

LA TÉCNICA LEGAL DEL “HILO DE ARIADNA” EN LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL PARA LA ESCLAVA DE LA TRATA

THE “ARIADNA’S THREAD” LEGAL TECHNIQUE IN THE INTERNATIONAL LEGAL PROTECTION OF THE SEXUAL TRAFFIC VICTIM

CARMEN RUIZ SUTIL

*Profesora de Derecho internacional privado
Universidad de Granada*

Recibido: 14.07.2015 / Aceptado: 23.07.2015

Resumen: La presente investigación pretende elevar el debate jurídico sobre la categorización del reconocimiento de la protección jurídico internacional para las víctimas de la trata de explotación sexual acorde con la dignidad humana y el respeto a los derechos humanos de la que ha sido tratada y tiene fundados temores a regresar a su país. En España, la existencia de ámbitos alternativos para la protección de la esclava de la trata menoscaba la concesión del estatuto de refugiada, ya que se acude prioritariamente a la protección concedida desde el Derecho de extranjería cuando ésta preste su colaboración penal. En los últimos tiempos, la consideración del asilo como medio prioritario de protección internacional de las esclavas de la trata se va abriendo paso. Pero el laberinto normativo existente, consecuencia directa de los nexos existentes entre migración y asilo, junto al colapso lingüístico de conceptos de la violencia de género y de otros fenómenos, dificultan el estatuto de refugiada. Los marcos jurídicos por sí solos no son suficientes para resolver este entramado, por lo que proponemos la técnica jurídica del “hilo de Ariadna” que ayude a adquirir la protección internacional de la víctima de trata cuando tiene temores fundados de ser perseguida si vuelve a su país.

Palabras clave: víctima de trata con fines de explotación sexual, asilo y protección subsidiaria, violencia de género, el “hilo de Ariadna” y protección del art. 59 bis de la Ley de extranjería.

Abstract: The current research aims at raising the legal debate regarding the categorization of the recognition of the international legal protection towards sexual traffic victims in compliance with the human dignity and the Human Rights respect of the victim who has justified fear to turn back to her country. In Spain, the existence of alternative areas for the traffic slave protection undermines the concession of the refugee status since the victim is led to the protection offered under the Immigration Law when she gives her penal collaboration. In recent times, the consideration of asylum as a primary way of international protection for traffic slaves is gaining ground. Nevertheless the complex legal framework, as a direct consequence of the existing links between migration and asylum, besides the linguistic breakdown of concepts of Gender based violence and other phenomena, complicate the refugee status. The legal frameworks alone are not enough to resolve this complexity thus we propose the legal technique of Ariadne’s thread to help reach the international protection of the sexual traffic victim when she has justified fears of being persecuted if she get back home.

Key words: victim of sexual traffic, asylum and subsidiary protection, gender based violence, Ariadne’s thread, protection of art. 59 bis of the Immigration Law.

Sumario: I. Introducción; II. Multiplicidad normativa en la protección internacional de las esclavas de la trata; III. La técnica jurídica del “hilo de Ariadna” para alcanzar la protección internacional; IV. El sistema español de protección a la esclava de la trata y las debilidades de un marco jurídico alternativo; V. A modo de reflexión final.

I. Introducción

1. La trata de seres humanos es calificada como la “versión moderna” de la trata de esclavos que se produjo hasta el siglo XIX, aunque la nueva esclavitud del siglo presente es más rentable, porque se fundamenta en una relación de dominio en la que el valor de adquisición y mantenimiento del esclavo contemporáneo es bastante inferior¹. Entre los fines de este fenómeno encontramos la explotación sexual, el trabajo forzoso, la servidumbre e, incluso, la extracción de órganos entre otros, aunque cada una de estas finalidades mantiene una dinámica particular. La trata de seres humanos ha sido examinada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), afirmándose que el tráfico de seres humanos con fines de explotación sexual constituye una nueva forma de esclavitud incluida en el ámbito de aplicación del art. 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH)².

2. La prostitución y el tráfico de mujeres y niñas es una clara expresión de la situación de desigualdad en la que se encuentran las mujeres en muchos lugares del mundo y constituyen una forma y manifestación de la violencia de género. Las estadísticas sobre esta cuestión empezaron a visibilizar la realidad del fenómeno³: las mujeres constituyen el grupo mayoritario de víctimas de trata con vistas a una explotación sexual. Particularmente, el Grupo de expertos sobre lucha contra la trata de seres humanos del Consejo de Europa (GRETA) considera que la aplicación a la lucha contra la trata de la perspectiva fundada en los derechos humanos impone a los Estados la puesta en marcha de un marco completo para prevenir la trata, para proteger a las personas víctimas de trata como víctimas de una vulneración grave de derechos humanos y para realizar investigaciones y procedimientos efectivos contra los traficantes. En este marco, se quiere llamar la atención sobre la necesidad de que los Estados consideren la trata como una forma de violencia contra las mujeres, de que tengan en cuenta la relación entre el género y las distintas formas de explotación y sobre la base de los instrumentos jurídicos internacionales pertinentes. En proporción mayor, las mujeres y niñas son explotadas por mafias internacionales para el ejercicio de la prostitución en condiciones de esclavitud, quedando despojadas de su propia esencia para convertirlas en objeto de compraventa. En nuestro país, los casos que llegan a la justicia de mujeres afectadas por el grave fenómeno del tráfico con fines de explotación sexual son cuantitativamente superiores a otras víctimas⁴. Por su especial vulnerabilidad, el objeto del trabajo se centra en las extranjeras víctimas de trata con fines de explotación sexual, ya que esta problemática afecta principalmente a este colectivo⁵.

¹ E. POMARES CINTAS, “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, núm. 13-15, disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/13/recpc13-15.pdf> (consultado 26 de enero de 2015).

² *Vid.* el caso *Rantsev*. Chipre y Rusia, Sentencia de 7 de enero de 2010, n° 25965/04, CEDH 2010, par. 282. Ver también Sentencias *Siliadin* contra Francia, n° 73316/01, CEDH 2005-VII sobre la llamada « esclavitud del siglo XXI », que desarrollan las obligaciones positivas en el marco del artículo 4 CEDH.

³ Se pueden consultar las estadísticas expuestas por Eurostat, *Trafficking in human being*, 2014, informe disponible en https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/trafficking_in_human_beings_-_eurostat_-_2014_edition.pdf (consultado el 03/03/2015).

⁴ La Memoria de la entidad Adoratrices de España SICAR cat de 2013, en su p. 3 constata que todas las víctimas de trata son mujeres. Por su parte, en la memoria del Defensor del Pueblo de 2013 se computaron 1.082 víctimas de trata, de las cuales 1.031 eran mujeres y el resto hombres, tal y como se puede comprobar AA.VV., *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*, Memoria de Defensor del Pueblo, 2013, en http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/contenido_1348128571191.html, (consultado 10 de enero de 2015).

⁵ El informe Mundial sobre la trata de personas de 2012, elaborado por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, dispone que la mayoría de las víctimas de la trata que se detectaron a nivel mundial eran mujeres, con cifras estimadas

3. Existen loables esfuerzos movilizados en la dirección de dar a conocer a la trata como acto criminal transnacional con la finalidad de erradicarla. La UE, de forma decidida, lucha contra esta lacra mediante el fortalecimiento de los derechos humanos y la renovación del marco jurídico de la lucha contra la trata. La realidad es que nos topamos con un delito de consecuencias ultrajantes para sus víctimas y que, al tiempo, constituye un negocio sumamente lucrativo, con escasos riesgos para los tratantes y sus colaboradores, reactivándose el concepto de esclavitud moderna. Si partimos de la afirmación de que la trata de personas es un delito complejo y multifacético⁶, para combatirla se precisa la participación de todos los sectores de la sociedad. Afrontar la llamada metamorfosis de la esclavitud de la época actual⁷ requiere un gran esfuerzo desde los diversos ámbitos: la de los derechos humanos, la de control criminal, la laboral, la migratoria o la de género. En este estudio pondremos el acento en la protección internacional de las víctimas de trata y a las formas de persecución por motivo de género cuando su vida o integridad física estén en peligro y existan temores fundados a retornar a los países de origen. Desde el enfoque de Derechos humanos, la normativa protectora para las víctimas de trata debe abordar inicialmente y de forma contundente la consideración de que pueden ser candidatas a solicitar y obtener el derecho de asilo. Aun conociendo de la existencia de ciertos grupos de migrantes que se sitúan fuera del alcance de la protección internacional y que quedan necesitados de otro tipo de asistencia humanitaria, la prioridad debe ser el acceso al estatuto de refugiada para la víctima de la trata que tiene temores fundados a volver a su país.

4. Los métodos existentes para identificar a las víctimas de la trata y los procedimientos de protección han sido muy deficientes, tanto en las estructuras legales nacionales como internacionales. La falta de capacitación, directrices y protocolos para las autoridades y otras personas que con frecuencia entran en contacto con las víctimas de trata provoca que la legislación sobre protección internacional de estas víctimas sea ineficaz. A ello se le une la especial vulnerabilidad de las mujeres y niñas en procesos de exilio o desplazamientos forzosos⁸. Los contextos de los que salen huyendo no cuentan con una mínima protección del Estado o de las altas esferas de la organización comunitaria que, en ocasiones, pueden llegar a convertirse en agentes persecutores. En la trata con fines de explotación sexual, dichos agentes frecuentemente provienen del núcleo familiar de la víctima, donde el Estado origen se vuelve negligente y/o permisivo con dicha situación. Para entender correctamente este tipo de persecución en un ámbito tan particular resulta necesario, desde un primer momento, diferenciar dos conceptos que, en muchas ocasiones, se utilizan como similares, quizás por una deficiente traducción del inglés al castellano: tráfico y trata de personas. Con frecuencia, las víctimas del tráfico de seres humanos terminan atrapadas en el lugar de tránsito o en el de destino para sufrir situaciones de esclavitud laboral o sexual, ante la imposibilidad de pagar el precio del transporte u otras deudas que se les añade en el camino⁹.

entre el 55% y el 60%, *vid.* http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Executive_Summary_Spanish.pdf (consultado el 30 de enero de 2015).

⁶ En España, la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (*BOE* núm. 152, de 23 de junio de 2010), introdujo el delito de trata de seres humanos con el art. 177 bis. En la actualidad, Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (*BOE* núm. 77, de 31 de marzo de 2015), modifica la dicción literal de la tipificación del delito de trata de seres humanos (art. 177 bis CP) en aras de adecuarlo a la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. En concreto, dentro de las formas de comisión del delito se incluye la entrega o recepción de pagos para obtener el consentimiento de la persona que controla a las víctimas, o la trata con la finalidad de concertar matrimonios forzados. También se tipifica la explotación con la finalidad de que las víctimas cometan actos delictivos para los explotadores. Se delimita el concepto de vulnerabilidad, conforme al texto de la Directiva europea. Y se agrava la pena para los supuestos de creación de peligro de causación de lesiones graves.

⁷ *Vid.* AA. VV., *Metamorfosis de la esclavitud. Manual jurídico sobre la trata de personas*, Fundación Esperanza, Bogotá, 2005, en <http://observatoriodemigraciones.org/librosfundaci%C3%B3n.shtml?apc=g-xx-1-&x=37> (consultado el 5 de enero de 2015).

⁸ Las estadísticas del ACNUR indican que las mujeres son aproximadamente la mitad de las personas desplazadas y/o refugiadas. *Vid.* ACNUR, *Statistical Yearbook 2007: Trends in Displacement, Protection and Solutions*, Ginebra, 2008.

⁹ Según datos estimados de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el 29 % de las víctimas del trabajo forzoso se encontraron en esta situación después de haber cruzado las fronteras internacionales, la mayoría de ellos con fines sexuales. El 15 % se convirtieron en víctimas de trabajo forzoso después de desplazamientos en su país, mientras que el 56 % restante no abandonó su lugar de origen o residencia. *Vid.* Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Preguntas y respuestas sobre el trabajo forzoso*. Disponible en: http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_182014/lang--es/index.htm (consultado 28 diciembre de 2014).

De ahí deriva el origen de los nexos de las luchas contra la inmigración ilegal y la de la delincuencia organizada, compartiendo ambos espacios normativos. Es cierto que en el tráfico de personas existe una unión con la inmigración económica, apareciendo de redes transnacionales de delincuencia organizada a nivel mundial. Este tipo tráfico supone el transporte y la entrada ilegal, de forma que, una vez que la persona ha entrado en el país de destino comienza su trayectoria de manera independiente, sin sujeción a los traficantes por lo que normalmente no existe una vulneración de sus derechos humanos. Por su parte, en la trata de mujeres y niñas el objetivo fundamental es la explotación, independientemente si hay traslado o no de una persona. Y es que ambos fenómenos se diferencian en el fin que los articula. Es cierto que en muchos supuestos se producen simultáneamente el tráfico y la trata de personas y, en otros casos, comienzan siendo tráfico de personas pero posteriormente devienen en trata¹⁰, es decir, lo que se inicia como un supuesto de inmigración legal puede que termine en trata con fines de explotación sexual. Estas víctimas, con independencia de que hayan entrado en el país de forma legal o ilegal, con posterioridad quedan vinculadas al explotador por haber contraído una deuda que deberá pagar trabajando en condiciones de explotación. La pérdida de decidir sobre ellas mismas es elemento diferenciador¹¹, quedando sus derechos humanos violados. Precisamente, la doctrina especializada advierte sobre la necesidad de reconocimiento de la condición de refugiada a la víctima de trata como otra de las obligaciones de los Estados en protección y defensa de los derechos humanos que a ésta le han usurpados¹². De hecho, la trata con fines de explotación sexual comienza a configurarse como un sector específico e independiente, donde una parte de la doctrina¹³ solicita a la UE y a los Estados miembros que se ponga énfasis en la autonomía normativa de la trata de seres humanos con fines de explotación sexual.

