. en p. 253) indican que se identificaron 4,313 víctimas y hubo 597 condenas, la mayoría imponiendo prisión de uno a cinco años en casi todos los casos por trata para la explotación sexual. En lo que respecta a los Países Bajos, se nos dice (id. en p. 267) que las autoridades han localizado 1,664 (posibles) víctimas entre 2003 y 2006, pero que (id. en p. 266) sobre esta base el Estado ha conseguido 709 procesamientos y 357 condenas.

86 De acuerdo con el Informe Global de Naciones Unidas, op.cit. España, sobre la base de una legislación penal anterior al Protocolo, consiguió hasta 2008 identificar un mayor número de víctimas (en una población que es dos tercios de la italiana). Sumando las cifras ofrecidas para los años 2003-2008 se obtiene un total de 12,411 (id. en p. 283); de 2003 a 2007 fueron arrestados un total de 6,126 sospechosos, tres cuartas partes de ellos por trata con fines de explotación sexual (id. en p. 282).

Incluso aunque Italia no tenga un número relativamente elevado de causas, hay algunas razones por las que podemos suponer que la cifra de personas que son traficadas a Italia – en sí una función del número de migrantes ilegales – es mucho más elevado que en otros países con los que se podría comparar. En primer lugar está el poder ejercido por los cuatro grupos criminales organizados y la batalla que se está llevando a cabo contra ellos. En segundo lugar está la posición geográfica de Italia, con una costa expuesta y la proximidad a África, y el elevado nivel de economía informal escasamente regulada, así como la demanda de trabajadores ilegales – en los sectores agrícolas e industriales y para el negocio sexual. La aplicación de las leyes contra la explotación de las prostitutas, por ejemplo, se ha caracterizado por un elevado nivel de "tolerancia" *de facto*, lo que hace difícil saber cuántas mujeres son víctimas de trata.

Si todos estos factores apuntan a que Italia tiene un número relativamente elevado de víctimas de trata entonces no debería sorprender (ni debería suponer un mayor mérito) que Italia tenga más oportunidades de aplicar el Protocolo. Un gran número de órdenes de protección podría considerarse una prueba de las dificultades experimentadas a la hora de prevenir que estos casos lleguen allí en primer lugar. Si lo que estamos midiendo es la actividad dirigida más ampliamente a la prevención de la inmigración ilegal y la protección de los inmigrantes, así como la regulación del trabajo sexual, entonces el escaso número de casos de víctimas de trata protegidas en Suecia se abre a otra interpretación. Suecia tiene pocos casos porque confía en la persecución de los clientes de las prostitutas (una elección que el Reino Unido está intentado copiar ilegalizando la compra de sexo si la prostituta resulta estar retenida contra su voluntad). Por el contrario, hay todas las razones del mundo para dudar de que la respuesta italiana a las víctimas de trata haya hecho mucho, si es que ha hecho algo, para ayudar a introducir formas más "racionales" de regular la inmigración o el trabajo sexual en general.

No obstante, sería equivocado simplemente "rechazar" las afirmaciones de que Italia está siendo especialmente efectiva a la hora de manejar casos de trata. La legislación y las decisiones judiciales italianas sí parecen ser generosas a la hora de definir la trata, por ejemplo ofreciendo protección a las víctimas incluso aunque no quieran prestar testimonio contra los traficantes⁸⁷. Los preceptos legales en vigor permiten que las víctimas soliciten el permiso de residencia permanente tras 21 meses si han encontrado empleo. El hecho de que el Protocolo fuera firmado en Palermo (así como la presencia de un cierto número de importantes ONGs e intergubernamentales en su territorio) pueden haber dado a Italia un cierto sentido de "propiedad" sobre esta lucha. El hecho de que haya más crimen organizado en Italia que en muchos otros países europeos ha hecho que el sistema penal tenga más experiencia a la hora de manejarlo.

87 El Informe Global de Naciones Unidas, *op.cit.*, p. 260 explica que las víctimas pueden elegir la vía judicial o la social y habla de 950 víctimas extranjeras a las que se ha dado permiso de residencia en Italia "por motivos sociales". También destaca, de forma excepcional, que la asistencia social y los programas de integración para víctimas de trata son responsabilidad del Ministerio de Igualdad.

