

LA PROTECCIÓN CUANDO SE TRATA DE TRATA EN EL ESTADO ESPAÑOL

Ruth M. Mestre i Mestre*

La trata de seres humanos es una de las violaciones más graves de derechos humanos vinculada a la globalización y a pesar de una toma de conciencia internacional, las respuestas que se dan son insuficientes, equivocadas e injustas. Este trabajo propone una mirada al contexto europeo en el que se inserta la respuesta del estado español a la trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Analiza las limitaciones de los enfoques trafiquista (sobre las migraciones internacionales) y abolicionista (respecto del trabajo sexual), que en el estado español complican la protección efectiva de las mujeres víctimas de trata.

Palabras claves: Trata de seres humanos; Abolicionismo; Trafiquismo; Derechos de las mujeres; Trabajo sexual.

La trata de seres humanos¹ se ha convertido en una de las principales preocupaciones a nivel internacional, y una de las violaciones más graves de derechos humanos vinculada a la globalización. Se habla así de esclavitud del siglo XXI y del surgimiento de nuevas formas de servidumbre y sufrimiento humano. La globalización ha supuesto un incremento sin precedentes de la movilidad de servicios y personas a través de las fronteras,

* Profesora titular de filosofía del derecho de la Universitat de Valencia, miembro del Institut de drets humans de la misma Universidad y coordinadora de la Clínica de derechos humanos de la facultat de dret (UVEG). Sus áreas de investigación incluyen la teoría feminista del derecho, la igualdad, las migraciones internacionales, la ciudadanía, los derechos de las mujeres, los derechos sexuales o el trabajo sexual. Entre sus publicaciones más recientes: R. M. Mestre (coord.). *Mujeres, derechos y ciudadanía*. Tirant lo Blanch, 2008; R. M. Mestre y M. López. *Derechos de ciudadanía para trabajadoras y trabajadores del sexo*. Tirant lo Blanch, 2007; R. M. Mestre: "Trabajo sexual, igualdad y reconocimiento de derechos" en R. Serra (coord.): *Prostitución y trata. Marco jurídico y régimen de derechos*, Tirant lo Blanch 2007. Institut de drets humans-UVEG. Valencia/España.

¹ Trabajo realizado en el marco de los proyectos Consolider Ingenio 2010 – El tiempo de los derechos (CSD 2008-00007) y "Multiculturalidad, género y derecho-2" (DER 2009-08297).

pero en un marco de desregularización extrema que ha aumentado la vulnerabilidad humana precisamente en esos intercambios.

Para hacer frente a esta nueva precariedad se firmaron en 2000 los dos protocolos de Palermo que complementan la Convención de N.U. contra la delincuencia organizada transnacional: el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire. Según estos protocolos, el tráfico ilícito de migrantes hace referencia a la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un estado del que no es nacional o residente permanente con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio financiero u otro beneficio material. Es decir, se cruza una frontera irregularmente pero el movimiento migratorio es voluntario y algunas personas se benefician económicamente de ese movimiento irregular. La trata, en cambio, es la captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. El protocolo señala que esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos. No estamos, por tanto, ante una violación de una norma administrativa sobre la entrada en un país o el cruce de una frontera estatal, sino ante una violación grave de derechos humanos y a pesar de las similitudes entre ambas situaciones hay un rasgo diferenciador clave: los fines de explotación de la trata.

A pesar de esta toma de conciencia generalizada, las respuestas que se dan desde nuestras latitudes son insuficientes, equivocadas e injustas. En este trabajo propongo una mirada rápida al contexto europeo en el que se inserta la respuesta del estado español a la trata de seres humanos con fines de explotación sexual. La respuesta normativa española es bastante compleja por la cantidad de normas, la contradicción entre ellas y el ritmo de las modificaciones: la última reforma se ha producido el día 17 de julio, mientras escribía este trabajo... Termino con una introducción a la nueva directiva europea sobre la trata y los posibles nuevos horizontes que plantea.

1. La trata preocupa a Europa...

En materia de política migratoria común, la prioridad de la Unión Europea desde los años '90 ha consistido en controlar los flujos migratorios y las fronteras, de tal forma que obsesionada por combatir el tráfico ilícito de migrantes la UE confunde constantemente la trata y el tráfico. Es como si Palermo no estuviera en Europa. En ambos casos se produce un cruce de frontera en cierto modo ilegal; en ambos casos, personas de otros lugares pasan a residir irregularmente en el estado de recepción; en ambos casos, su actividad económica se desarrolla al margen del control estatal. Esta *parte coincidente* es la que más ha preocupado, la parte del tráfico que comparte la trata y de ahí que se haya respondido normativamente con una única medida²: un permiso de residencia condicionado a la denuncia del autor o autores del tráfico (pero no de la explotación). Y sin embargo, el informe del Grupo de expertos sobre la trata de seres humanos de la Comisión Europea ya indicaba en 2004 la necesidad ofrecer respuestas a la trata desde una perspectiva de derechos humanos, combatiendo la explotación y las situaciones de esclavitud, con independencia de cómo ha llegado una persona a encontrarse en esa situación de explotación e irregularidad.