5. El colapso lingüístico de conceptos y de fenómenos, el entramado normativo existente para argumentar la protección internacional de la víctima de trata, junto a las conexiones existentes entre migración y asilo, impiden la concesión de la protección internacional de la víctima de trata cuando tiene temores fundados de ser perseguida si regresa a su país. En España, es frecuente que las solicitudes de asilo motivadas por ser víctima de trata de explotación sexual se deriven a otras formas de protección y asistencia de carácter temporal, lo que refuerza la idea de que no se diluye la comunión entre migración forzosa y económica. El ejemplo de esta falta de disociación lo tenemos en la ausencia de respuesta contundente desde la Ley española de Asilo en el reconocimiento de la condición de refugiada para las víctimas de trata con fines de explotación sexual que, incluso, pudiendo ser enmarcadas como otra forma de violencia de género, no existe un pronunciamiento al respecto. Nuestro legislador debería haber previsto explícitamente, como primer paso en la protección de la víctima y como otra de las obligaciones de los Estados, el que pudiera ser candidata a la concesión del estatuto de refugiada, amparándose en la defensa de los derechos humanos de las víctimas de la trata. Es cierto que en España, desde finales de 2013, la consideración del asilo como medio de protección internacional de las esclavas de la trata se va abriendo paso, materializándose en varias concesiones del estatuto de refugiada a estas víctimas extranjeras, lo que viene a coronar una reciente trayectoria de reivindicaciones en este sentido.

6. La presente investigación pretende elevar la discusión jurídica sobre si la categorización del reconocimiento de la protección jurídico internacional alcanza a las víctimas de la trata de explotación sexual. La extrema crisis que está viviendo el Derecho de asilo y refugio en el ámbito europeo, junto con un aumento vertiginoso de los solicitantes de protección internacional¹⁴ y de trágicas pérdidas de vidas

¹⁰ Sobre el tratamiento del delito de trata en el Código Penal español véase E. POMARES CINTAS, “El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación...”, *loc. cit.*, pp. 2 y ss.

¹¹ El consentimiento de la víctima de trata queda viciado por los medios empleados para llevarla a cabo, tal y como se dispone en el art. 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional.

¹² Vid. la bibliografía citada en C. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de Trata de Seres Humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho internacional*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 239, espec. nota 215.

¹³ Vid. C. M. DÍAZ BARRADO, “La lucha contra la trata de seres humanos en la Unión Europea: los componentes para una política propia”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2013, núm. 45, pp. 461-498.

¹⁴ Vid. las estadísticas del Informe 2015 CEAR, “Las personas refugiadas en España y en Europa”, <http://www.cear.es/> (consultado 22 de junio de 2015).

de personas que buscan dicha protección, evidencia la necesidad urgente de ofrecer soluciones efectivas y humanitarias acordes con sus valores fundacionales de dignidad humana y respeto a los derechos humanos. El Derecho de los refugiados debe renovar conceptos jurídicos y adaptarlos a la realidad¹⁵. Particularmente, pretendemos reanudar el debate sobre si el concepto refugiado abarcará, sin pretextos ni complejos, a la víctima de la trata de explotación sexual.

II. Multiplicidad normativa en la protección internacional de las esclavas de la trata

7. A la hora de proceder al análisis de la protección internacional de la extranjera víctima de trata nos enfrentamos a un número importante de tratados internacionales y recomendaciones de organismos internacionales y regionales que abordan dicho fenómeno. Uno de los factores que complican la cuestión de la trata con fines de explotación sexual es la variedad de normas aplicables o potencialmente aplicables. El reto lo constituye la necesidad de concretar cuáles son los instrumentos aplicables y constatar los derechos humanos que a la víctima de la trata le han sido vulnerados, con la finalidad de conseguir resultados en la lucha contra esta lacra y en el amparo de estas personas. Para ello resulta necesario vincular estos instrumentos a los existentes para la protección internacional de las víctimas de trata con temores fundados a volver a su país. En este breve recorrido normativo, tendremos presente el factor género en consideración a que entre las víctimas de la trata predominan las mujeres y las niñas, visión relevante al evaluar las solicitudes para el reconocimiento de la condición de refugiada.

8. En general, los instrumentos internacionales, regionales y nacionales existentes buscan definir la trata en relación a ciertas actividades delictivas y orientar a los Estados sobre la manera efectiva de combatirla y de algunos aspectos para la protección de las víctimas. Desde hace tiempo, existen numerosos instrumentos de protección de derechos humanos adoptados para combatir el comercio de seres humanos¹⁶ que permanecen vigentes y resultan necesarios para la comprensión contemporánea de la trata y la forma de atajarla¹⁷. En el marco de la Asamblea General de las Naciones Unidas se puso en marcha la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000¹⁸ y dos de sus protocolos suplementarios, como son el Protocolo contra el tráfico ilícito de emigrantes por tierra, mar y aire, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000¹⁹, que pretende combatir la trata y el crimen organizado. En sentido similar, el Protocolo para Prevenir, Suprimir y Castigar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Menores, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000²⁰ (en adelante Protocolo sobre la Trata), que hace un llamamiento a los Estados para

¹⁵ El movimiento renovador del concepto de refugiado ya ha sido trasladado a la categoría de desplazados y refugiados medioambientales. Vid. O. SOLÀ PARDELL, “Desplazados medioambientales. Una nueva realidad”, *Cuadernos de Deusto de Derechos Humanos*, núm. 66, 2012, en <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho66.pdf> (consulta 6 de mayo de 2015); S. BORRÁS PENTINAT, “Refugiados ambientales. El nuevo desafío del derecho internacional del medio ambiente”, *Revista de Derecho*, vol. XIX, núm. 2, 2006, pp. 85-109, en <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v19n2/art04.pdf> (consulta 6 de mayo de 2015).

¹⁶ Acuerdo internacional para la supresión del Tráfico de Trata de Blancas, de 18 de mayo de 1904; Convención internacional relativa a la represión de la Trata de Blancas, suscrita el 4 de mayo de 1910. Ambas normativas fueron completadas por el Convenio internacional relativa a la represión de la Trata de Mujeres mayores de edad, de 11 de octubre de 1933; Convención internacional para la represión de la Trata de Mujeres y Niños, hecha en Ginebra el 30 de septiembre de 1942; Convenio para la represión de la Trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, adoptado el 2 de diciembre de 1949; Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 30 de abril de 1956, adoptada en el marco de Naciones Unidas; Convenio núm. 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, adoptado el 17 de junio de 1999. Estos instrumentos pueden consultarse en <http://www.acnur.org/biblioteca>. Para una recopilación más detallada de instrumentos jurídicos sobre la trata, véase en inglés, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Refugee Protection and Human Trafficking. Selected Legal Reference Materials*, diciembre de 2008, disponible en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/498705862.html>.

¹⁷ Sobre una perspectiva histórica de dicha normativa véase M. A. BOLDOVA PASAMAR, A. URRUELA MORA, A. LIBANO BERRISTAIN, H. J. BOLAÑOS VÁSQUEZ Y J. M. FARGAS BALLESTER, “Trata de seres humanos, en especial menores”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, 2010, núm. 23, págs. 51-112.

¹⁸ Instrumento de ratificación en *BOE* núm. 233, de 29 de septiembre de 2003.

¹⁹ Instrumento de ratificación del Protocolo en *BOE* núm. 295, de 10 de diciembre de 2003.

²⁰ Instrumento de Ratificación del Protocolo en *BOE* núm. 296, de 11 de diciembre de 2003.

que prevengan y combatan la trata y protejan y asistan a las víctimas, buscando promover la cooperación entre los países participantes.

9. En el contexto del Consejo de Europa, el Convenio núm. 197 sobre la lucha contra la Trata de Seres Humanos, adoptado en Varsovia de 16 de mayo de 2005²¹ (en adelante Convenio de Varsovia), tiene como objetivo garantizar la protección de las víctimas de este negocio, adoptando un enfoque de protección de los derechos humanos, dejando al margen el de control migratorio. En su art. 14, se dispone la concesión de un permiso de residencia a víctimas de trata que deben contemplar los Estados en su legislación²² que en ningún caso, esta solución puede afectar negativamente a su derecho a solicitar y disfrutar de asilo. El párrafo 5 de este precepto lo establece con toda claridad: “habida cuenta de las obligaciones de las Partes a las que hace referencia el art. 40 del presente Convenio²³, cada Parte se asegurará de que la concesión de un permiso de conformidad con la presente disposición no afecte al derecho de solicitar y disfrutar de asilo. De ello se deriva que las autoridades estatales nunca podrán limitar o excluir el derecho a solicitar y disfrutar del asilo de las víctimas de trata por contener la legislación de extranjería disposiciones sobre permisos de residencia en base a su colaboración o a su situación personal²⁴.”

10. En la UE destacan una serie de documentos y normativas que ponen de manifiesto la intensa preocupación existente por el problema de la trata y la firme voluntad de adoptar medidas de diferente naturaleza para hacerle frente²⁵. La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (Niza, 2000), en su art. 5.3, prohíbe expresamente la trata de seres humanos por constituir uno de los atentados más graves contra la dignidad del ser humano, al mismo nivel que la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados. Sin embargo, la delimitación del concepto de trata de seres humanos por los textos normativos comunitarios, desde la primera definición –recogida en el Capítulo I–A de la Acción común de 24 de febrero de 1997 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del TUE, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños (97/154/JAI)–hasta la actualidad, ha

²¹ Firmado por España el 9 de julio de 2008 y ratificado el 23 de febrero de 2009 en *BOE* núm. 219, de 10 de septiembre de 2009.

²² El informe explicativo del Convenio del Consejo de Europa fundamenta (párrafo 180 a 190) la concesión de permisos de residencia a víctimas de la trata, por considerar que su retorno inmediato al país de origen es negativo tanto para la víctima como para el Estado. Para la víctima, el retorno inmediato al país de origen supone, en muchos casos, tener que empezar de cero y tener que enfrentarse a las represalias de los tratantes, bien contra ellas o contra su entorno. La mayoría de las veces ocultarán, además, lo que les ha sucedido y no contribuirán a prevenir que otras personas corran la misma suerte que ellas. Para las autoridades del Estado, el hecho de que las víctimas sean retornadas inmediatamente a sus países de origen o que permanezcan clandestinamente en el país de destino, sin salir a la luz, supone que no van a aportar información que ayude a combatir el delito de trata eficazmente. Se afirma que cuanto mayor confianza tengan las víctimas en que sus derechos e intereses van a ser protegidos, más dispuestas estarán a proporcionar información. En ese sentido, el permiso de residencia se convierte en una forma de “animar” a las víctimas a colaborar.

²³ De acuerdo con el art. 40 del Convenio de Varsovia se establece la relación entre este Convenio y otros instrumentos internacionales: “el presente Convenio no afectará a los derechos y obligaciones derivados de otros instrumentos internacionales en los que las Partes en el presente Convenio sean o lleguen a ser Partes y que contengan disposiciones sobre materias reguladas por el presente Convenio y que aseguren una mayor protección y asistencia a las víctimas de la trata de seres humanos”.

²⁴ Para más información consultar el apartado sobre Trata y Protección Internacional, de la *Guía Básica de la Red Española contra la Trata de Personas*, versión actualizada de 2009, páginas 66-77.