La preocupación por las víctimas se ha ido convirtiendo cada vez más en la justificación de la aplicación del Derecho penal en países cuyas culturales legales están más influenciadas por el individualismo liberal, el protestantismo, y el *Common Law*. Pero estos efectos son menos directos cuando se habla de víctimas extranjeras de trata que se consideran en cierta manera responsables de su propia situación. Italia, por el contrario, es un país con un relativamente elevado nivel de tolerancia de la ambigüedad. Quienes tratan con casos del crimen organizado han desarrollado una cierta actitud (a veces controvertida) hacia los colaboradores procedentes de las filas de este tipo de criminalidad – los denominados *pentiti*. Así, justamente porque vengar a la víctima no es en Italia la justificación del castigo, puede haber más propensión a proteger víctimas "imperfectas". El fuerte impulso de la Iglesia Católica así como de los grupos que trabajan con gente marginal es también relevante en lo que respecta a la ayuda prestada a este tipo de víctimas, incluso en ausencia de un fuerte movimiento de ayuda a las víctimas en el sistema penal en general.

Otros aspectos debatibles y debatidos, más generales, de la cultura legal italiana podrían también ser relevantes aquí. El grado de independencia del gobierno que disfrutan y piden los jueces y fiscales en Italia puede suponer problemas a la hora de coordinar la política de aplicación del Derecho penal – y, según sus oponentes, contribuye a la inestabilidad política. Pero porque los jueces a menudo se encuentran con que tienen que sustituir a los políticos a la hora de enfrentarse a problemas sociales endémicos⁸⁸ (y no solo a la hora de enfrentarse a la corrupción política), esto puede dejarles las manos más libres en asuntos de política social que a los jueces de otras jurisdicciones. Así, jueces y fiscales puede extender la protección a estas víctimas en particular, incluso aunque se trate de una medida no muy popular en el gobierno o en la opinión pública – quienes son más propensos normalmente a acabar con todo lo conectado con la inmigración ilegal.

Debido a que la perspectiva italiana de la ley y el proceso se basa relativamente más en los derechos de lo que es pragmática, las leyes basadas en los derechos humanos son tomadas más en serio que en países más pragmáticos (aunque no deberíamos olvidar que los jueces italianos también pueden ser muy "pragmáticos" en su uso actual de la ley en la persecución de sus ideas e ideales). Si los procedimientos legales italianos están afectados por retrasos esto facilita que se permitan "períodos de reflexión" decentes de forma que las víctimas de trata puedan superar sus traumas y decidir qué hacer a continuación. Lo que es una desventaja en un sentido puede ser una ventaja en otro.

Pese a sus posibilidades, no obstante, deberíamos tener cuidado y no usar el término "cultural legal" como si fuera inevitablemente la variable crucial que explicará tendencias (o déficits) de aplicación. Algunas veces "cultura" no es más que un nombre para lo que en sí mismo tiene que ser explicado a través de otros aspectos del contexto social en el cual se encuentran esas tendencias de comportamiento relacionado legalmente con las actitudes⁸⁹. Si estamos intentando utilizar el término para explicar lo que ocurre en un país, agencia o

88 Los italianos se refieren a esto como el que denominan papel de *supplenza* de los jueces.

89 Nelken, D., "Using the Concept...", op.cit.; Nelken, D., "Defining and Using the Concept of Legal Culture", en Orucu, E./Nelken, D., eds., *Comparative Law: A Handbook*, Hart, Oxford, 2007, p. 109.

institución dado, tenemos que tener cuidado y no decir que *deben* actuar como lo hacen debido a su cultura legal – y todavía menos podemos asumir que tienen que seguir actuando de esa forma en un futuro previsible. Al igual que el término cultura en sí mismo considerado, si no se hace así puede llevar a una tautología del tipo "¿por qué los japoneses hacen lo que hacen? ¡Porque son japoneses!".

Como insisten cada vez más los antropólogos, la cultura no es determinante, unitaria o inamovible. La cultura cambia a lo largo del tiempo y a veces el cambio se busca activamente. La redacción de leyes, al igual que la actividad de los legisladores, presupone que las prácticas sociales no son fijas, y los denominados "trasplantes legales" – que suponen procesos de préstamo, imitación o imposición – siempre han jugado un papel relevante en el desarrollo de los sistemas legales. Las culturas no tienen fronteras herméticas, y con la globalización, las presiones hacia la convergencia y otras tendencias transnacionales pueden difuminar fácilmente las diferencias entre lugares. Las culturas son raras veces tan coherentes como dicen ser. Hasta cierto punto al menos, los actores sociales pueden elegir cómo hacer uso de su(s) cultura(s). Así que tenemos que ser precavidos cuando invocamos – o invocan – la cultura – o la cultura legal – para explicar o justificar la actuación adoptada. La cuestión siempre tiene que ser por qué se producen – y reproducen –, y por parte de quién, ciertos patrones actitudinales y comportamentales.