La política de la UE prioriza claramente una política de control de fronteras, condicionando la protección a la denuncia significativa, alterando así la lógica de los derechos. Además, el plazo de reflexión establecido de un mes es inapropiado: el mismo informe de expertos proponía al menos 3 meses en los casos de trata para tomar una decisión informada acerca de la denuncia y sus consecuencias (testificar en causa la penal, el estatuto de protección durante y después del juicio...). Me parece que la respuesta jurídica que demos a la trata no puede poner en peligro de nuevo a la persona tratada, ni puede consistir en una nueva violación de sus derechos (por ejemplo, mediante su expulsión que supondría una denegación de tutela judicial efectiva), y en ese sentido las políticas europeas desarrolladas hasta el momento son poco respetuosas con los derechos de las personas tratadas a lo largo del proceso de detección, identificación, denuncia y protección.

En el seno del Consejo de Europa, que siempre ha estado más ocupado y preocupado por los derechos humanos, las cosas son diferentes. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha señalado la necesidad de revisar legislaciones internas para efectivamente proteger

² Directiva 2004/81/CE del Consejo de 29 de Abril relativa a la expedición de un permiso de residencia a las víctimas de trata y a las víctimas de tráfico que denuncien

contra la esclavitud, la servidumbre y prácticas análogas prohibidas por el art. 4 del Convenio (Caso Siliadin contra Francia, 2005); y ha incluido la trata entre las conductas prohibidas por el artículo 4 y señalado además que determinadas políticas migratorias pueden de hecho promover la trata de seres humanos en lugar de impedirlo (Ranstev vs Chipre y Rusia, 2010).

En el caso Siliadin contra Francia el TEDH actualizó las definiciones de servidumbre y esclavitud, vinculándolas a formas de explotación contemporánea. Se trataba de una menor togolesa que había estado trabajando como doméstica durante 4 años para un matrimonio francés sin recibir a cambio una retribución suficiente, ni escolarización, ni documentación francesa. El tribunal europeo entendió que la menor había sido sometida a un estado de servidumbre y que la legislación penal francesa no tipificaba ni la servidumbre ni la esclavitud, de modo que el estado francés no había estado en condiciones de proteger a S. Siliadin frente a la esclavitud y la servidumbre, incumpliendo así sus obligaciones (el art. 4 del Convenio Europeo de derechos humanos prohíbe la esclavitud y prácticas análogas y la servidumbre). Podría argumentarse que de hecho Siliadin fue víctima de trata, con fines de explotación laboral en el servicio doméstico, pero el TEDH limita su análisis al concepto de esclavitud y servidumbre sin preocuparse por la parte del tráfico implícito en la trata: para el TEDH lo relevante es el resultado de explotación y no entra a analizar el modo en que la menor fue introducida en Francia.

Cinco años más tarde, el TEDH vincula el art. 4 a la trata en el caso Rantsev contra Chipre y Rusia (2010). El tribunal señala que la política migratoria de Chipre respecto al reclutamiento de trabajadoras extranjeras para la hostelería y los espectáculos constituye de hecho un mecanismo favorecedor de la trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Del mismo modo, encuentra que Chipre viola sus obligaciones positivas en este caso por no haber protegido adecuadamente a O. Ratseva de una detención ilegal y por no haber investigado adecuadamente su asesinato por parte de la red de trata de la que fue víctima. Además, la policía chipriota no supo reconocer los indicios de trata y habría sido cómplice necesario para la realización del delito. Creo que lo más importante es señalar que el TEDH entiende en Ratsev que la trata está incluida en el art.4 y por tanto las políticas migratorias estatales pueden necesitar ser revisadas para proteger adecuadamente y cumplir con las obligaciones del CEDH.

Por último, también en el seno del Consejo de Europa se ha elaborado el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos (2005), que

recoge una definición muy semejante a la del protocolo de Palermo y explícitamente dice que se aplicará a todas las formas de trata, nacionales e internacionales, es decir, cubre también los casos de trata que se dan en el seno de la UE en los que formalmente no se atraviesan fronteras. El Convenio define la trata como la combinación de tres elementos: la *acción*, que sería la parte estrictamente coincidente con el tráfico, esto es, el traslado; el *modo*, es decir, mediante fuerza, coacción...; y el *propósito*, que es la explotación y señala que en el contexto de la trata, sólo el tercer elemento es determinante. Así, considera víctimas de trata tanto a personas que entraron o permanecen en situación regular como irregular en un estado, es decir, se centra en los resultados de explotación y no en el tráfico. Los derechos reconocidos son amplios y no quedan condicionados a la denuncia efectiva, sino al reconocimiento de la situación de víctima de una persona. De hecho, el Convenio señala que la investigación de los hechos no puede quedar supeditada a la denuncia y que el estado debe, de oficio, investigar este tipo de delitos.