²⁵ Existen Decisiones Marco del Consejo de la UE, como la 2002/629/JAI de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (*DOUE* L 203 de 1 de agosto de 2002); la del 22 de diciembre de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (*DOUE* L13/44, de 20 de enero de 2004). Pero también existen otros textos relevante en el seno de la UE, como la Declaración de Bruselas sobre la prevención y el combate de la trata de seres humanos; la Decisión del Consejo de la UE de 3 de diciembre de 1998 por la que se completa la definición de la forma de delincuencia “trata de seres humanos” incluida en el anexo del Convenio Europol (1999/C 26/05); la Decisión 2003/209/CE de la Comisión de la UE, de 25 de marzo de 2003, relativa a la creación de un grupo consultivo denominado “grupo de expertos en la trata de seres humanos”; la Resolución del Consejo de la UE de 20 de octubre de 2003 sobre iniciativas para luchar contra la trata de seres humanos, en particular mujeres (2003/C 260/03); la Decisión del Consejo de la UE 2006/619/CE, de 24 de julio de 2006, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada en lo que se refiere a las disposiciones del Protocolo, en la medida en que éstas entran en el ámbito de aplicación de la Parte III, Título IV, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Sobre la temática *vid.* C. M. DÍAZ BARRADO, “La lucha contra la trata de seres humanos en la Unión Europea...”, *loc. cit.*, pp. 461-498.

sufrido una evolución extraordinariamente compleja y no exenta de ciertas confusiones y deficiencias²⁶. En particular, en lo que afecta a grupos vulnerables como las mujeres y los niños, la UE ha definido su acción en torno a objetivos destinados a proteger a estos grupos y a prevenir y combatir este fenómeno, reforzando la cooperación y la coordinación entre las autoridades policiales y judiciales de los Estados miembros. Del mismo modo, se introduce un marco de disposiciones comunes con el fin de abordar algunas cuestiones como la incriminación y las sanciones o las circunstancias agravantes en la trata de seres humanos. Dicha actuación también se dirige a proteger a las víctimas de la trata, aunque integrada en un marco más amplio de protección contra la violencia, el turismo sexual y la pornografía infantil. Con este fin, se adoptaron la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos²⁷ y el Plan de la UE sobre mejores prácticas, normas y procedimientos para luchar contra la trata de seres humanos y prevenirla²⁸. Con la mencionada Decisión marco 2002 y con la Directiva 2002/90/CE del Consejo destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares comenzaba a llevarse a cabo una serie de iniciativas dedicadas a unificar criterios para la lucha contra este fenómeno. En estos momentos, la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo²⁹, constituye el régimen jurídico penal vigente de la trata de seres humanos. La presente Directiva reconoce que, en función del sexo y el hecho de que las mujeres y los hombres son a menudo objeto de la trata, sin embargo, ésta puede tener diferentes fines. Por este motivo, se adopta un concepto más amplio de lo que debe considerarse trata de seres humanos e incluye, por tanto, otras formas de explotación como, por ejemplo, la explotación sexual, los abusos sexuales, violación, prácticas similares a la esclavitud o la extracción de órganos³⁰. Dicho acto normativo no se ocupa de las condiciones de la residencia de las víctimas de la trata de seres humanos en el territorio de los Estados miembros, por lo que tenemos que remitirnos a la Directiva 2004/81/CE del Consejo de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades, independientemente que hayan entrado ilegalmente en el territorio de un país miembro³¹ (en adelante Directiva 2004/81/CE). Este acto normativo responde a ambas situaciones con una única medida, como es un permiso de residencia condicionado a la denuncia contra el autor o autores del tráfico. Es cierto que las víctimas del tráfico de personas cruzan una frontera irregularmente, pero el movimiento migratorio es voluntario aunque irregular y algunas personas se benefician económicamente de esta ilegalidad. En cambio, en el tráfico con fines de trata de personas existen rasgos diferenciadores, como son los relacionados con 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, incluso, la extracción de órganos. Como observamos, no solo se transgrede la norma administrativa sobre la entrada en un país o el cruce de una frontera estatal, sino que, a la vez, con la trata nos hallamos

²⁶ Vid. ampliamente C. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de Trata de Seres Humanos. Una incriminación dictada...*, op. cit., págs. 203-230.

²⁷ DOUE L 203 de 1 de agosto de 2002.

²⁸ DOUE C 311 de 9 de diciembre de 2005.

²⁹ DOUE L 101/1, de 15 de abril de 2011. La presente Directiva deberá ser incorporada al derecho nacional de los Estados miembros antes del 6 de abril de 2013.

³⁰ En la estrategia de la UE para la erradicación de la trata de seres humanos (2012 – 2016) se expone que “al existir una amplia gama de medidas legislativas y políticas, se plantea un riesgo de solapamiento y de duplicación de las iniciativas. Por lo tanto, el objetivo de esta Estrategia es proporcionar un marco coherente para las iniciativas previstas y en curso, fijar prioridades, suplir carencias y, por lo tanto, complementar la Directiva recientemente adoptada. La Comisión ya ha designado a un Coordinador de la UE contra la trata de seres humanos, que inició sus actividades en marzo de 2011 y supervisará la ejecución de esta Estrategia. La Comisión también ha creado un sitio web dedicado a la lucha contra la trata de seres humanos, que se actualiza regularmente, <http://ec.europa.eu/anti-trafficking>.

³¹ En el año 2010, se redacta un Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 15 de octubre [COM(2010) 493 final – no publicado en el Diario Oficial], sobre la aplicación de la Directiva 2004/81/CE relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes. Este informe ofrece una visión general de la aplicación de la Directiva 2004/81/CE por parte de los países de la UE sujetos a ella. Todos estos países han comunicado sus medidas de transposición; no obstante, existen algunas deficiencias respecto a la correcta aplicación de la directiva.

ante un atentado a los derechos humanos de sus víctimas”. El impacto de la Directiva de 2004/81/CE en la protección para estas víctimas ha resultado insuficiente, no recogiendo la posibilidad de acudir al asilo en base a los derechos humanos que le fueron vulnerados.

11. La rígida política de control de flujos migratorios llega a absorber a los supuestos de asilo y el tratamiento de las víctimas de trata, sin tener en cuenta el alto riesgo que éstas pueden asumir si llegan a regresar a sus lugares de origen. Existen una serie de factores que impiden la efectiva protección internacional de las personas necesitadas de asilo, ya que pueden verse forzadas a recurrir a redes de tráfico y trata de personas, poniendo en riesgo sus vidas y, con frecuencia, obstaculizando el resultado de sus solicitudes de asilo en el Estado de destino. En España, la inexistencia de datos, casos documentados o publicados sobre víctimas de trata a quienes se les haya concedido el estatuto de refugiado, quizás por la severa normativa de protección de datos, pone de relieve la idea de que este colectivo cuenta con otros mecanismos de protección específica a través del Derecho de extranjería. Principalmente, nos referimos al art. 59 bis de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LOEx)³². Este precepto tiene un sentido orientado a facilitar que las víctimas de trata cooperen con las autoridades en la investigación e incriminación de quienes cometen el delito. Lo cierto es que la situación de especial vulnerabilidad en que se encuentran la mayoría de extranjeras víctimas de trata hace improbable que ayuden a las autoridades encargadas de investigar y sancionar dicho delito, frustrándose el mecanismo de defensa del precepto señalado. A pesar de las modificaciones realizadas en el sector de extranjería, las Ongs que intervienen con las víctimas de trata exponen en diversos foros públicos que la asistencia sigue estando condicionada, en la mayoría de los casos, a la denuncia y colaboración con las autoridades. Con la idea de suprimir dichos obstáculos, además de las exigencias del marco jurídico internacional y de las necesidades planteadas por organizaciones que trabajan con las víctimas de la trata³³, surge en España el Protocolo Marco de Protección para la víctima de trata de seres humanos, de 28 de octubre de 2011³⁴, de aplicación a todas las víctimas de este delito, sin discriminación alguna por razón de sexo, nacionalidad o situación administrativa de las víctimas extranjeras. Este instrumento sienta las bases para establecer pautas de actuación y favorecer la coordinación entre las instituciones públicas y privadas implicadas en la detección, identificación, asistencia y protección de las víctimas de trata de seres humanos, aunque al parecer ha dejado cuestiones fundamentales sin definir, como los conceptos “colaboración con las autoridades” y “situación personal de la víctima”, tal y como demandan el Foro social contra la trata y las organizaciones que ayudan a estas víctimas.

12. Las medidas de protección que se aplican a las víctimas de la trata por parte de los Estados se limitan a la asistencia de corto plazo y al apoyo que se les brinda dentro del sistema de justicia penal a las víctimas de estos delitos. Estas respuestas resultan insuficientes para las mujeres explotadas sexualmente que tienen temores de persecución o de ser objeto de otras violaciones graves de los derechos humanos, y que no pueden regresar a su país de origen. Estas personas requieren de la protección

³² BOE núm. 299, de 12 de diciembre de 2009. El art. 59 bis LOEx ha sido reformado en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015). Particularmente, la Disposición final segunda modifica el apartado 2 del artículo 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Se modifica el apartado 2 del artículo 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que queda redactado en los siguientes términos: “2. Los órganos administrativos competentes, cuando estimen que existen motivos razonables para creer que una persona extranjera en situación irregular ha sido víctima de trata de seres humanos, informarán a la persona interesada sobre las previsiones del presente artículo y elevarán a la autoridad competente para su resolución la oportuna propuesta sobre la concesión de un período de restablecimiento y reflexión, de acuerdo con el procedimiento previsto reglamentariamente”.

³³ Vid. Proyecto Esperanza, junto a *Women's Link Worldwide*, participa en el Proyecto Europeo *Compact European Action for Compensation for Trafficked Persons*, liderado por *La Strada International* y *Anti-Slavery International*, con participación de 13 Estados europeos, con el objetivo de crear conciencia y sensibilizar, tanto a nivel nacional como internacional, sobre la importancia de superar las barreras que existen en la práctica para que las víctimas de trata. Más información: www.compactproject.org.

³⁴ Firmado por el Gobierno español, por la Fiscalía General del Estado y por el CGPJ.

internacional de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951³⁵ (en adelante Convención de Ginebra de 1951) o de su Protocolo de 1967 y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esto implica de manera particular la protección contra la devolución y, en muchos casos, la concesión del asilo o de la protección subsidiaria³⁶. Hay que señalar que cuando surgió la Convención de Ginebra de 1951 no se refería ni a la persecución por motivos de género y, menos aún, a la situación de las víctimas de trata. La interpretación de este convenio por Estados y tribunales superiores³⁷ nos lleva a atestiguar que se ha incluido la problemática de la trata vinculada a la violencia de género cuando aquellas personas tienen temor fundado de persecución si regresan a su país. De hecho, así se dispone en las Directrices del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), donde se afirma que en la definición de refugiado se encuentran las víctimas de la trata de seres humanos y a las personas que están en riesgo de ser víctimas de trata³⁸. El alcance del régimen de protección internacional queda limitado a aquellos que abandonan su país de nacimiento y tienen amenaza de persecución, tal y como se dispone en el art. 1 de la Convención de Ginebra, requisito necesario para alegar el estatuto de refugiado. En el contexto de trata de seres humanos con fines de explotación sexual existen dificultades a la hora interpretar la amenaza de persecución que sufren, pues la definición clásica de refugiado queda ligada a situaciones políticas, religiosas y sociales bien definidas. No obstante, las intervenciones y actividades del ACNUR se fundan en la premisa de que este delito puede implicar abusos u otras amenazas graves contra los derechos humanos de las víctimas, por lo que hay que procurar una respuesta desde la protección internacional y garantizar el bienestar de las personas afectadas³⁹.

13. En la estrategia de la UE para combatir la trata de seres humanos con fines de explotación sexual y el alcance de la protección internacional evidenciamos que, aunque exista una acción común para armonizar el Derecho de asilo, no ha sido fructuosa para este tipo de víctima. Los Estados miembros se comprometieron a la instauración de un Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) fundado sobre la aplicación íntegra de la Convención de Ginebra de 1951 relativa al estatuto de los refugiados, completado por el Protocolo de Nueva York de 1967, procedimiento que garantiza que nadie será reenviado al lugar en el que corre el riesgo de ser perseguido y reafirmar el principio de no expulsión. En este contexto europeo se desarrolla diversos actos normativos, como la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 27 de enero, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados Miembros⁴⁰; la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional

³⁵ Instrumento de adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967 (*BOE* núm. 251, de 21 de octubre de 1978).

³⁶ *Vid.* las Directrices y políticas del ACNUR para la Trata de Personas y la protección de los Refugiados: la perspectiva del ACNUR, de 23 de julio de 2012.

³⁷ Como pone de relieve el informe del ACNUR de 2009 realizado por la consultoras J. BHABHA y C. ALFIREV, “Identificación y derivación de las personas víctimas de trata a los procedimientos para la determinación de las necesidades de protección internacional”, disponible en www.acnur.org

³⁸ Léase conjuntamente las Directrices del ACNUR de 7 de mayo de 2002 sobre persecución por motivos de género en el contexto del art. 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y/o su Protocolo de 1967, y las Directrices de 7 de abril de 2006 de aplicación del art. 1A(2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata, de 7 de abril de 2006 (en adelante Directrices ACNUR sobre trata), *vid.* www.acnur.org.

³⁹ La Agenda para la Protección internacional, adoptada por el Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR en el año 2003, reconoce que los Estados han de asegurarse de que sus propios procedimientos para conceder el asilo permiten recibir solicitudes de personas objeto de trata, especialmente mujeres y niñas, que pueden basar su solicitud de asilo en razones no manifiestamente infundadas”. De igual forma, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha exhortado a los Estados a cerciorarse de que existan procedimientos y procesos para recibir y estudiar las solicitudes de asilo que presenten tanto víctimas de trata como de tráfico de personas y de que se respete y haga valer en todo momento el principio de la no devolución”. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas también ha instado a los Estados a que otorguen plena protección, en virtud de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, entre otras a las mujeres víctimas de la trata que pidan asilo por motivos de persecución basada en el género, de acuerdo con la evolución reciente del derecho internacional de los refugiados y la práctica de otros Estados”.