También tenemos que relacionar la cultura legal con la cultura más en general⁹⁰. En el caso de muchas normas internacionales propuestas existe una considerable discusión sobre las diferencias culturales – al igual que sobre el derecho a tales diferencias, por ejemplo, en la idea de la específica diferencia que suponen los "valores asiáticos". Es interesante, no obstante, que la lucha contra la trata de seres humanos parece haber conseguido al menos la adhesión formal de un número muy amplio de países con pocos intentos de tratar esto como un derecho humano de corte específicamente occidental. De hecho, algunos de los autores que describen la situación en África se encuentran entre los que más francamente se refieren a los costes humanos de la trata⁹¹. Otros van más allá para mostrar que los tipos de conducta que se dan en (casi) todos los tipos de trata que intentan prevenir actualmente las convenciones internacionales están también condenados estrictamente por el Islam⁹².

Las diferencias culturales generales se manifiestan en los métodos de aplicación. Por ejemplo, las culturas más "pragmáticas", como los países anglo-americanos del *Common Law*, a menudo tienen una actitud frente a la ley y el procedimiento legal que está más orientada a la política o es más "instrumental" de lo que se encuentra en países menos

90 El término "cultura legal externa" puede considerarse como una forma de concebir una correa de transmisión de la cultura más amplia a la cultura legal.

91 Falola, T./Afolabi, N., *The Human cost of African migrations*, Routledge, London, 2007.

92 Pero Mohamed Mattar, un destacado experto en trata de seres humanos, que también es musulmán, admite igualmente que hay importantes diferencias entre los suníes y los chiíes en relación con el matrimonio temporal y el matrimonio de niños pre-púberes. Considera que estas prácticas tan extendidas son el resultado de la ley tribal o una interpretación errónea de los principios coránicos. Vid. Mattar, M.Y., "Trafficking in Presons: An Annotated Legal Bibliography Delineating Five Years of Development 2005-2009", *Protection Project Journal Humans Rights Et Civil Society*, 2, 2009, p. 154.

pragmáticos⁹³. Pero otros tipos de sociedades, así como organizaciones intergubernamentales y ONG, pueden elegir en cualquier momento tratar la ley de esta forma. Y esta actitud hacia la cultura legal puede estar haciéndose cada vez más influyente en general, como parte de la extensión de la cultural (legal) angloamericana. Los déficits de aplicación que se apuntan no son accidentales, sino que se relacionan con una variedad de prácticas sociales o culturales más o menos arraigadas – en los países de oferta, tránsito y demanda – que ofrecen las condiciones que pueden facilitar la trata.

En algunos de los países de oferta de Asia y África, por ejemplo, existen prácticas más o menos institucionalizadas que pueden acabar derivando en trata. Aquí cabe incluir trabajos forzados en la agricultura y otros sectores, trabajo doméstico forzado, prostitución organizada – tanto para turistas extranjeros como para locales, violencia de género y discriminación, trabajo infantil, secuestro de novias, la entrega en matrimonio de mujeres muy jóvenes, el envío de jóvenes para su educación o para que adquieran experiencia laboral y que luego son obligados a ganarse el sustento pidiendo limosna o peor. Las remesas que consiguen enviar a casa representan una parte importante de la economía local. En los países de demanda, por el contrario, las prácticas que pueden ser más importantes incluyen la mercantilización de sexo y trabajo, el deseo de importar cualquier cosa, desde "huérfanos" para su adopción a órganos corporales, y la asunción de que todo se puede obtener por un precio – más las justificaciones culturales locales relativas a la creación de una clase de inmigrantes "no-personas"⁹⁴.

Por otro lado, no deberíamos asumir que la comprensión de la cultura más amplia siempre nos permitirá leer el carácter de su cultura legal. En particular en las sociedades industrialmente menos desarrolladas, pero no solo en ellas, tenemos que estar atentos a las muchas situaciones de pluralismo legal en las que la ley estatal compite con órdenes normativos rivales, que a menudo encapsulan una aproximación diferente al orden social sobre la base de otras lealtades y principios. Pero incluso en Estados relativamente homogéneos la tarea asignada a la ley estatal puede ser la de distinguirse o actuar como contraste de la cultura ordinaria, por ejemplo privilegiando las relaciones escritas sobre las orales, operando con diferentes esquemas temporales, o en general sosteniendo ideas e ideales que no están (todavía) arraigadas en la práctica diaria en el conjunto de la sociedad. En tales sociedades – o en sus partes – los actores a menudo hablan de batallas por la "cultura de la legalidad". El grado en el que se supone que la ley es – o consigue ser – relativamente autónoma de la economía y la política es en sí una de las variables culturales legales que tiene que ser mejor entendida. En el *Common Law* puede que haya relaciones más abiertas y aceptadas entre la ley y las necesidades de la economía, pero en el mundo de la Europa continental el emparejamiento más obvio (si bien a menudo marcado por problemas de delimitación) se da entre la ley y la política. En otros entornos, la cultura religiosa puede ser el factor más