El convenio establece un mecanismo de control o evaluación, compuesto por el GRETA (Grupo de expertos en la lucha contra la trata de seres humanos) y el Comité de las partes. El primer informe GRETA (2006) denunció la reticencia de los estados a reconocer que la trata y la migración irregular son problemas diferentes, el hecho de que los estados de la Unión estén preocupados casi exclusivamente por el control de las fronteras y el excesivo énfasis en el problema de la trata con fines de explotación sexual. El informe señala que es decisivo el tratamiento que se da a las trabajadoras sexuales. La respuesta a la pregunta sobre el estatuto del trabajo sexual (si es trabajo o es explotación siempre) constituye uno de los debates más vivos en estos momentos en el seno de las políticas (y las feministas) en Europa y en el estado español.

Creo que las lecciones a aprender son sencillas: desde una perspectiva de derechos humanos la respuesta debería (1) centrarse en la explotación, (2) garantizar derechos a lo largo de todo el proceso con independencia de que la víctima denuncie o testifique, (3) reconocer por parte de los estados las obligaciones mínimas de prevención, investigación y castigo de la trata e (4) integrar esas medidas en una acción internacional.

2. La respuesta desde el estado español

En 2009 el estado español se dotó de dos instrumentos fundamentales en la lucha contra la trata. Con anterioridad a 2009 había tomado medidas de lucha contra el tráfico y la trata, en la línea de la Directiva de 2004.

Sin embargo en 2009 los esfuerzos por establecer instrumentos efectivos se hacen más evidentes mediante la aprobación del “Plan nacional contra la trata con fines de explotación sexual” (Gobierno de España, mayo 2009) y la reforma de la ley de extranjería (LO 10/2009 de 11 diciembre). Como consecuencia de esta última, en 2011 se reforma el reglamento de extranjería (Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009), que desarrolla el procedimiento a seguir en casos de trata y se reforma de nuevo la ley de extranjería en lo relativo a la violencia contra las mujeres y a la trata (LO 10/2011 de 17 de julio). La complejidad normativa relativa a la trata en el estado español es considerable y tiene como ejes, a mi entender, el enfoque trafiquista (respecto de las migraciones internacionales) y la postura abolicionista (respecto del trabajo sexual).

2.1 Trafiquismo y abolicionismo

El trafiquismo es un enfoque que rechaza o criminaliza toda migración autónoma reconduciéndola a la noción de tráfico: toda migración no autorizada por el estado de recepción es rechazada y considerada tráfico.³ La Unión Europea organiza, de un lado, la migración económica ordenada destinada a un mercado laboral altamente masculinizado; de otro, la reagrupación familiar de las esposas de los trabajadores migrantes en su función de cuidadoras. Las vías diferenciadas de acceso al territorio y a los derechos que hombres y mujeres migrantes utilizan tienen que ver con cómo hemos organizado las relaciones entre los sexos en los estados de destino: las mujeres y los trabajos de las mujeres bien son una excepción que confirma la regla (servicio doméstico), bien se generizan y domestican y no se consideran trabajos (reagrupación familiar), bien se excluyen de cualquier tipo de reconocimiento y consideración como trabajo o aportación (trabajo sexual). En ese sentido, las migraciones femeninas están más expuestas al tráfico (y al enfoque trafiquista) en la medida en que son más autónomas (menos dirigidas por los intereses del estado de recepción).

Por otro lado, el estado español ha adoptado, *grosso modo*, políticas abolicionistas en lo referente al trabajo sexual. El abolicionismo es una política y una respuesta normativa que entiende que la prostitución es la

³ AZIZE, Yamila. “Empujar fronteras: mujeres y migración internacional desde América Latina”; CASAL, Marta; MESTRE, Ruth. “Migraciones femeninas”.

quintaesencia del dominio de los hombres sobre las mujeres. Adoptando la retórica de la esclavitud, aspira a abolir la esclavitud sexual de las mujeres mediante la persecución de los responsables de la existencia de mujeres prostituidas: los prostituyentes. Los prostituyentes son los empresarios, los clientes y quienes hagan posible el comercio sexual; las mujeres son víctimas siempre pues no es posible consentir a la esclavitud. Respecto de las mujeres, no hay una política abolicionista clara, más allá del rescate y la *reinserción* en trabajos igualmente generizados pero peor pagados. En el estado español se penaliza el beneficio económico resultante de la prostitución ajena, con independencia de que la mujer consienta: por ejemplo, están prohibidos los anuncios de servicios sexuales en los periódicos y es imposible ser empresario de un prostíbulo como tal. Trabajar como autónoma en la industria del sexo no está perseguido (ni regulado) y por eso los empresarios lo son de *Clubes de alterne*: las trabajadoras son chicas de alterne pero trabajadoras del sexo autónomas; así, ellos no son responsables de sus derechos laborales y pueden escapar de la posible infracción penal de enriquecerse de la prostitución ajena, en una carambola jurídica casi imposible. El consumo de sexo de pago no está perseguido ni penalizado.