⁴⁰ *DOUE* L 31, de 6 de febrero de 2003.

y al contenido de la protección concedida⁴¹ o la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que aplican los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado⁴². Para garantizar una evaluación global y eficiente de las necesidades de protección internacional de los solicitantes de asilo, se establece un nuevo marco normativo que integra los textos refundidos de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición)⁴³, llamada Directiva de procedimientos (en adelante Directiva 2013/32/UE); la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (de refundición)⁴⁴, llamada Directiva de acogida (en adelante Directiva 2013/33/UE); el Reglamento de Dublín⁴⁵ y el Reglamento Eurodac⁴⁶. En cuanto al Reglamento de Dublín procura determinar qué país es responsable de tomar una decisión sobre su solicitud. Lo novedoso es que el hecho de que la persona que haya solicitado asilo en un determinado país no garantiza que se vaya a examinar en dicho Estado, ya esto se establece mediante un proceso establecido para acordar que solo un país es responsable del examen de su solicitud en toda una región geográfica que abarca a la UE, el Espacio Económico Europeo y Suiza⁴⁷. Por su parte, la Directiva 2013/32/UE desarrolla las nuevas normas para que los Estados miembros concedan o retiren la protección internacional con vistas al establecimiento de un procedimiento común de asilo en la Unión. En cuanto a la Directiva 2013/33/UE contempla la provisión de determinadas condiciones de acogida mientras esperan que se estudie su solicitud. Estos instrumentos son especialmente cuidadosos con algunos solicitantes de asilo, debido a la necesidad garantías procedimentales especiales por razón a su edad, género, orientación sexual, identidad de género, discapacidad, enfermedad grave, enfermedad mental o consecuencias de torturas, violación u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual (art. 21 de la Directiva 2013/33/UE). Por ello los Estados miembros deben esforzarse por identificar a las solicitantes que necesitan garantías procedimentales especiales antes de adoptar una resolución judicial, así como prestar un respaldo adecuado a las víctimas de trata cuando solicitan el asilo, incluyendo el tiempo necesario para el efectivo acceso a los procedimientos.

14. Al hilo del movimiento legislador en la esfera internacional y europea, España ha incorporado progresivamente diferentes prescripciones normativas dirigidas a hacer frente a dicho fenómeno⁴⁸. Centrándonos en el derecho de asilo en relación con la perspectiva de género y con la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁴⁹ (en adelante LOIEMH), se añade a la anterior Ley de asilo una disposición adicional tercera, en virtud de la cual el temor fundado de una extranjera a sufrir persecución por motivos de género se comprende en la defini-

⁴¹ DOUE L 304, 30 de septiembre de 2004.

⁴² DOUE L 326, 13 de diciembre de 2005.

⁴³ DOUE L de 29 de julio de 2013, con entrada en vigor el 21 de julio de 2015.

⁴⁴ DOUE L de 29 de junio de 2013, con entrada en vigor el 21 de julio de 2015.

⁴⁵ Reglamento (UE) núm. 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, publicado en DOUE núm. L 180, el 29 de junio de 2013, aplicable a las solicitudes de protección internacional presentadas desde el 1 de enero de 2014.

⁴⁶ Reglamento (UE) n° 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema “Eurodac” para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) n° 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia, publicado en DOUE núm. L 180, de 26 de junio de 2013 y con entrada en vigor el 19 de julio de 2013. Este instrumento regula las bases de datos de impresiones dactilares con fines de asilo en la UE, se fijan un conjunto de garantías, como por ejemplo la prohibición de compartir estos datos con terceros países. Las búsquedas en la base de datos se limitan a aquellos casos en que existe una sospecha fundada de que una persona que ha cometido un crimen también ha solicitado asilo. Asimismo, se debe proporcionar información a las personas sobre el propósito para el que sus huellas son utilizadas en Eurodac.

⁴⁷ Más información en <http://www.interior.gob.es/>.

⁴⁸ El Plan nacional contra la trata de 2009 y la reforma de la ley de extranjería (diciembre).

⁴⁹ BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

ción de refugiada⁵⁰. Esta modificación es consecuencia de la proyección del principio de igualdad a las políticas públicas y el ordenamiento jurídico⁵¹. La vigente Ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria⁵² (en adelante Ley 12/2009 de asilo)⁵³ recoge tal categoría en su art. 3. El legislador español, por tanto, sobrepasa el contenido de la Convención de Ginebra sobre estatuto de refugiado, al añadir un sexto motivo para incluir a las personas que huyen de sus países de origen debido a fundados temores de sufrir persecución por motivos de género. Aunque se hace referencia en el art. 46 de la Ley 12/2009 de asilo a la conveniencia de tener en cuenta la situación específica de personas solicitantes o beneficiarias de protección internacional en situación de especial vulnerabilidad, como las víctimas de trata de seres humanos, se limita a remitir al futuro reglamento las exigencias para otorgar dicha protección. Actualmente, nos encontramos a la espera de la aprobación del nuevo Reglamento de la Ley de Asilo para comprobar las disposiciones del sistema europeo común de asilo (SECA) y la afirmación contundente de que las víctimas de trata pueden ser solicitantes de refugio.

15. Con este efímero recorrido normativo pretendemos evidenciar que muchas de las víctimas de la trata pueden ser refugiadas, pero que, sin embargo, no existe un posicionamiento categórico en este sentido. Con el objetivo de reducir su vulnerabilidad, debemos entrar en el análisis de los mecanismos de protección que a éstas se les ofrece para aportar una respuesta armonizada e integrada a su situación. A continuación, expondremos la técnica del “hilo de Ariadna” que favorecerá la obtención de la protección internacional de las mismas.

III. La técnica jurídica del “hilo de Ariadna” para alcanzar la protección internacional de la víctima de trata

16. Al verificar el sistema de protección internacional que puede asistir a las víctimas de trata, hemos evidenciado que resulta un mecanismo impreciso y bastante tedioso. La proliferación de textos internacionales y una apretada agenda de las instituciones comunitarias para verificar la mejora del sistema de asilo y de la trata de personas con fines de explotación sexual no resultan eficaces para proteger a estas víctimas. La práctica muestra que queda muy lejos la concesión de las solicitudes de asilo por motivos de género y, en particular, por ser víctima de trata con fines de explotación sexual⁵⁴. La especial protección que merecen dichas víctimas impulsa a diseñar un mecanismo de salida en el laberinto de conceptos existentes en el Derecho de los refugiados: la técnica jurídica del “hilo de Ariadna”. Esta técnica consiste en una serie de argumentos que, una vez relacionados, nos aproximarán, con alguna dificultad, a la solución de un problema que parecía no tener salida para el operador jurídico. En el entramado de conceptos del sistema de protección internacional de las víctimas de trata debemos empezar por definir qué se entiende por «pertenencia a un determinado grupo social en el contexto del art. 1º (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, en relación con las víctimas de la trata de personas y las que están en riesgo de serlo. En el contexto de la trata de mujeres con fines de explotación sexual, la pertenencia a un determinado grupo era la única opción disponible para las víctimas que buscan protección internacional, porque la Convención de Ginebra no recoge de forma expresa ni la persecución por género ni

⁵⁰ V. MERINO SANCHO, “La violencia de género como acto persecutorio en el derecho de asilo tras la reforma de la Ley 12/2009. Un reforma inconclusa”, en F. J. GARCÍA CASTAÑO Y N. KRESSOVA (Coords.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Instituto de Migraciones, Granada 2011, págs. 2169-2178; N. ARENAS HIDALGO, “La violencia doméstica y la posibilidad de adquirir el estatuto de refugiado”, *Revista de Derecho de Extranjería*, 2008, núm. 17, 59-102.

⁵¹ Sobre el tema *vid.* M^a. J. AÑÓN ROIG, “¿Una legislación para transformar la realidad social? A propósito de la Ley para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en M. B. CARDONA RUBET (COORD.), *Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Hacia un respecto igualitario de las reformas parentales*, Albacete, Bomarzo, 2009, págs. 11-38.

⁵² BOE núm. 263, de 30 de octubre de 2009.

⁵³ Véase a B. ROMÁN LUJÁN, “La nueva ley de asilo (Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 22, 2009, pp. 147-160.

⁵⁴ *Id.* AA.VV., “Solicitudes de asilo relacionadas con el género en Europa: Un análisis comparativo de la legislación, políticas y práctica centrado en las mujeres en nueve Estados miembros de la UE”, disponible en inglés <http://tinyurl.com/EU-Gender-asylum-claims-2012b> (consulta el 18 de junio de 2015).

la que sufre la víctima de trata⁵⁵. Por ello, y excepcionalmente, existen situaciones donde alguna de las otras cuatro categorías es tenida en cuenta en el análisis para la protección internacional de esta víctima (persecución por motivos de raza, nacionalidad, religión u opiniones políticas), aunque es probable que el sexo de ella sea una característica crucial para los agentes de persecución en la comisión de este delito. Ante esta indeterminación y la casi imposibilidad de alcanzar la condición de refugiada, es necesario que la evolución e interpretación de Derecho de refugiados en relación a la víctima de trata de explotación sea más fructuosa. Esta falta de contundencia para combatir este delito en proclamar que una víctima de trata explotada sexualmente acceda a la protección internacional se evidencia en el Protocolo sobre Trata de Naciones Unidas, en el Convenio de Varsovia, en la Directiva 2004/81/CE o en la Directiva 2011/36/UE⁵⁶. No consideramos que sea suficiente que estos instrumentos internacionales establezcan solo una cláusula de salvaguarda⁵⁷, donde se alude a que no se perjudicará en ningún momento el principio de no devolución y piedra angular de los refugiados, con arreglo al art. 33 de la Convención de Ginebra y a los arts. 4 y 19.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

17. En el marco del Consejo de Europa, el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (en adelante Convenio de Estambul), ratificado por España el 18 de marzo de 2014⁵⁸, es una aportación regional a la lucha contra la violencia de género, aunque sucesor de las numerosas iniciativas a nivel internacional y regional⁵⁹. El convenio está centrado en la detección, prevención y lucha contra todas las formas de violencia sobre la mujer, en las que el género es un factor determinante que incluyen el abuso sexual, la violación, el incesto, la violencia en el ámbito familiar, la mutilación genital, la violencia basada en la orientación sexual o identidad de género, la esterilización forzada, los matrimonios forzados, el aborto selectivo y los crímenes por honor, entre otras. El ámbito de aplicación de este convenio viene expuesto en el art. 3 del Convenio de Estambul, que dilucida que la violencia contra la mujer por razones de género se entenderá toda violencia contra una mujer, porque afecta a las mujeres de manera desproporcionada, deduciendo que abarca necesariamente al fenómeno de la trata de mujeres y niñas. El reproche que manifestamos de esta explicación es la pérdida de oportunidad para proclamar abiertamente el nexo existente entre la violencia de género y la trata con fines de explotación sexual de mujeres y niñas, por lo que precisamos de una interpretación amplia que englobe a este fenómeno en la definición de violencia de género. Y es que la importancia de este instrumento de ámbito europeo estriba en que supone una primera normativa convencional en materia de violencia contra la mujer y la violencia doméstica⁶⁰ para hacer frente a esta grave violación de los derechos humanos y establecer una tolerancia cero con respecto a esta problemática. De hecho, se considera responsables a los Estados si no responden de manera adecuada y efectiva a este tipo de violencia, a la que habrá que enfrentarse con instrumentos más complejos que la justicia penal⁶¹. Justamente, en relación con las solicitudes de asilo basadas en género, los arts. 60 y 61

⁵⁵ La definición de una persona refugiada para la Convención de Ginebra es aquella que, “debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera de su país y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país”.

⁵⁶ Según el considerando 23 de esta Directiva, se hará atención especial que debe prestarse a los menores no acompañados víctimas de trata de seres humanos, ya que éstos necesitan asistencia y apoyo específico por razón de su situación de vulnerabilidad particular, declarando que medias específicas en interés superior del menor que debe ser la consideración primordial, entre las que se encuentra la posible concesión del estatuto de protección internacional o la concesión de otro estatuto con arreglo al Derecho nacional del estado miembro.

⁵⁷ Vid. el art. 14.1 del Protocolo contra la Trata; los arts. 14.5 y 40.4 del Convenio de Varsovia; Considerando 4 de la Directiva 2004/81/CE; el apartado 6 del art. 10 de la Directiva 2011/36/UE.

⁵⁸ Publicado en el *BOE* núm. 137, del 6 de junio de 2014. En la actual reforma del Código penal español de 2015 se observa una clara influencia del Convenio de Estambul en materia de violencia de género y doméstica. Esta modificación incide en el refuerzo en la protección especial que actualmente dispensa el Código Penal para las víctimas de este tipo de delito.

⁵⁹ Vid. su preámbulo que menciona una serie de tratados internacionales de carácter universal y regional.