93 Aunque las culturas pragmáticas pueden no llegar a apreciar que el propio pragmatismo puede tener sus límites y el pragmatismo no puede decirles cuándo no ser pragmáticos, vid. Nelken, D., "Comparative Criminal Justice: Beyond Ethnocentrism and Relativism", *European Journal of Criminology*, 6, 2009, p. 291.

94 Dal Lago, A., *Non persone: L'esclusione dei migranti in una società globale*, Giangiaco Feltrinelli Ed., Milano, 1999.

relevante que hay que investigar y el derecho nada más que una de sus manifestaciones.

También hay que tener en mente otros problemas derivados del uso del término "cultura legal"⁹⁵. Uno de los más importantes tiene que ver con cómo decidir la "unidad" o el nivel de cultura en el cual centrar la atención. Las diferencias culturales más amplias (en cuestiones económicas, religiosas, de familia o sexuales), inevitablemente conforman lo que se considera dañino y lo que puede y debe hacerse al respecto. Pero estas diferencias no están limitadas a – y no siempre coinciden con – las fronteras entre jurisdicciones nacionales. La gama de referencias sobre el término "cultura legal" va bastante más allá del mero Estado nación, como se ve en el uso de frases como "cultura legal moderna", "cultura legal occidental", cultura(s) legal(es) islámica(s) o "culturas judiciales locales". Pero también se relaciona con lo que ocurre a un nivel inferior. En el nivel subestatal de la trata, por ejemplo, tenemos que considerar la actuación de las regiones y municipios cuando zonifican y en otras intervenciones⁹⁶. De acuerdo con los críticos del término, esta plétora de referencias es lo que hace que el término resulte poco plausible y sujeto a un argumento circular⁹⁷.

Por otro lado, podría argumentarse, usando como ejemplo el Protocolo de Palermo, que precisamente lo que se necesita es mapear esa multiplicidad a nivel transnacional, nacional y local. Cuando estas distintas unidades "culturales" responden al problema de la trata, ellas mismas cambian a lo largo del proceso. Cuando se pretende entender las culturales legales implicadas en la respuesta a la trata no es suficiente centrarse en una nación estado en sí misma considerada. Cuando barcos italianos interceptan (o no) los botes que traen migrantes ilegales o cuando Italia firma acuerdos de reciprocidad para parar la inmigración con Libia o los países del Magreb, ello tiene implicaciones para otros países europeos. Y a la inversa, lo que Italia puede y no puede hacer depende de la actuación de otros países o agrupaciones de países.

Hay, por ejemplo, importantes contrastes generales entre las formas en las que los Estados Unidos y la UE se ocupan de delitos transnacionales como el tráfico ilegal de drogas. Cuando trata con países exportadores de droga en América latina, los Estados Unidos tienden a ver el problema como una amenaza "externa" a su moral, que se ha de enfrentar con una visión militar – o de estilo militar – incluso cuando ello puede crear inestabilidad política. La Unión Europea, por otra parte, adopta una aproximación orientada al desarrollo que gira en torno a crear alternativas a la necesidad local de depender de las ganancias procedentes de la droga – incluso cuando esta aproximación puede irse a pique fácilmente en situaciones de inestabilidad política y militar⁹⁸. Tales diferencias pueden tener paralelismos cuando la cuestión es enfrentarse a la trata. Si queremos promover una mejor colaboración entre los EE.UU y los países europeos es esencial ser conscientes de estas distintas perspectivas.

95 Nelken, "Defining and Using the Concept of Legal Culture", op.cit.

96 Carchedi, F./Stridbeck, U./Atola, V., *Lo Zoning possibile. Governance della prostituzione e della tratta delle donne. Il caso di Venezia*, Stoccolm ed Amsterdam, 2008.