Cuando se trata de mujeres migrantes los dos principales problemas que surgen de esta concepción son, de un lado, la imposibilidad e regularizar la situación administrativa (obtener los papeles) puesto que no hay empleador ni contrato de trabajo; por otro, como en cualquier caso aparecen vinculadas a los empresarios en contratos irregulares, verbales o de "alterne", es más difícil detectar las situaciones de irregularidad y trata. Cuando no hay estándar de derechos laborales, todo está igual de bien o igual de mal. Si hubiese estándares, las irregularidades saltarían a la vista. Pero el estado español ha decidido ser en gran medida abolicionista a pesar de ser una política contraria a los derechos de las mujeres⁴, como tan claramente se ve al analizar los problemas de la trata.

El *Plan integral de lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual* (2009) ha sido el resultado más tangible de los trabajos de la Comisión mixta del congreso y el senado con la Ponencia sobre la situación de la prostitución en nuestro país (marzo 2007). El informe de la ponencia se limitó a señalar que la prostitución es violencia contra las mujeres, y esta es la visión del plan: el sexo como un campo de ejercicio de prácticas de dominio masculino que ha de ser regulado

⁴ Para más información, vid: LÓPEZ, Magdalena; MESTRE, Ruth. *Trabajo sexual: reconocer derechos*; MESTRE, Ruth. "Trabajo sexual, igualdad y reconocimiento de derechos"; MAQUEDA, María Luisa. *Prostitución, feminismos y derecho*; IDEM. *El tráfico sexual de personas*.

con detalle para que la libertad sexual no sea una excusa para preservar relaciones violentas. Esto que puede ser un fin legítimo, se hace a costa de reducir el concepto de trata puesto que, obsesionado con el sexo, sólo va dirigido a las víctimas de trata con fines de explotación sexual. Como si Siliaindin no hubiese tenido efecto, las víctimas de trata con fines de explotación diferente de la sexual no se benefician de las medidas del Plan sino que se rigen por el régimen estricto de la extranjería y el código penal, a la espera de la aprobación de otro plan nacional contra la trata con fines de explotación laboral. En segundo lugar, al estar integrado en la normativa relativa a la extranjería, sólo va dirigido a proteger a mujeres extracomunitarias y en situación irregular. Las mujeres rumanas o búlgaras, en tanto que ciudadanas europeas, no gozan de la protección integrada plan/ley de extranjería, del mismo modo que mujeres extracomunitarias que estén en situación regular pero sean víctimas de explotación tampoco reciben protección.

2.2. El Plan integral de lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual

Antes de nada hay que aclarar que el plan es un instrumento programático que no modifica ninguna norma ni establece un protocolo de actuación, sino que impulsa una serie de medidas que garanticen a medio y largo plazo una atención adecuada para las víctimas de trata *como éstas vengan definidas por la legislación vigente*. Contiene cinco áreas de acción: (1) sensibilización, prevención e investigación; (2) educación y formación; (3) asistencia y protección a las víctimas; (4) medidas legislativas y procedimentales y (5) coordinación y cooperación.

De sus 5 áreas de acción, me interesa destacar las de protección y las legislativas. El área III de medidas de asistencia y protección a las víctimas contiene 5 objetivos y 18 medidas, entre ellas: garantizar la protección de las víctimas mediante la elaboración de protocolos conjuntos de coordinación entre la policía, la fiscalía y los órganos judiciales para la protección de víctimas y testigos; proporcionar asistencia jurídica especializada; ofrecer protección integral a las víctimas en situación de estancia irregular, mediante la agilización de los trámites para la identificación de las víctimas y la obtención de un permiso de residencia (reforma de la ley de extranjería de 17 de julio de 2011), la creación de centros de acogida con programas de atención integral específica o el reconocimiento de un periodo de al menos 30 días para reflexionar sobre la colaboración que se va a prestar, como indican tanto la Directiva de 2004 como el Convenio europeo.

