

## *Proteger cuando se trata de trata*

Ruth M. Mestre i Mestre

IDH-Universitat de València

La trata de seres humanos 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, 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 materia de políticas migratorias comunes, 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 ambas situaciones. 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 preocupa; la parte del tráfico que también comparte la trata y de ahí que se responda

normativamente a ambas situaciones con una única medida<sup>1</sup>: con un permiso de residencia condicionado a la denuncia del autor o autores del tráfico (pero no de la explotación; es decir, dejando fuera la trata).

Y, sin embargo, el informe del Grupo de expertos sobre la trata de seres humanos de la Comisión Europea ya indicaba en 2002 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 deja de lado la protección efectiva de las víctimas al priorizar, claramente, una política de control de fronteras, condicionando la protección a la denuncia significativa y alterando así la lógica de los derechos.

Además, el plazo establecido para ambos casos de un mes de reflexión es totalmente inapropiado. El mismo informe de expertos de 2002 proponía que, al menos, 3 meses eran necesarios 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, hay que señalar que las políticas europeas desarrolladas son poco respetuosas con los derechos de las personas tratadas a lo largo de todo el proceso de detección, denuncia y protección.

En el seno del Consejo de Europa, que a fin de cuentas siempre ha estado más ocupado y preocupado por los derechos humanos, las cosas son diferentes. En primer lugar, el TEDH ha señalado la necesidad de revisar legislaciones internas para, efectivamente, proteger contra la esclavitud, la servidumbre y prácticas análogas prohibidas por el art. 4 del Convenio (Caso Siliadin contra Francia, 2005). En segundo lugar, ha incluido la trata entre las conductas prohibidas por el artículo 4 y señalado que determinadas políticas migratorias pueden, de hecho, promover la trata de seres humanos en lugar de impedirlo (Ranstev vs Chipre y Rusia, 2010). En tercer lugar, el Consejo de Europa ha promovido la firma de la Convención sobre la acción contra la trata de seres humanos (2008), que propone medidas de protección en la línea del protocolo de Palermo y alejada de la lógica fronteriza de la UE.

En el caso Siliadin contra Francia (2005) 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 (art. 4 CEDH). Podría argumentarse que, de hecho, Siliadin fue víctima de trata, con fines de explotación laboral en el servicio doméstico,

---

<sup>1</sup> 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

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 el modo en que la menor fue introducida en Francia.

Cinco años más tarde, el TEDH habla de trata y de los aspectos de la trata relativos al tráfico, pero vinculándolos al resultado de explotación 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. Pero es importante señalar que el TEDH entiende en Rantsev 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 la obligaciones del CEDH.

Por último, también en el seno del Consejo de Europa se ha elaborado (y ratificado por el estado español) el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos (2005), cuyo art. 4 recoge una definición de trata muy semejante al a del protocolo de Palermo y ,explícitamente, dice el Convenio 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. Es decir, el Convenio Europeo protege, por ejemplo, a las mujeres rumanas víctimas de trata que se encuentran en el territorio del estado español, mientras que Palermo y la ley de extranjería no las protege.

Con esta batería de propuestas internacionales, se proponen en nuestro estado en 2009 dos instrumentos relativos a la trata de seres humanos: el Plan nacional contra la trata (marzo) y la reforma de la ley de extranjería (diciembre).

El plan estatal surgió como una propuesta de la Comisión mixta del congreso y el senado con la Ponencia sobre la situación de la prostitución en nuestro país (marzo 2007) y parte de una definición más reducida que Palermo y que el Convenio del Consejo de Europa puesto que, obsesionado con el sexo, sólo va dirigido a las víctimas de trata con fines de explotación sexual, induciendo al error de pensar que sólo es trata la explotación sexual y no la laboral. Como si Siliadin 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.

Entre las medidas de protección del Plan, encontramos 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, 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. En cuanto a las medidas legislativas y procedimentales, se recogen varias reformas y aprobaciones de leyes que perfeccionen los mecanismos legales que proporcionen a la víctima una atención adecuada e inmediata.

El Ministerio de igualdad publicó en abril de 2010 la evaluación del primer año, con resultados bastante escasos: por ejemplo, para alcanzar los objetivos asistenciales a la víctima se ha realizado una convocatoria de subvenciones y se han concedido 36 proyectos, pero 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) y el 90% son migradas (es decir, víctimas de trata), parece que los recursos son, a todas luces, insuficientes. Si, por el contrario, la interpretación correcta es que se trata de trabajadoras irregulares insertas en la industria del sexo (es decir, traficadas), 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 se trataría de una respuesta coherente con la política y el posicionamiento oficial abolicionista.

Sobre el objetivo de proporcionar asistencia jurídica especializada, no ha habido todavía resultados visibles y sobre el de proporcionar protección integral a las víctimas en situación de estancia irregular, la evaluación del ministerio nos remite a dos normas: la mencionada reforma de la ley de extranjería (que se aplicaría a todas las víctimas de trata y no sólo a las víctimas de explotación sexual) y una propuesta de modificación del actual delito de trata en el proyecto de ley de reforma del código penal. Rápidamente, es cierto que la reforma del código penal prevista diferencia entre el tráfico y la trata, pero de modo insuficiente: para la trata se contemplan penas de 5 a 8 años y por el simple favorecimiento de 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.

La nueva redacción del artículo 59 de la ley de extranjería, relativo a la colaboración contra redes organizadas, mezclando a víctimas de tráfico y trata, mantiene en esencia la visión de utilización del extranjero para controlar las fronteras y la migración y no una perspectiva centrada en la protección de derechos, y menos todavía, de las víctimas de trata. 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.

Este art. 59 es uno de los más ambiguos: mantiene la confusión entre tráfico y trata y habla del *extranjero que se encuentre 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)*<sup>2</sup>, y mantiene el permiso condicionado a la denuncia. Por otro lado, se ha incluido 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 (¿pero esto no es una medida cautelar para proteger a víctimas de un delito grave?). Las víctimas de tráfico pueden obtener el permiso temporal mientras testifican, según la LOEX y la directiva 2004 y tienen un periodo de reflexión de 30 días.... Así, en lugar de clarificar, la nueva ley vuelve a cometer el error de confundir el tráfico y la trata y de mezclarlo todo, de

---

<sup>2</sup> En cursiva, el texto del artículo; entre paréntesis, la calificación según los dos protocolos de Palermo.

modo que nunca tenemos respuestas ni para las mujeres traficadas que trabajan en la industria del sexo (las que han migrado autónomamente) ni para las que han sido tratadas con fines de explotación sexual. El art. 59 confunde el tráfico y la trata y luego duplica las medidas al hablar de víctimas de trata. Si no es así, si no confunde y el art. 59 se dirige a un grupo de personas diferente del art. 59 bis, entonces 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.

Conclusión: 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 no hablan de mujeres víctimas de trata que han sido protegidas, sino de redes desarticuladas, de responsables detenidos.

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 de forma diferente. En segundo lugar, me parece que hay que recordar que ni sólo es trata la que se produce con fines de explotación sexual, ni toda actividad sexual comercial es explotación sexual. Como señala Maqueda<sup>3</sup>, 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.

---

<sup>3</sup> M. Maqueda: *Prostitución, feminismos y derecho penal*, Comares, Granada 2009.