⁶⁰ Sobre el mismo, *vid.* <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/convention-violence/brochures/PlaquetteConventionViolence-Spanish.pdf> (consultado 16 junio de 2015)

⁶¹ T. PITCH, “La violencia contra las mujeres y sus usos políticos”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 48 (2014), 19-29, en espec. p. 26; T. USHAKOVA, “La aportación del nuevo Convenio del Consejo de Europa al debate sobre la violencia doméstica”, *Revista internacional y comparada de Relaciones laborales y Derecho del empleo*, vol. 1, núm. 4, octubre-diciembre de 2013, en http://www.adapt.it/EJCLS/index.php/rlde_adapt/article/view/137 (consultado en 21 marzo de 2015).

del Convenio de Estambul reclaman a los Estados más sensibilidad de género en los procedimientos de determinación de la condición de refugiado y los obliga a adoptar las medidas legislativas y de otra índole para garantizar que la violencia de género contra las mujeres sea reconocida como un motivo válido para solicitar asilo. Y es que el grado en que los países europeos reconocen actualmente la condición de refugiado a las mujeres y niñas en riesgo de persecución por motivos de género varía significativamente. Por ello, en el contexto de los refugiados, el Convenio de Estambul recoge la especial vulnerabilidad que hay que tener en relación con las mujeres se enfrentan a violencias específicas, declaración ya establecida en la Directrices del ACNUR de 2002 sobre persecución por motivos de género. Los motivos de persecución pueden manifestarse de diferente manera respecto de hombres y mujeres. Por ejemplo, el agente perseguidor podría tratar de eliminar a una etnia mediante el asesinato, mutilación o encarcelamiento de los hombres, mientras que las mujeres podrían ser perseguidas mediante la violación masiva (para extender la etnia del que ejerce la violencia) o, al contrario, la esterilización o el aborto forzosos para no perpetuar la etnia perseguida. Por eso no hay que perder de vista que la perspectiva de género no interviene sola como motivo de persecución, sino que debe ser tenida en cuenta en muchos aspectos relacionados con el derecho de asilo. Al margen de este aspecto, echamos en falta que la trata con fines de explotación no se incluya expresamente como otra forma de violencia de género.

18. El legislador español, por su parte, añadió el género como sexto motivo de persecución en el art. 7 de la Ley de asilo de 2009, lo que favorece la determinación del estatuto de refugiada de un modo acorde a las experiencias basadas en el género⁶². A diferencia de lo que ocurre con las otras causas de persecución -la raza, la religión, la nacionalidad, el grupo social y las opiniones políticas-, la Ley de Asilo española expresa que el género y la orientación sexual no pueden dar origen a una persecución por sí solos, sino que dependerá de las circunstancias imperantes en el país de origen [art. 7. e) último inciso de la Ley de asilo de 2009]. La acotación especial al referirse a la persecución por género en función de las circunstancias imperantes en el país de origen⁶³, conlleva a que esta específica persecución deba unirse a otras circunstancias, porque por sí sola no puedan dar lugar a la aplicación del presente artículo⁶⁴. Es indiscutible que las circunstancias del país de origen hay que tenerlas en cuenta en todas las solicitudes de asilo, por lo que en la práctica no hay ninguna razón para que debiliten el reconocimiento del motivo de género, que ha llegado a la normativa española tras una larga lucha de las organizaciones sociales. En la práctica, existe una línea jurisprudencial española, como en la STS de 31 de mayo de 2011⁶⁵, que confirma la necesidad de combinar varios motivos de persecución para robustecer la concesión del estatuto de refugiada, como es la situación de la solicitante de asilo desde la doble perspectiva de haber sido víctima de trata con fines de explotación sexual y de haber escapado de su casa por temor de ser forzada a contraer matrimonio. Estas exigencias llevan a que los tribunales españoles interpreten el concepto de género en relación a determinados tipos de violencia de género. La jurisprudencia española confirma el asilo a las mujeres extranjeras víctimas de mutilación genital⁶⁶, de matrimonios forzados⁶⁷ o las que sufren violencia machista en sus países de origen que salen huyendo en busca de refugio⁶⁸.

⁶² Sobre el tema véase D. T. KAHALE CARRILLO, *El derecho de asilo frente a la violencia de género*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010.

⁶³ Expresión derivada del art. 10 de la Directiva 2004/83/CE, que reproduce la ley española. En cuanto a la persecución por motivos de género, la Disposición Adicional 29ª de la Ley de Igualdad, de 2007 modificó la anterior Ley de Asilo para hacer mención expresa a la persecución por este motivo.

⁶⁴ Vid. el comentario del precepto de la Ley de asilo del Observatorio europeo del Derecho de asilo <http://www.oeda.es/index.php/ley-de-asilo-122009.html#a27> (consultado el 30 de junio de 2015).

⁶⁵ RJ 2011/4859.

⁶⁶ Vid. C. MIGUEL JUAN, “La mutilación genital femenina, derecho de asilo en España y otras formas de protección internacional”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2008, núm. 17, Recuperado el 21/01/2011, de http://www.uv.es/CEFD/17/carmen_miguel.pdf; N. MARCHAL ESCALONA, “Mutilación genital femenina y violencia de género”, en F. J. GARCÍA CASTAÑO y N. KRESSOVA (Coords.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Granada, Instituto de Migraciones, 2011, págs. 2179-2190.

⁶⁷ Como en la SAN de 23 de junio de 2010 (JUR 2010/257117).

⁶⁸ Tal y como se confirma en la STS de 15 de junio de 2011 (RJ 2011/5365) o la STS de 11 de mayo de 2009 (RJ 2009/4272). Contrariamente, en la STS de 19 septiembre 2011 (RJ 2011/7148), se deniega el asilo solicitado, ya que la recurrente obtuvo protección adecuada de las autoridades de su país frente a los ataques de su marido, y tras obtener el divorcio y cumplir su ya ex marido la condena penal, no hay ninguna prueba sólida de que la recurrente continuara siendo amenazada y

Y es que el reconocimiento del estatuto de refugiada está siendo favorable en solicitudes basadas en prácticas tradicionales y concebidas como especialmente graves dirigidas contra las mujeres en una determinada sociedad, a diferencia de la persecución que reviste otras formas y que no se califican como actos persecutorios⁶⁹. Ahora bien, aunque en la ley española exista un motivo único e independiente que justifica el reconocimiento del estatuto a las perseguidas por violencia de género, resulta insuficiente en la incidencia de la trata con fines de explotación sexual. Aunque falte una inclusión expresa de estas víctimas en la Ley de asilo de 2009, el manual de ACNUR al hablar de género si las considera objeto de persecución, junto con otros motivos, como el padecer una enfermedad que produzca rechazo en el país de origen. El art. 46 de la Ley 12/2009 de asilo es la única referencia que se realiza a la trata de seres humanos, al tener que tener en cuenta la situación específica de las personas solicitantes o beneficiarias de protección internacional en situación de vulnerabilidad para adoptar las medidas necesarias y dar un tratamiento diferenciado.

19. Como advertimos, el sistema de protección internacional es confuso, posiblemente, por la indeterminación del sintagma motivos de género y trata con fines de explotación sexual, lo que origina que recurramos al “hilo de Ariadna” para salir del laberinto conceptual. Dicha técnica nos conduce desde las diversas dimensiones de la violencia de género al contexto de la trata con fines de explotación sexual, como otra forma de discriminación por género⁷⁰. La violencia de género es un monstruo con muchos ejes y su erradicación se vuelve compleja. Precisamente, la víctima de trata vive inmersa en la violencia de género, su vida transcurre sin advertir su existencia. Y es que cuando una conducta de este tipo es normalizada por un ambiente cultural dominante se vuelve invisible. Desde el Derecho de asilo, la perspectiva de género se convierte en esencial para poder analizar las diversas dimensiones de la trata. La categoría “violencia contra las mujeres basada en el género” comprende unos actos que se dirigen contra las mujeres, como resultado de unas relaciones y estructuras de género que las colocan en situación de subordinación. Existen numerosos riesgos de subcategorizar a la violencia y concretar los caracteres del tipo susceptible de análisis. Quizás sea mejor instaurar categorías analíticas a partir de la contextualización de cada acto, partiendo del modelo explicativo del concepto de género⁷¹. En esta tarea, y con el marco conceptual de persecución por violencia de género, debemos contextualizar a “la trata con fines de explotación sexual”. La trata no es neutral al género y más aún cuando hablamos de explotación sexual. Esto ocurre por las relaciones de dominación y explotación que los hombres ejercen sobre las mujeres en base a los valores tradicionales del patriarcado⁷². En este fenómeno, donde participan los mitos y estereotipos de la sexualidad femenina, las mujeres víctimas de la explotación sexual en la trata quedan sometidas a un proceso de cosificación que las convierte en objetos de propiedad del tratante, con la finalidad de satisfacer la construcción de la sexualidad masculina tradicional⁷³. La dimensión internacional de la trata como problema de violencia de género se visibiliza en las Directrices como un problema global, tal y como se afirma en las Directrices del ACNUR de 2006 en relación con las víctimas de la trata⁷⁴, que aseveran que la trata de personas para la prostitución o la

acosada por aquel ni de que fuera imposible o inútil confiar en una protección por parte de las mismas autoridades frente a esos hipotéticos actos de hostigamiento, ni de que por esta razón se encontrara en una situación de grave desprotección. Desde esta perspectiva, al no existir una verdadera persecución protegible ni haber razones para apreciar la posibilidad contemplada en la Ley de Asilo, se excluye la aplicación de dicha normativa.

⁶⁹ Esta reflexión se puede consultar en V. M. MERINO SANCHO, “La violencia de género como acto persecutorio en el derecho de asilo...”, en *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones...*, loc. cit., op. cit., págs. 2169-2178.

⁷⁰ Vid. AA.VV., *Trátame bien*, Fundación CEPAIN, 2015, en www.cepain.org

⁷¹ Tal y como expone V. M. MERINO SANCHO, “La violencia de género como acto persecutorio en el derecho de asilo...”, en *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones...*, loc. cit., op. cit., págs. 2169-2178.

⁷² Vid. AA.VV., *Esclavas del siglo XXI: la trata confines de explotación sexual*, editada por Paz y Progreso, en http://pazydesarrollo.org/pdf/guia_trata_sexual_pyd.pdf

⁷³ Vid. S. GARCÍA CUESTA y otros, *Poblaciones-Mercancía. Tráfico y trata de mujeres en España*, 2011, en <http://digital.csic.es/bitstream/10261/48207/1/Poblaciones-Mercancia.pdf>

⁷⁴ Las Directrices ACNUR sobre protección internacional del año 2006 analizan cada requisito exigido por la Convención para el reconocimiento de la condición de refugiado desde la situación de las víctimas de trata o víctimas potenciales, teniendo en cuenta las particularidades que presenta este tipo de vulneración de los derechos humanos. Estas directrices deben leerse de forma conjunta con las Directrices de 2002 sobre persecución por motivos de género, en el contexto del artículo 1A 2) de la Convención de 1951 o su Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiados, en www.acnur.org. En concordancia con estos

explotación sexual es una forma de violencia o abuso por motivos de género, lo que puede llevar incluso a la muerte⁷⁵. Dicho sintagma es acentuado en el Parlamento europeo mediante la Resolución de 26 de febrero de 2014 sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género. Para ello insta a la Comisión Europea y a los Estados miembros a poner en marcha los medios y herramientas necesarias para combatir la trata, la explotación sexual y reducir la prostitución, así como violaciones de los derechos fundamentales de las mujeres, en especial de las menores de edad. Ello, sin duda, refuerza la perspectiva de género y las consideraciones de Derechos humanos⁷⁶, sin tener que indagar en los perfiles de víctimas más allá del reconocimiento del estatus para su protección. La inclusión de las víctimas de trata explotadas sexualmente en la categoría de persecución de género es posible gracias al hilo de Ariadna, técnica que nos permite superar el primer obstáculo para que prospere la solicitud de asilo⁷⁷.

20. Desde un punto de vista práctico, la existencia de un temor fundado a volver a su país por parte de estas víctimas y la aportación de pruebas en el procedimiento del estatuto de refugiada resultan extremadamente dificultosas. Tal y como dispone las Directrices del ACNUR sobre trata⁷⁸, por el hecho de que la persona haya accedido a aportar pruebas no hace necesariamente que sea una refugiada, a menos que las repercusiones temidas a su regreso al país de origen lleguen a equivaler a la persecución vinculada con uno o más motivos de la Convención de Ginebra. A la inversa, si una víctima de trata se ha negado a aportar pruebas no debe llevar a una conclusión negativa en relación con su solicitud de asilo. Al escapar de sus tratantes o ser descubierta por agentes de policía o de migración, raramente la extranjera tiene en su poder documentos de identidad válidos, ya que la retención de esos documentos es una herramienta de control usada por los tratantes. Con frecuencia, la mujer tratada se siente avergonzada por su terrible experiencia al sufrir el trauma de la violencia sexual física y/o psíquica a la que ha sido sometida, temiendo a las represalias que cometen los tratantes contra ella o contra su familia. Todo ello impide obtener la información para determinar si la víctima ha sufrido persecución conforme al Derecho internacional de los refugiados. Sin embargo, tal y como señala el más alto tribunal español⁷⁹ “no es exigible una prueba plena sobre la situación invocada, pero sí una razonable certeza sobre el relato fáctico presentado, entendiendo que solo puede establecerse cuando el enlace entre el hecho indicio y el hecho a deducir sea preciso y directo según las reglas del criterio humano”. En materia de asilo, la reiterada doctrina del TS fundamenta lo siguiente: “resulta preciso recordar que la jurisprudencia consolidada del TS interpreta la normativa de asilo y refugio en el sentido de que la misma se infiere un criterio de atenuación de la carga de la prueba, pero no una exoneración total de ésta”⁸⁰. A estos efectos, es inexcusable que, al menos, existan indicios suficientes, pues de otro modo toda víctima de trata tendría automáticamente la concesión del asilo, que no es la finalidad de la institución. Por otra parte, en la evaluación para que una víctima de trata pueda de obtener el estatuto de refugiada se estudia el riesgo futuro que puede sufrir la víctima si es devuelta a su país de origen, el riesgo de que sea re-traficada, el que los tratantes tomen represalias hacia ella o sus familias o la posible estigmatización social u ostracismo que le impida ejercer sus derechos humanos, etc. Asimismo, es importante el contexto de impunidad en el que pueden actuar las organizaciones dedicadas a la trata en el país de origen y el grado de protección efectiva que dicho Estado puede ofrecer a la víctima si es devuelta. Otros aspectos relevantes a tener en cuenta son

argumentos, el Plan Nacional contra la Trata con fines de Explotación Sexual de 2010 del anterior Ministerio de Igualdad identificaba la trata como un suceso de violencia de género, siguiendo las directrices de varias convenciones internacionales que apuntan este nexo de conceptos.