En cuanto a las medidas legislativas y procedimentales, se recogen varias reformas y promociones de leyes que perfeccionarían los mecanismos legales para proporcionar a las víctimas una atención adecuada e inmediata, como por ejemplo, la reforma de la ley de asistencia jurídica gratuita para proporcionar asistencia letrada a las víctimas de trata (todavía pendiente), el desarrollo de la ley de protección a testigos y peritos en causas criminales, la transposición de la Directiva 2004 (que ya hemos hecho con retraso, por lo que fuimos condenados por el Tribunal de justicia de las Comunidades Europeas), y por tanto, la reforma del código penal, de la ley de extranjería y su reglamento.

El Ministerio de igualdad publicó en abril de 2010 la evaluación del primer año⁵: para alcanzar los objetivos asistenciales a la víctima (O3) se ha realizado una convocatoria de subvenciones y se han concedido 36 proyectos. Sobre el objetivo de proporcionar asistencia jurídica especializada (O4) ni se dice ni se ha hecho nada y sobre el de proporcionar protección integral a las víctimas en situación de estancia irregular (O5) nos remite a dos normas: la nueva ley de extranjería y la propuesta de modificación del actual delito de trata en el proyecto de ley de reforma del código penal.

Curiosamente la autoevaluación no es negativa a pesar de que, por ejemplo, el número de centros específicos de atención a víctimas de trata en todo el estado asciende a *SIETE*. Teniendo en cuenta que el Ministerio baraja como cifras oficiales que entre 300.000 y 500.000 mujeres son víctimas de explotación sexual (prostitución) de las cuales el 90% son migradas (es decir, víctimas de trata), yo diría que se está haciendo poco para combatir la trata. Si, por el contrario, la interpretación correcta es que se trata de trabajadoras irregulares, entonces se entendería la política estatal de escasa protección. Yo seguiría sin compartirla, porque creo que las trabajadoras del sexo merecen protección y derechos, pero al menos entendería que es una respuesta coherente con la política y el posicionamiento oficial trafiquista, aunque sería contradictorio con la posición abolicionista.

El Ministerio presenta como un logro la reforma de la ley de extranjería efectuada en diciembre de 2009 y la propuesta de reforma del código penal, que se realizó mediante la LO 5/2010 de 22 de junio. La reforma introducida separa los delitos de trata de seres humanos (art.

⁵ Ministerio de Igualdad. Secretaría general de políticas de igualdad: *Informe sobre el estado de situación del plan integral de lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual*, Abril de 2010. En 2011 no ha habido informe de evaluación.

177 bis actual) del de tráfico y ayuda a la migración clandestina (318 bis) y señala, de un lado, que la trata puede afectar tanto a víctimas nacionales y europeas como a víctimas extracomunitarias mientras que el tráfico de migrantes siempre es transnacional y el delito protege fundamentalmente las fronteras del estado. Así, es cierto que la reforma del código penal por fin ha diferenciado el tráfico y la trata, tratados hasta 2010 en un único artículo (318 bis), pero también lo es que lo hace de modo insuficiente: para la trata se contemplan penas de 5 a 8 años y por favorecer la migración irregular, penas de entre 4 y 8 años. No parece recoger la diferencia radical entre los dos bienes protegidos por una y otra tipificación.

2.3. Las reformas de la ley de extranjería y su reglamento de aplicación

Por lo que respecta a la ley de extranjería, la redacción dada en diciembre de 2009 mantiene el artículo 59 relativo a la colaboración contra redes organizadas, mezclando a víctimas de tráfico y trata desde una visión *utilitarista* del extranjero para controlar las fronteras⁶ y manteniendo la necesidad de denunciar. Este art. 59 es uno de los más ambiguos e indica que el *extranjero que se encuentre irregularmente en España y sea víctima (etc) de un acto de tráfico ilícito de seres humanos (tráfico), explotación laboral (trata) o tráfico de mano de obra (tráfico) o de explotación en la prostitución (trata)*⁷, *abusando de su situación de necesidad, podrá quedar exento de responsabilidad administrativa si denuncia al autor o los autores del delito (...)*. Por otro lado, la ley incluye un artículo nuevo, el 59 bis, relativo únicamente a las víctimas de trata a las que otorga un periodo de reflexión de, al menos, 30 días (a determinar por reglamento), que irá aparejado de una autorización de estancia temporal y la suspensión del expediente sancionador. Ese periodo de reflexión puede ser revocado o denegado por razones de orden público.

Me parece que, en lugar de clarificar, la nueva ley vuelve a cometer el error de mezclar el tráfico y la trata, de modo que nunca tenemos respuestas ni para las mujeres traficadas que trabajan en la industria del sexo (que han migrado autónomamente) ni para las que han sido tratadas con fines de explotación sexual. Mi interpretación es que el art. 59 confunde

⁶ Por ejemplo, establece que cuando el Ministerio Fiscal sepa que un extranjero expulsado o con un expediente de expulsión abierto pueda testificar como víctima o testigo en un procedimiento penal por un delito de trata o tráfico, podrá pedir que no se ejecute la orden de expulsión o, si se ha procedido a su expulsión, que se autorice su regreso para que testifique.