97 Cotterrell, "The Concept of Legal Culture", en *Comparing Legal Cultures*, op.cit., p. 13.

98 Fukumi, S., *Cocaine Trafficking in Latin America: EU and US Policy Response*, Ashgate, New York, 2009.

V. CONCLUSIÓN

Este artículo ha pretendido responder a la cuestión de cómo y en qué medida pueden ser relevantes las diferencias en la cultura legal a la hora de explicar la forma en que se está aplicando (y no aplicando) en la práctica el Protocolo de Palermo sobre trata de seres humanos. En la primera parte de la exposición se aceptó, con fines argumentativos, que lo que tenía que entenderse era la infra-ejecución y la limitada aplicación del Protocolo. Se prestó atención a cuál podría ser la explicación criminológica de ello. El artículo prosiguió centrándose en cuestionar este punto de partida, argumentando la necesidad de examinar la trata como problema social. Desde esta perspectiva, las alegaciones relativas al éxito o al fracaso de la lucha contra la trata han de ser entendidas como parte de la lucha por una particular (y particularizada) lectura del Protocolo. La última sección examina los puntos fuertes y débiles del uso del concepto de cultura legal al intentar entender las diferentes respuestas nacionales y de las agencias al Protocolo y las dificultades que esto puede causar en lo que respecta a la colaboración internacional.

La principal reivindicación de este artículo es que, si bien, la referencia a la cultura legal puede ayudar a entender cómo se comportan lugares distintos a la hora de aplicar el Protocolo, también necesitamos relacionar esto con la forma en que se construye el "problema" de la trata tanto a nivel local como internacional. La dificultad, por ejemplo, a la hora de resolver la controversia sobre el número de casos de trata (así como de decidir los recursos que se han de dedicar a combatirla) no es meramente técnica. También es el reflejo de diferentes ideas sobre lo que constituye "el problema". Estas ideas son el fruto tanto de proyectos e intereses políticos (las estadísticas penales como constructos políticos)⁹⁹ como de diferencias sobre cómo funciona la cultura legal¹⁰⁰. Los diferentes enfoques de la trata, de esta forma, producen y justifican distintas estimaciones del tamaño o la gravedad del problema, puesto que son el resultado de las pruebas que están disponibles. Esto, por supuesto, no solo es verdad en relación con el problema de la trata de personas. El hecho de que no solo es aplicable a este "problema social global" en particular o a la correspondiente "receta global" puede considerarse una fortaleza de este argumento. Esta discusión sobre la trata de personas puede tomarse como un estudio de caso con implicaciones más amplias. Sugiere que sea cual sea el "problema" que se discuta, necesitamos una investigación empírica cuidadosa sobre las diferencias que se mantienen en relación con intereses y valores que se ven ocultados por aparentes acuerdos globales.

Para asegurar el respeto al derecho internacional tenemos que ir más allá de la fase de la firma y ratificación de los instrumentos legales, y explorar la forma en que las diferencias entre culturas legales forman parte de una lucha más amplia relativa a intereses y valores. Si ello es esencial cuando pretendemos describir y explicar el resultado de cualquier reforma

99 Von Hofer, H., "Prison Populations as Political Constructs: the Case of Finland, Holland and Sweden", *Journal Scandinavian Studies in Criminology & Crime Prevention*, 4, 2003, p. 21.

100 Como se ve no solo en la aplicación nacional diferencial del Protocolo sino también en la disponibilidad diferencial de los tipos de información sobre la aplicación del protocolo (por ejemplo, entre Alemania e Italia).

legal, lo es todavía más cuando nos encontramos ante instrumentos legales que pretenden modelar el comportamiento a lo largo de todo el globo. No basta aplicar normas universales basadas en el objetivo de extender los derechos humanos para que los resultados sean automáticamente positivos. Por otro lado, esta no es una argumentación a favor de la inacción ante la injusticia. Demostrar que los problemas "se construyen" socialmente no significa que no exista el "problema", que no se puedan desarrollar "soluciones" o que una aproximación es tan buena como cualquier otra¹⁰¹. Ideas y prácticas locales dadas pueden, en ciertas circunstancias, ser en su caso transformadas, y este, por supuesto, es a menudo el objetivo expreso de las iniciativas internacionales.

101 Dentro de la literatura sobre "problemas sociales" hay quienes argumentan que no puede haber nada más que "reivindicaciones" rebatibles sobre tales problemas, vid. Nelken, D., "Immigrant Beach Selling along the Italian Adriatic Coast: De-Constructing a Social Problem", en Ponsaers, P./Lippens, R., eds., *Crime, Law & Social Change*, 2007, pp. 297, 302 ss.