⁷⁵ Por su relevancia, es conveniente transcribir el siguiente párrafo: “algunos menores o mujeres víctimas de la trata de personas podrían calificar como refugiados en virtud de la Convención sobre el estatuto de los refugiados, 28 de julio de 1951 y su Protocolo sobre el estatuto de los refugiados, 31 de enero de 1967...”.

⁷⁶ Vid. S. GARCÍA CUESTA, “La trata en España: una interpretación de los Derechos Humanos desde la perspectiva de género”, *Dilemata*, 2012, núm. 10, pp. 45-64.

⁷⁷ Vid. T. M. CHRISTENSEN, *Trata con fines de explotación sexual: Protección de las víctimas en la legislación nacional e internacional de asilo*, 2011, www.acnur.org

⁷⁸ Vid. Directrices del ACNUR sobre trata, párr. 50.

⁷⁹ Vid. F.D. 4º de la STS de 25 de septiembre de 2000 (RJ 2000/8462); F. D. 2º de la SAN de 13 de octubre de 2011 (JUR 2011/398020).

⁸⁰ Vid. STS de 1 de junio de 2000 (RJ 2000/5748); STS de 6 de abril de 2005 (RJ 2005/3466); F. D. 4º de la STS de 28 de octubre de 2005 (RJ 2005/7570).

la magnitud del fenómeno de la trata en dicho país de origen, así como otras circunstancias específicas de la víctima o su familia que las pudiera poner en una situación de riesgo añadido - por ejemplo, grupo étnico o religioso. En los procedimientos de asilo es trascendental detallar de forma adecuada los riesgos que puede sufrir si vuelve, así como dejar constancia de la situación psicológica (traumas, salud mental) de la víctima tanto cuando sale de la trata como cuando presenta la solicitud de asilo⁸¹. Otra clave interpretativa para la concesión del estatuto de refugiada es si la persona no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de su país de origen. Es preciso determinar de quién teme la persecución para saber por qué no quiere o no puede regresar a su país de origen, ya que esta puede ser perpetrada por agentes estatales y no estatales. El ACNUR explica que la sola existencia de una ley estatal que prohíba la trata, en sí misma, no es suficiente para excluir la posibilidad de persecución si no se aplica en la práctica⁸². En otras ocasiones, los agentes de persecución pueden ser no estatales, de tal manera que se incluyen a los miembros de la familia cuando el Estado no pueda proporcionar la protección contra la persecución o los daños graves (art. 6 de la Directiva 2004/83/CE). El trato gravemente discriminatorio realizado por la población local o por los individuos puede equiparse a persecución si las autoridades los toleran de manera deliberada o se niegan a brindar una protección eficaz⁸³. Y es que en la persecución por motivos de género frecuentemente se ejerce por agentes no estatales, tales como miembros de la misma familia o comunidad, autoridades religiosas o culturales. En estos supuestos resulta fundamental resaltar la responsabilidad estatal de proteger a las víctimas de violaciones de Derechos humanos, establecida en instrumentos como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante CEDAW). La existencia de tantas precisiones viene derivada del concepto de “acto persecutorio”, ya que su interpretación resulta trascendental para otorgar el estatuto de refugiada. Estas claves interpretativas suscitan ciertos avances en la jurisprudencia española, tal y como comprobamos en la SAN de 28 de abril de 2014⁸⁴, en relación con una mujer nacional de Nigeria que alegó haber sufrido violencia psicológica y sexual por parte de su padre, además de poder ser víctima potencial de trata con fines de explotación. La AN estimó el recurso planteado, “dada la falta de motivación razonable de la resolución recurrida en relación con la alegación de trata de personas para la explotación sexual y en atención a la jurisprudencia del TS”. No obstante, habrá que esperar a la suerte de esta víctima en la concesión del estatuto de refugiada, ya que esta resolución judicial solo anula la resolución de inadmisión a trámite de la solicitud de asilo⁸⁵. En relación con los últimos tiempos, se está reconociendo como refugiadas al menos tres personas, una de nacionalidad mexicana, cuya situación de trata se había producido en el propio país de origen, y dos de nacionalidad camerunesa⁸⁶. Pero a pesar de la multitud de recomendaciones internacionales y nacionales y la ingente proliferación de directrices o estudios desde instituciones y asociaciones implicadas en el terreno, comprobamos que la relación entre la trata por explotación y la violencia de género no se ha materializado en una proclamación definitiva. La falta de consideración de violencia de género la sufrida por estas víctimas origina que las solicitudes de asilo no estén siendo estimadas, resultando desprotegidas desde el ámbito de la Convención de Ginebra. Confiamos que el Convenio de Estambul garantice una interpretación sensible del Derecho refugiados con respecto de la problemática de la trata con fines de explotación. De acuerdo con el art. 60.3 del Convenio de Estambul, los Estados Partes tendrán que poner en marcha un proceso de determi-

⁸¹ Vid. AAA.VV., *Guía de actuación en la asistencia jurídica a solicitantes de protección internacional. En el contexto de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidia*, ACNUR e Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Madrid, 2011, <http://www.acnur.es>

⁸² Vid. Directrices del ANUR sobre trata, párr. 23. Por otra parte, la consulta y recopilación de información de país de origen a través de diferentes fuentes (para ello se puede acudir a los portales de internet www.ecoi.net y www.refworld.org).

⁸³ D. T. KAHALE CARRILLO, *El derecho de asilo frente...*, op. cit., pp. 122-130, expone claramente cómo evaluar la persecución de un agente no estatal en la violencia de género.

⁸⁴ Roj: SAN 1972/2014 - ECLI:ES:AN:2014:1972. Cendoj: 28079230082014100300, en http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=AN&refer_ence=7046258&links=&optimize=20140519&publicinterface=true. El expediente consta de dos informes del ACNUR que considera que el ser o haber sido víctima de trata puede traer consigo el reconocimiento de la condición de refugiada y hace hincapié en el artículo 46 de la Ley de Asilo.

⁸⁵ La misma solución se otorga en SAN de 6 de marzo de 2014 (JUR 2014/77941).

⁸⁶ Debido al sistema de protección de datos, en inaccesible este tipo de resoluciones. No obstante, se puede consultar los hechos en el Informe de 2015 de CEAR, “Personas refugiadas en España y en Europa”, p. 103, en www.cear.es (consultado el 22 de junio de 2015).

nación de la condición de refugiado que sea respetuoso con las sensibilidades culturales, que garantice que las mujeres y las niñas víctimas de trata no se enfrenten a una mayor estigmatización a su llegada a los países de destino, y que asegure un ambiente comprensivo que permita que las mujeres relaten la información pertinente. Entre tanto se lleva a cabo, hemos conseguido descifrar la salida del laberinto de conceptos del Derecho internacional de refugiados mediante la técnica del “hilo de Ariadna”, además de ciertas claves interpretativas para fundar una solicitud de asilo por parte de una víctima de la trata, lo que promoverá a que se les brinden la protección internacional.

IV. El sistema español de protección a la esclava de la trata y las debilidades de un marco jurídico alternativo

21. Hasta el momento, las escasas solicitudes de asilo motivadas por ser víctima trata de seres humanos se rechazaban o, en casos extremos cuando no se podía devolver a la persona al lugar de origen por temer sufrir persecución, se acudía a otros modelos de protección y asistencia de carácter más temporal⁸⁷. Este tipo de respuestas refuerzan la idea que no terminan de diluirse las fronteras entre los conceptos de refugiados y migrantes⁸⁸. A esta realidad, crecientemente confusa, algunos autores la han denominado *the asylum-migration nexus*⁸⁹. Un sector de la doctrina actual⁹⁰ explica que los vínculos entre migración y asilo componen aspectos que dificultan, si no impiden, una radical diferenciación conceptual entre las razones económicas por las que se migra y los motivos relacionados con la desprotección de los derechos humanos que justifican la búsqueda de asilo en algún país. Otra línea doctrinal considera que el elemento clave de la confusión entre ambas categorías se encuentra en la noción de migración forzada y la indeterminación de los elementos del estatuto de refugiado⁹¹. Y es que las motivaciones que llevan a migrar o las que fuerzan la salida del país de origen, junto con las múltiples dimensiones de los fenómenos migratorios, influyen en la falta de escisión de las dos situaciones. Ante estas nuevas realidades, los Estados tienden a elaborar unas políticas migratorias que se fundan sobre visiones reduccionistas de las realidades humanas⁹². Por otra parte, la desactualización del concepto persecución del Convenio de Ginebra de 1951 lleva a que el ACNUR extienda la protección internacional a realidades que no encajan en el marco convencional y, de esta manera, se otorgue solución al nuevo patrón de migración obligatoria. El Comité Ejecutivo del ACNUR propone interpretaciones más generosas del rígido concepto de refugiado y los elementos que lo integran, con el propósito de “revitalizar” la aplicación de la Convención⁹³. No obstante, la doctrina especializada⁹⁴ considera que el estatuto de refugiado no va a ampliar el ámbito de aplicación de la Convención de Ginebra, sino que se crean figuras distintas con contenido más reducido, acompañadas de la articulación de mecanismos en los ordenamientos nacionales para la adopción de medidas propias del “asilo restringido”. Esta postura es análoga

⁸⁷ H. CRAWLE y T. LESTER, *Comparative Analysis of gender-related persecution in national asylum legislation and practice in Europe*, Evaluation and Policy Unit (EPAU), UNH CR, EPAU /2004/05, mayo 2004.

⁸⁸ Sobre ello véase S. CASTLES y M. J. MILLER, *La era de la migración. Movimientos internacionales de población en el mundo moderno*, Fundación Colosio, Miguel Ángel Porrúa. Universidad Autónoma de Zacatecas, México, 2004, p. 132.

⁸⁹ Véase A. PAPADOPOULOU, “Exploring the asylum-migration nexus: a case study of transit migrants in Europe”, *Global Migration Perspectives*, 2005, núm. 23, en: www.gcim.org.

⁹⁰ S. CASTELS, “Towards a Sociology of Forced Migration”, *Sociology*, 2003, Vol. 37, núm. 1, pp. 13-34, en espec. p. 17.

⁹¹ V. M. MERINO SANCHO, *El tratamiento jurídico de las demandas de asilo por violencia contra las mujeres en el ordenamiento jurídico español: Perspectivas y Prospectivas...*, op.cit., p. 167.

⁹² J. DE LUCAS, “El marco jurídico internacional de las migraciones. Algunas consideraciones sobre la protección de los derechos humanos de los inmigrantes: Acerca del derecho a ser inmigrante”, en MARINO MENÉNDEZ, F. (COORD.), *Un mundo sin desarraigo: El derecho internacional de las migraciones*, Los libros de la Catarata, Colección Investigación y Debate, Madrid, 2006, pp. 29-56, señala que los riesgos de diferenciar categorías del complejo fenómeno migratorio deforman la realidad, y además, en tanto que deformada, no se articulan respuestas jurídicas adecuadas, a lo que apuntan las políticas que pretenden controlar los flujos migratorios.

⁹³ H. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, Schocken Books, Nueva York, 2004, pp. 370 y 373.

⁹⁴ D. JOLY, “A new asylum regime in Europe,” en FRANCES, N. y TWOMEY, P., *Refugee Rights and Realities: Evolving International Concepts and Regimes*, Cambridge University Press, 1999, pp. 336-356, pp. 350 y ss.; C. HEIN, A. NAPOLITANO y M. RUIZ, “Derecho comparado europeo sobre asilo y refugio”, en MARINO MENÉNDEZ, F., *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*, Instituto Nacional de Servicios Sociales. Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1995, pp. 645-668, pp. 647.

a la tendencia legislativa europea, que adopta una serie de políticas y medidas endurecidas dirigidas a combatir las migraciones irregulares, lastimando los procedimientos para la población de refugiados y demandantes de asilo en nuestra región⁹⁵.