⁷ En cursiva, el texto del artículo; entre paréntesis, la calificación según los dos protocolos de Palermo.

el tráfico y la trata y luego duplica las medidas al hablar de víctimas de trata. Si no es así, si no las confunde y el art. 59 se dirige a un grupo de personas diferente del art. 59 bis, entonces se está reconociendo que existe la posibilidad del trabajo sexual (no sólo de la explotación sexual), y se está negando su regulación y su protección a través del derecho.⁸

Con todo, desde el gobierno⁹ se señala que la respuesta normativa es diferente porque el problema es diferente y se insiste en que el Plan no vincula la protección a la denuncia, lo cual es cierto. Pero no lo hace porque no es el lugar para hacerlo. El lugar para hacerlo es la ley de extranjería según la cual las víctimas de tráfico que denuncien pueden obtener el permiso temporal mientras testifican (en línea con la Directiva 2004) y tienen un periodo de reflexión de 30 días; las víctimas de trata pueden obtener lo mismo sin necesidad de denunciar, pero han de ser identificadas como tales. Por eso parece que *la clave está en quién determina quién es víctima de trata y quién de tráfico*, puesto que el art. 59 mezcla los dos conceptos. De ahí que desde el gobierno se insista en la identificación y remitan al artículo 10 del convenio del consejo de Europa. Lamentablemente, el art. 10 no dice nada que pueda ser útil a estos efectos, porque habla del procedimiento de identificación y la necesidad de formar a las autoridades competentes, pero no habla del concepto de víctima identificable.¹⁰ Es decir, que no hemos avanzado mucho...

En julio de 2011, a iniciativa del grupo popular, se aprobó otra modificación de la ley de extranjería relativa únicamente a dos puntos:

⁸ Vid. MAQUEDA, *Prostitución... op. cit.*

⁹ Entrevista a I. Martínez Lozano, Secretaria General de Políticas de Igualdad y coordinadora del Plan integral contra la trata, publicada en el *Boletín de noticias HURI-AGE* n. 15 (Septiembre 2010), última consulta: 3/08/2011. Disponible in: www.tiempodelosderechos.es/component/content/article/140-boletin-de-noticias-huri-age-no-15-sep-2010.html

¹⁰ *Artículo 10 — Identificación de las víctimas* 1. Las Partes verificarán que sus autoridades competentes disponen de personal formado y cualificado para la prevención de la trata de seres humanos y la lucha contra la misma y para la identificación de las víctimas, especialmente cuando se trate de niños y en el apoyo a las mismas y que las diferentes autoridades implicadas colaboran entre ellas, así como con las organizaciones que cumplen funciones de apoyo, con el fin de que sea posible identificar a las víctimas en un proceso que tenga en cuenta la situación específica de las mujeres y de los niños víctimas y, en los casos en los que sea pertinente, se expidan permisos de residencia de acuerdo con las condiciones del artículo 14 del presente Convenio. 2. Las Partes adoptarán las medidas legales o de otro tipo necesarias para identificar a las víctimas, en su caso, con la colaboración de otras Partes y de las organizaciones que desempeñan labores de apoyo. Las Partes verificarán, cuando las autoridades competentes estimen que existen motivos razonables para creer que una persona ha sido víctima de la trata de seres humanos, que no se aleja de su territorio hasta que finalice el proceso de identificación como víctima de la infracción prevista en el artículo 18 del presente Convenio por parte de las autoridades competentes y que goza de la asistencia prevista en el artículo 12, apartados 1 y 2. Los apartados 3 y 4 se refieren a menores y menores en situación de desamparo (MENA).

violencia contra las mujeres y trata de seres humanos (pero pensada para las mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual). La reforma en los casos de víctimas de trata de seres humanos indica que, tanto durante la fase de identificación de las víctimas, como durante el período de reflexión, no se incoará un expediente sancionador por estancia irregular, y se suspenderá el expediente administrativo sancionador incoado o la ejecución de la expulsión o devolución eventualmente acordadas. También señala que durante el período de reflexión, se autorizará la estancia temporal y las administraciones competentes son responsables de la subsistencia, la seguridad y la protección de la víctima. Esta protección se amplía a determinados familiares de la víctima, especialmente sus hijos.

El reglamento de la ley de extranjería, aprobado en abril de 2011, establece todos los trámites para la exención de responsabilidad administrativa, concesión de periodo de reflexión, de permiso temporal de residencia, etc... pero insiste en que la autoridad competente – que el reglamento dice que es la unidad de extranjería de la policía nacional – identificará a las víctimas potenciales, sin dar instrumentos substanciales distintos a los de la ley (no podía ser de otro modo, es decir, en sede reglamentaria no puede subsanarse el error conceptual de la ley).

En definitiva, me parece que hemos legislado mucho y avanzado poco en protección, seguimos con las confusiones intencionadas entre tráfico y trata porque lo que importa no es la protección de los derechos de las víctimas, sino la efectividad policial del control de fronteras. De ahí la sospecha de la denuncia falsa, el plazo de reflexión acortado; de ahí que se responda igual a la trata que al tráfico. Existe otra confusión añadida, todavía más perversa: la de pensar que las mujeres estamos mejor protegidas por regímenes de control y prohibición que por derechos; la que ve en el sexo sólo un instrumento de dominio masculino que debe ser regularizado y elabora discursos funcionales a políticas restrictivas de derechos en nombre de la protección de las mujeres. Y de muestra, un botón que no me canso de contar: los informes del estado ante la CEDAW (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer) no hablan de mujeres víctimas de trata que han sido protegidas, sino de redes desarticuladas, de responsables detenidos.

3. Nuevos horizontes?

En abril de 2011 el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron una directiva relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos

y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. La definición de trata que da la Directiva es muy semejante a la de la decisión marco a la que sustituye, aunque ésta última hablaba de explotar los trabajos o servicios de otra persona o con el fin de explotar la prostitución ajena o ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía. La directiva deja de lado la pornografía (menos mal) y específicamente habla en los considerandos de la trata de seres humanos en la industria del sexo, o con fines de explotación laboral, por ejemplo en el sector de la construcción, en la agricultura o en el servicio doméstico. El art. 2.3 indica que

La explotación incluirá como mínimo, la explotación de la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, *incluida la mendicidad*, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, *la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas* o la extracción de órganos.¹¹

Se trata de una muy buena noticia que puede significar un cambio efectivo de planteamiento en la protección de las víctimas de trata de seres humanos, ya que el enfoque prevalente es el enfoque de los derechos humanos. Por fin.

Creo que adopta un enfoque de derechos humanos porque respeta los 4 puntos que he señalado más arriba: (1) centrarse en la explotación, (2) garantizar derechos con independencia de que la víctima denuncie o testifique, (3) reconocer por parte de los estados las obligaciones mínimas de prevención, investigación y castigo de la trata e (4) integrar esas medidas en una acción internacional. Por ejemplo, la directiva obliga a los estados a tomar medidas para perseguir el delito cometido en su territorio o por un nacional o un residente en su territorio o contra un nacional o un residente en su territorio, estén en situación regular o irregular. En ningún momento habla del traslado fronterizo y por tanto asume que puede haber trata dentro de la unión y que hay que desvincular la trata de las políticas de control de fronteras (de ahí que haya una directiva específica). Por otro lado, la directiva desvincula insistentemente la protección debida a las víctimas de la denuncia: el inicio y desarrollo de las investigaciones relativas a la existencia de un delito de trata no deben depender de la denuncia de una persona; la asistencia y apoyo a una persona deben proporcionarse en cuanto haya indicios razonables para suponer que ha

¹¹ El punto 1 define la trata de modo muy similar al convenio del consejo de Europa y la decisión marco mencionada. El punto 2 del art.2 define vulnerabilidad como ausencia de alternativa real o aceptable. En cursiva, lo que la directiva añade al concepto del trata.

sido víctima de trata, con independencia de que quiera o pueda intervenir como testigo; el proceso penal contra los infractores podrá seguir su curso aunque la víctima retire su declaración.

Obviamente, es imposible evaluar ahora estas medidas y lo que supondrá la transposición de la directiva a los diferentes estados, pero parece que llegan aires nuevos. Me parece que es fundamental, para proteger efectivamente a las víctimas de trata, en primer lugar, desvincular la protección de la política de extranjería y del tráfico, centrándonos en la explotación: si es trata no es tráfico y entonces hay que proteger diferentemente. La directiva apunta hacia ahí y hacia la desvinculación de la denuncia. El estatuto de protección no es un premio por delación, sino una respuesta necesaria y justa desde la perspectiva de protección de los derechos.

En segundo lugar, si el estatuto de protección no resulta de una denuncia sino de la identificación de una persona como víctima potencial de trata, necesitamos clarificar conceptos urgentemente. Hay definir la explotación, hay que definir explotación laboral y explotación sexual, y encontrar instrumentos para detectarlas y combatirlas. Hay que establecer estándares laborales para sectores desregularizados como el servicio doméstico o el trabajo sexual para poder detectar situaciones abusivas. En ese sentido, me parece que hay que insistir en que ni sólo es trata la que se produce con fines de explotación sexual, ni toda actividad sexual comercial es explotación sexual. Como señala Maqueda¹², la prostitución forzada no existe por definición: o es explotación sexual o es prostitución. Y tratándose de cosas distintas el derecho no puede sino dar una respuesta también distinta, siempre desde la óptica de la protección de los derechos. Mientras sigamos obsesionados con la trata con fines de explotación sexual y consideremos que cualquier intercambio sexual por precio es explotación, avanzaremos poco en la clarificación conceptual y por tanto, en la protección efectiva. La directiva apunta también en ese sentido, al hablar explícitamente de la trata con fines de explotación laboral en el servicio doméstico o la construcción.