22. Con un marco internacional de medidas restrictivas para controlar la inmigración, el ordenamiento español ha elaborado diferentes categorías administrativas para la víctima extranjera que ha sido objeto de la trata. Desde nuestro punto de vista, los niveles de protección para las víctimas de trata deben comenzar ser desde el más prioritario, correspondiente a la protección internacional, hasta el establecido en el Derecho de extranjería⁹⁶, lo que no supondría merma en los derechos de estas víctimas. En cuanto al primer nivel y, ante la falta del otorgamiento del estatuto de refugiada por no demostrar el temor fundado de persecución de conformidad al Convenio de Ginebra, si de las circunstancias particulares de la víctima de trata se desprende la necesidad de una protección subsidiaria, esta última se podrá acordar. Ser beneficiaria de este estatus conlleva una protección de cualificación menor a la del refugio, aunque la Ley de asilo la regula siguiendo similares pautas utilizadas para el derecho de asilo⁹⁷. Ello es consecuencia lógica de la voluntad de unificar en la práctica ambos regímenes de protección, atendiendo que más allá de las diferencias que puedan existir entre las causas que justifican uno y otro, el propósito común es que las personas beneficiarias reciban una protección, frente a riesgos para su vida, integridad física o libertad. Así, en la SAN de 16 de octubre de 2014⁹⁸ se atribuye a la víctima la protección subsidiaria, argumentando el riesgo en que se encontraría la recurrente de tener que regresar a Nigeria y la falta de actuación por parte de las autoridades de dicho país en supuestos similares. La supuesta intervención de miembros de su familia en la explotación sexual de esta mujer nigeriana fueron motivos para que la persecución descrita por la recurrente no se vinculara a los motivos previstos por la Convención de Ginebra y se termine denegando el estatuto de refugiada. Con la finalidad de alcanzar el estatus máximo, aun reconociendo que la víctima no se encuentra perseguida explícitamente por las autoridades de su país ni tiene problema con ellas, la recurrente expone su temor de retorno a su país. Es probable que esta extranjera o su familia sufra persecución por las personas integrantes de la red, sin que el Estado nigeriano pueda protegerlas de dicho riesgo. Se recuerda que la situación actual de Nigeria no garantiza su protección, por lo que la recurrente se encuentra en la necesidad de ser amparada por las autoridades españolas bajo el estatuto de refugiada. La AN estima que, al tener concedida la protección subsidiaria descrita en el art. 4 de la Ley de Asilo, niega su pretensión de ser beneficiaria del estatuto de refugiada.

Una vez concedida la protección internacional de la víctima de trata, bien dotando el estatuto de refugiada o, en su caso, ser beneficiaria de la protección subsidiaria, ambas situaciones se materializan en una autorización de residencia de larga duración del art. 32.3 bis letra e) de la LOEx⁹⁹. Este precepto

⁹⁵ Véase S. CASTLES y M. J. MILLER, *La era de la migración. Movimientos internacionales de población en el mundo moderno...op.cit.*; A. VALLE GÁLVEZ, *Inmigración, extranjería y fronteras en la Unión Europea. Cinco problemas conceptuales*. Disponible en: http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/85990/Inmigracion_valle_2007.pdf?sequence=1.

⁹⁶ Esta protección se otorga a aquellas personas cuyas solicitudes de asilo no satisfacen los requerimientos señalados para la determinación del estatuto, pero su situación o su huida son semejantes, si no idénticas a las de un refugiado. Es por ello, que se arbitran en las leyes de extranjería, donde se contempla una autorización de residencia temporal más corta y con menos beneficios. Puede decirse, que estas medidas no sólo restringen el contenido del estatuto, sino que también dificultan la posibilidad de plantear la solicitud, en tanto que dicho ámbito permite la aplicación de la normativa de extranjería. M. DUMMETT, *On immigration and Refugees*, Routledge, Londres, Nueva York, 2001, pp. 43 y ss.

⁹⁷ A este respecto, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 17 de febrero de 2009 en el caso Elgafaji c/ Países Bajos (TJCE 2009/33, en westlaw) ha establecido varias consideraciones importantes de esta figura.

⁹⁸ JUR\2014\272462. La petición de asilo se fundamenta en su temor ante un potencial regreso a su país de origen, Nigeria, y que debido al hecho de haber sido captada como víctima de trata de personas y no haber saldado íntegramente la deuda contraída con las personas integradas en la red, que también son de nacionalidad nigeriana y cercanos a su familia.

⁹⁹ Que dispone lo siguiente: “Los extranjeros a quienes España u otro Estado miembro de la Unión Europea hubiesen reconocido protección internacional y que se encuentren en España, podrán solicitar por sí mismos y obtener una autorización de residencia de larga duración en España en las condiciones que se establezcan reglamentariamente”. Al art. 32 se añade el apartado 3 bis y también la letra e) al apartado 5 por la disposición final 2.1 de la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio (BOE, núm. 155, de 29 de junio de 2013). Esta ley modifica el artículo 32 con el objetivo de extender su ámbito de aplicación a los beneficiarios de protección internacional y dar cumplimiento a lo previsto en la Directiva 2011/51/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2011, por la que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo. Además, se modifica el artículo 57 para recoger un régimen de protección reforzada en el caso de expulsión de beneficiarios de protección internacional que gocen del régimen de residentes de larga duración. De esta manera, también se da cumplimiento a lo previsto

incrementa el número de destinatarios y, por tanto, de supuestos en los que se tiene derecho a obtener la presente autorización, de esta manera se garantiza a los beneficiarios de protección internacional la posibilidad de acceder al estatus de residente de larga duración del que estaban excluidos en virtud del apartado c) del art. 3.2 de la Directiva 2003/109/CE.

23. Si la víctima de trata no reúne los requisitos para otorgar la protección internacional, tendremos que acudir al nivel secundario recogido en el Derecho de extranjería, donde se regula específicamente la posibilidad de obtener una autorización de residencia por circunstancias excepcionales si existe la colaboración de la extranjera tratada en la desarticulación de redes de explotación (art. 59 bis LOEx y los arts. 140 a 146 del RLOEx)¹⁰⁰ o, si no es posible, atenderemos a la autorización de residencia por razones humanitarias del art. 126 RLOEx¹⁰¹. El art. 59 bis LOEx pretende dar cumplimiento a los mandatos internacionales sobre el particular, concretamente lo establecido en art. 6 de la Directiva 2004/81/CE y lo dispuesto en los arts. 10 y siguientes del Convenio de Varsovia. El objetivo de esta especial autorización de residencia y trabajo es la protección ceñida únicamente a las víctimas de trata de seres humanos que cooperen, así como a sus hijos menores de edad o con discapacidad que se encuentren en España en el momento de la identificación. La legislación española ha ido más allá de los mínimos exigidos por el Convenio de Varsovia, ya que recoge la posibilidad de conceder autorización de residencia vinculada a una autorización para trabajar con una duración de cinco años. Esta protección, aunque sea temporal, es extensa en el tiempo, lo que permite a la víctima recomponer su situación personal de forma más calmada. No obstante, apreciamos que, al igual que la víctima de violencia de género en situación irregular (art. 31 bis LOEx)¹⁰², la extranjera traficada habrá de esperar el desarrollo del proceso penal para conseguir una situación administrativa más ventajosa condicionada a una sentencia penal condenatoria¹⁰³. Tanto la Ley, el Reglamento de Extranjería y el Protocolo Marco de 2011 sobre Protección de las Víctimas de Trata prevén que la víctima puede ser eximida de responsabilidad administrativa, revocarle la orden de expulsión y conseguirle una autorización para una residencia temporal, siempre que exista colaboración de la misma (art. 59 bis, apartado cuarto de la LOEx). Todo ello suele ser un procedimiento largo y discrecional, valorado más desde el punto de vista de la utilidad de su declaración como testigo que desde el punto de vista de lo que arriesga la víctima al denunciar¹⁰⁴. Lo cierto es que el periodo de restablecimiento y reflexión previsto, que a partir de ahora será de 90 días¹⁰⁵, no está siendo aplicado,

en la Directiva 2011/51/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2011, por la que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo.

¹⁰⁰ Vid. A. LARA AGUADO, “Artículo 59 bis. Víctimas de la trata de seres humanos”, en CAVAS MARTÍNEZ, F. (dir.), *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, págs. 863-878.

¹⁰¹ Vid. C. RUIZ SUTIL, “El asilo como primer nivel de protección de la víctima de trata de seres humanos frente a su configuración como vía alternativa en el Derecho de Extranjería”, en LARA AGUADO, L. (dir.), *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual: un enfoque interdisciplinar*, Civitas Thomson, 2012, pp. 181-210.

¹⁰² Particularmente, sobre las irregulares víctima de violencia de género vid. C. RUIZ SUTIL, “Artículo 31 bis. Residencia temporal y trabajo de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género”, en CAVAS MARTÍNEZ, F. (dir.), *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2011, págs. 517-528.

¹⁰³ Sobre el tema, vid. R. RUEDA VALDIVIA, “La extranjera víctima de trata y su protección desde el Derecho español de extranjería: semejanzas y diferencias con el régimen de protección de la extranjera víctima de violencia de género”, en LARA AGUADO, A. (dir.), *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual: un enfoque interdisciplinar*, Civitas Thomson, 2012, pp. 221-259.

¹⁰⁴ Vid. A. LARA AGUADO, “La trata como grave violación de derechos humanos: incoherencias entre la concepción de la trata como atentado a los derechos humanos y su regulación a nivel interno e internacional”, en LARA AGUADO, A. (dir.), *Nuevos retos en la lucha contra la trata de personas con fines de explotación sexual: un enfoque interdisciplinar*, Civitas Thomson, 2012, pp. 45-107.

¹⁰⁵ Precisamente, la última modificación del apartado 2 del artículo 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, amplía el plazo de restablecimiento y reflexión, que tendrá una duración de, al menos, noventa días, y deberá ser suficiente para que la víctima pueda decidir si desea cooperar con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el procedimiento penal. Tanto durante la fase de identificación de las víctimas, como durante el período de restablecimiento y reflexión, no se incoará un expediente sancionador por infracción del art. 53.1.a) LOEx y se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se le hubiere incoado o, en su caso, la ejecución de la expulsión o devolución eventualmente acordadas. Asimismo, durante el período de restablecimiento y reflexión, se le autorizará la estancia temporal y las administraciones competentes velarán por la subsistencia y, de resultar necesario, la seguridad y protección de la víctima y de sus hijos menores de edad o con discapacidad, que se encuentren en España en el momento de la identificación, a quienes se harán extensivas las previsiones del apartado 4 del presente artículo en relación con el retorno

por lo que no se está respondiendo correctamente a las recomendaciones del Convenio de Varsovia¹⁰⁶. La tendencia en la práctica continúa siendo la de anteponer el interés por la persecución del delito antes que el restablecimiento de los derechos de las personas agredidas y la salvaguarda de sus posibilidades de su recuperación inmediata. La principal crítica a este precepto, aunque novedoso y avanzado en nuestro sistema, es la exigencia de valoración y aportación por la extranjera de “indicios” de que es víctima de trata. Es muy posible que en las fases iniciales de identificación y protección de la mujer sea más adecuada la valoración de una serie de indicadores que faciliten su protección y al acceso al período de reflexión. La tarea es compleja, sobre todo si tenemos en cuenta que las redes mafiosas instrumentan a sus víctimas para relatar sus historias y acceder al sistema de protección español.

Nos llama la atención que la solicitud de asilo no impide iniciar la protección específica otorgada en el art. 59 bis LOEx. El Protocolo Marco de 2011 así lo confirma, al disponer que: “cuando en la instrucción de un expediente de solicitud de protección internacional se aprecien indicios de que la persona solicitante pudiera ser víctima de trata de seres humanos, la Oficina de Asilo y Refugio lo pondrá en conocimiento de la Sección de Asilo de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras a fin de que ésta lo comunique a la unidad policial competente para su identificación, por si pudiera ser de aplicación lo establecido en el art. 59 bis de la LOEx. Esta respuesta dual es permitida gracias al mecanismo recogido expresamente en el art. 144.8 del RLOEx, donde se dispone que: “el contenido de este precepto (autorización de residencia y trabajo del art. 59 bis LOEx) no afectará al derecho que asiste al extranjero de solicitar y disfrutar de protección internacional”. Ello implica la posibilidad de que la víctima solicite y pueda acceder a la protección internacional, aunque se hubiera solicitado la protección del art. 59 bis de la LOEx. Tenemos que tener presente el riesgo de que la víctima no sea informada acerca de sus diversas opciones de protección, sobre todo si es detectada en una investigación penal. Lamentablemente, la naturaleza intensiva de los plazos y recursos del proceso de investigación requeridos para determinar si una persona ha sido objeto de trata no ayudan a conseguir la protección internacional para las víctimas de la trata. No obstante, la víctima de la trata solicitante de asilo no debe temer por la posible ejecución de una orden de expulsión, ya que el art. 64.5 de la LOEx y el art. 246.7 del RLOEx indican lo siguiente: “se suspenderá la ejecución de la resolución de expulsión cuando se formalice una petición de protección internacional, hasta que se haya inadmitido a trámite o resuelto conforme a lo dispuesto en la normativa de protección internacional”. Si dicha víctima se encuentra en un Centro de Internamiento para Extranjero, la LOEx se reconoce el derecho de los internos a entrar en contacto con organizaciones no gubernamentales, nacionales e internacionales de protección de inmigrantes y el derecho de éstas a visitar los Centros (art. 62 bis LOEx) y se contempla, como garantía adicional, la inmediata puesta en libertad de la extranjera por la autoridad administrativa que la tiene a su cargo en el momento en que cesen las circunstancias que motivaron la medida cautelar de internamiento (art. 62.3 LOEx). En esta situación de internamiento es frecuente el rechazo del asilo por parte de las administraciones, al considerar que puede ser una estrategia para conseguir la legalidad de la extranjera que va a ser expulsada, sobre todo si ha pasado un tiempo considerable desde que entró en España y no hizo tal declaración¹⁰⁷. En estas circunstancias, probablemente la interesada no haya tenido ninguna información sobre las posibilidades de solicitar protección internacional. En este sentido, además de recabar la información referida al posible arraigo de los interesados en España, de su situación económica, laboral, familiar, etc..., de cara a poder evitar el rechazo o la expulsión, es preciso preguntar a la extranjera acerca de los motivos que le llevaron a abandonar su país de origen y, sobre todo, que le hacen no querer regresar a él, especialmente, cuando puedan deberse a un temor relativo a su seguridad, integridad, libertad, etc... ya que podrían estar rela-

asistido o la autorización de residencia, y en su caso trabajo, si fueren mayores de 16 años, por circunstancias excepcionales. Finalizado el período de reflexión las administraciones públicas competentes realizarán una evaluación de la situación personal de la víctima a efectos de determinar una posible ampliación del citado período. Con carácter extraordinario la Administración Pública competente velará por la seguridad y protección de aquellas otras personas, que se encuentren en España, con las que la víctima tenga vínculos familiares o de cualquier otra naturaleza, cuando se acredite que la situación de desprotección en que quedarían frente a los presuntos traficantes constituye un obstáculo insuperable para que la víctima acceda a cooperar.