Por último, creo que tendría sentido trabajar en la creación de un estatuto de protección internacional semejante al de refugiado y guiado por principios y procedimientos similares, aunque estamos lejos aún de eso.

¹² MAQUEDA, *Prostitución... op. cit.*

Bibliografía

- AZIZE, Yamila. "Empujar fronteras: mujeres y migración internacional desde America Latina", in OSBORNE, Raquel (ed.). *Trabajador@s del sexo. Derechos, migraciones y tráfico en el S.XXI*. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2004.
- CASAL, Marta; MESTRE, Ruth. "Migraciones femeninas", in de LUCAS, Javier; TORRES, Francisco (eds.). *Inmigrantes, cómo los tenemos?* Madrid: Talasa, 2002.
- DOEZMA, Jo. "Forced to Choose: Beyond the Voluntary v. Forced Prostitution Dichotomy", in KEMPADOO, Kamala; DOEZMA, Jo (eds.). *Global Sex Workers. Rights, Resistance and Redefinition*. New York, London: Routledge, 1998, p. 34-50.
- KEMPADOO, Kamala; DOEZMA, Jo (eds.). *Global Sex Workers. Rights, Resistance and Redefinition*. New York, London: Routledge, 1998.
- LAURENZO, Patricia; MAQUEDA María Luisa; RUBIO, Ana (coords). *Género, violencia y derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- LÓPEZ, Magdalena; MESTRE, Ruth. *Trabajo sexual: reconocer derechos*. Valencia: La Burbuja, 2006.
- MAQUEDA, María Luisa. *Prostitución, feminismos y derecho*. Granada: Comares, 2009.
- _____. *El tráfico sexual de personas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- MARTÍN DÍAZ, Emma. "Construyendo Mafias, deconstruyendo sujetos. Una visión crítica de la legislación sobre el tráfico de mujeres y el ejercicio de la prostitución", in *Revista Crítica Jurídica*, n. 23, 2004, Brasil, p. 255-272.
- MESTRE I MESTRE, Ruth. "Las caras de la prostitución en el estado español: entre la ley de extranjería y el código penal", in OSBORNE, Raquel (ed.). *Trabajador@s del sexo. Derechos, migraciones y tráfico en el S.XXI*. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2004.
- MESTRE, Ruth. "Hilando fino. Migraciones autónomas de mujeres para trabajar en la industria del sexo", in PEDREÑO, Andrés (ed.). *La Murcia migrante: exploraciones e investigaciones*. Universidad de Murcia, 2005.
- _____. "Trabajo sexual, igualdad y reconocimiento de derechos", in SERRA, Rosario (ed.). *Prostitución y trata. Marco jurídico y régimen de derechos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- _____. "Mujeres, derechos y ciudadanías", in MESTRE, Ruth (coord.). *Mujeres, derechos y ciudadanías*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- SCHLOENHARDT, Andreas. "Trafficking in migrants: Illegal Migration and Organized Crime in Australia and the Asia Pacific Region", in *International Journal of the Sociology of Law*, v. 29, 2001, p. 331-378.
- SERRA, Rosario. *Prostitución y trata. Marco jurídico y régimen de derechos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- SERRA, Rosario; LLORIA, Paz. *La trata sexual de mujeres: de la represión del delito a la tutela de la víctima*. Ministerio de Justicia, 2007.
- SKROBANEK, Siriporn; BOONPAKDI, Nattaya; JANTHAKEERO, Chutima. *The traffic in women. Human realities of the international sex trade*. New York/ Londres: Zed Books Ltd, 1997.

Abstract

Protection for trafficking victims in the Spanish State

Trafficking in human beings is a major violation of human rights linked to globalization. In spite of the international awareness of the problem, the responses provided by states are often insufficient, misleading and unjust. This paper proposes an analysis of the European context, which includes the Spanish system of protection for victims of trafficking for sexual exploitation. It also analyzes the limitations of the traffiquist and the abolitionist approach on international and sexual exploitation, respectively, which, in Spain, limit the effective protection of trafficking victims.

Key words: *Trafficking; Abolitionism; Trafiquismo; Women's rights; Sex Work.*

Recibido para publicación en 02/08/2011.

Aceptado para publicación en 14/09/2011.

Received for publication on August, 02nd, 2011.

Accepted for publication on September, 14th, 2011.