¹⁰⁶ Sobre el periodo de restablecimiento y reflexión del art. 59 bis LOEx *vid.* C. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de Trata de Seres Humanos. Una incriminación ...*, *op. cit.*, págs. 510 y 513; A. LARA AGUADO, “Artículo 59 bis. Víctimas de la trata...”, *loc. cit. op. cit.*

¹⁰⁷ *Vid.* SAN de 13 de octubre de 2011 (JUR 2011/398020)

cionados con redes de trata. Especialmente, será importante informarse acerca de la situación médica y psicológica de la solicitante, ya que estas circunstancias pueden revelar necesidades de protección, así como sobre los posibles contactos que la interesada pueda haber tenido con organizaciones sociales que pudieran tener información relevante sobre el caso¹⁰⁸.

En el transcurso de su colaboración y cuando ésta haya quedado exenta de responsabilidad administrativa, si desea volver a su país de procedencia podrá hacerlo. Para ello se prevé el retorno asistido, que podrá solicitarlo en cualquier momento desde que sean apreciados motivos razonables sobre su posible condición de víctima de trata de seres humanos, sin perjuicio de que las autoridades competentes en el marco de la investigación de un delito o procedimiento penal, pudieran determinar su necesaria permanencia en territorio español. El Protocolo sobre trata establece que en caso de repatriación de una víctima al Estado de su nacionalidad o de residencia, el país de origen deberá tener “debidamente en cuenta la seguridad de esa persona, así como procedimiento legal relacionado con el hecho de que la persona sea una víctima de la trata, y preferentemente de forma voluntaria”¹⁰⁹. El Manual sobre la lucha contra la trata de personas para profesionales de la justicia penal de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito¹¹⁰ señala que: “es necesario que los profesionales lleven a cabo una evaluación de riesgo antes de repatriar a las víctimas de trata con el fin de garantizar su seguridad. Entre los factores a considerar, se encuentran los tipos de servicios de apoyo y protección física para las víctimas de trata, la presencia de factores sociales, culturales o religiosos que pueden hacer que la repatriación sea peligrosa y el riesgo de que la persona vuelva a ser objeto de trata. Cuando el retorno no se puede llevar a cabo de manera segura, deben considerarse otras opciones de protección. En todo caso, dicha medida de retorno asistido no es recomendable para las mujeres explotadas sexualmente, ya que las redes mafiosas suelen operar en sus países de origen, por lo que estas víctimas tienen fundados temores en ser perseguidas si vuelven a su Estado.

24. Por último, el art. 46.3 de ley de Asilo de 2009 transfiere la protección de esta víctima al sector de la extranjería, al señalar que “por razones humanitarias distintas de las señaladas en el estatuto de protección subsidiaria, se podrá autorizar la permanencia de la persona solicitante de protección internacional en España en los términos previstos por la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración”. Desde la práctica, se experimenta un avance en la concesión de la autorización de residencia temporal por razones humanitarias (arts. 31.3 LOEx y 126 del RLOEx) a la víctima explotada sexualmente. Como expone un sector doctrinal¹¹¹, es llamativo que entre los muchos presupuestos para la autorización de residencia basada en razones humanitarias no se haya incluido el delito de trata, sobre todo teniendo en cuenta que la mayoría de las ocasiones la víctima deja de colaborar con las autoridades y dificulta su protección desde el art. 59 bis de la LOEx. Según el art. 14 del Convenio de Varsovia, la concesión del permiso de residencia de la víctima no debe vincularse únicamente a la colaboración con las autoridades en el correspondiente procedimiento penal. Ahora bien, las razones humanitarias no abarcan cualquier motivo de carácter humanitario. Según los términos establecidos en la LOEx, aun cuando se interprete ampliamente la expresión, deben ser suficientemente precisas en relación con la situación personal de la persona interesada y la situación del país de origen o procedencia, pues no atienden a razones de humanitarismo imprecisas o genéricas¹¹². Los síntomas de la experiencia traumática vivida de la mujer objeto de trata (enfermedades sobrevenidas) ponen de manifiesto las consecuencias perjudiciales en caso de retorno a su país de origen, siendo procedente el reconocimiento y autorización para su permanencia en España. Las autoridades españolas competentes en la materia están resolviendo

¹⁰⁸ Sobre el procedimiento véase AA.VV., *Guía de actuación en la asistencia jurídica a solicitantes de protección internacional. En el contexto de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidia*, ACNUR e Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 2011.

¹⁰⁹ Protocolo sobre trata, art. 8 (2).

¹¹⁰ En http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/07-89378_spanish_E-Book.pdf, en particular págs. 317-357.

¹¹¹ Vid. R. SERRA CRISTOBAL y P. LLORIA GARCÍA, *La trata sexual de mujeres. De la tutela de la víctima a la represión del delito*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2007, págs. 124-125; C. VILLACAMPA ESTIARTE, *El delito de Trata de Seres Humanos. Una incriminación...*, op. cit., pág. 516.

¹¹² Vid. D. T. KAHALE CARRILLO, “Las diferencias entre la concesión del derecho de asilo y la autorización de permanencia por razones humanitarias”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, 2013, núm. 32, (BIB 2013/14257, en www.westlaw)

a favor de este tipo de autorización, debido a que el sufrimiento ocasionado a las víctimas de la explotación sexual tiene significativas consecuencias tanto físicas (lesiones traumáticas debidas a los golpes, enfermedades de transmisión sexual, embarazos no deseados, cansancio crónico, etc), como psicológicas (depresión, insomnio, disminución o anulación de la autonomía o de la autoestima, estrés post-traumático) y sociales (aislamiento, dificultades para establecer relaciones interpersonales, carencia de habilidades, marginación social, que se agrava al encontrarse la persona en un país con un idioma y unas costumbres diferentes)¹¹³. Los efectos son más graves en las niñas y en las jóvenes puesto que, además de lo mencionado, se ve profundamente alterado su desarrollo físico, emocional, cognitivo y social. En este sentido, la STS de 11 de marzo de 2014¹¹⁴ consideró que concurrían circunstancias que permitían la autorización de la permanencia en España por razones humanitarias a una víctima de trata en atención a la necesaria valoración de las circunstancias personales de la recurrente. En particular, el dictamen psicológico indicó que el regreso al país de origen significaría una “revictimización” que generaría una mayor perturbación en su salud mental con el incremento de la sintomatología descrita. Por su parte, la SAN de 17 de octubre de 2013¹¹⁵, en consonancia con los razonamientos expuestos y en aplicación de la doctrina precedente establecida en la STS de 24 de febrero de 2012¹¹⁶, resolvió unas circunstancias similares y oportunamente documentadas, por lo que procede la estimación de la solicitud de autorización de residencia por razones humanitarias. Por razones de salud, igualmente podrán acceder a esta autorización de residencia las extranjeras que acrediten sufrir una enfermedad de imposible tratamiento en su país de origen y aquellos que acrediten que su traslado al país de origen implicará un peligro para su seguridad y la de su familia. Y por razones de seguridad, la extranjera que acredite que el traslado al país de origen a efectos de solicitar el visado correspondiente implica un peligro para su seguridad o la de su familia, es factible la autorización de residencia basada en motivos humanitarios siempre que reúna el resto de requisitos. Si nos centramos en las víctimas de la trata, a éstas se les requiere una sentencia que reconozca tanto la comisión del delito como el efecto sobre la víctima, lo que constituye una dificultad para su aplicabilidad. Esta fórmula de residencia comporta la necesidad de una resolución judicial que reconozca la comisión del delito, lo que supone que la posible protección legal se dilate enormemente en el tiempo, sin que la víctima llegue a obtener beneficios a corto plazo, a diferencia de lo establecido en el 59 bis de la LOEx, que prevén una autorización provisional de residencia y trabajo para las extranjeras que colaboren contra las redes organizadas y la trata de seres humanos. Desde nuestro punto de vista, el problema mayor de este tipo de autorización basada en razones humanitarias es que queda limitada en tiempo. Por parte de nuestros tribunales se insiste que esta residencia se otorga durante el tiempo necesario para el tratamiento y la recuperación de la extranjera enferma, a diferencia de los cinco años de duración previstos en la residencia del art. 59 bis LOEx. Otro de los inconvenientes de la autorización por razones humanitarias es que no queda vinculada automáticamente a la posibilidad de trabajar¹¹⁷, por lo que consideramos que estos mínimos de protección son inadecuados para una persona tan vulnerable, como es la víctima del delito de la trata por explotación sexual.

25. Es indiscutible que la denegación de la protección internacional de la víctima termina rebobando en el régimen de extranjería. Consideramos que existe un “efecto perverso” en la protección internacional de estas mujeres tratadas ocasionado por la existencia de otras formas de garantizar su residencia en España conforme a la LOEx. La STS de 11 de mayo de 2011¹¹⁸ así lo ha puesto de manifiesto ante una solicitud de asilo de una mujer nigeriana que ha sido traficada. La Comisión internacional de ayuda

¹¹³ Para detectar si la mujer es víctima de trata véase AA. VV., *Trátame bien. Notas sobre la trata con fines de explotación sexual*, Fundación CEPAIM, Madrid, 2015, en <http://cepaim.org/wp-content/uploads/2015/03/TRATAME-Bien.pdf> (consultado el 11 de mayo de 2015).

¹¹⁴ RJ 2014/1480.

¹¹⁵ JUR 2013/329735, donde fue determinante el Informe de valoración sobre lesiones alegadas por la recurrente, lesiones que corresponden con las típicas del maltrato (quemaduras con cigarro y arma blanca), así como las alteraciones y desajustes atribuidas a situaciones traumáticas de explotación sexual, prostitución vividas

¹¹⁶ RJ 2012/425.

¹¹⁷ Este tipo de residencia no conlleva la autorización de trabajo, salvo que el extranjero la solicite personalmente y cumpla los requisitos para ser otorgada, tal y como establece el art. 129.2 RLOEx.

¹¹⁸ RJ 2011/4859.

al refugiado (CIAR) considera que la autorización de residencia o la decisión de retorno a su país en unas condiciones más ventajosas son mecanismos más apropiados para la protección de las víctimas de trata. Esta es la argumentación para que el TS mantenga el criterio desfavorable a la concesión del asilo y abordar dicha problemática mediante las soluciones enmarcadas en la normativa de extranjería. Esta misma respuesta se otorga en la SAN de 25 de enero de 2013¹¹⁹, que deniega la protección a la víctima de trata con el siguiente argumento: “... Tampoco puede estimarse la solicitud de protección subsidiaria o, incluso, la autorización de permanencia en España por razones humanitarias..., en la medida en la que los eventuales actos procedentes de redes de trata de personas con fines de explotación sexual merecen un tratamiento singularizado, previo a una prueba superior a la meramente indiciaria en el ámbito del Derecho de Extranjería; tras lo cual, y una vez emitida la pertinente resolución, puede ser objeto de revisión de legalidad ante un Tribunal diferente de la presente Sala...”. Este tipo de respuestas otorgadas por el alto tribunal no son acordes en el marco de protección internacional. Una norma de extranjería, como la del art. 59 bis LOEx, es una disposición que actúa en un procedimiento distinto al procedimiento de asilo. Si esta fuera la solución, con el art. 59 bis LOEX estaríamos operando de *facto* como una cláusula de exclusión a la Convención de Ginebra. En este sentido, el ACNUR, en sus Directrices sobre la aplicación de las cláusulas de exclusión de 2003¹²⁰, ha señalado que los motivos para la exclusión de la condición de refugiado se enumeran exhaustivamente en el art. 1 F de la Convención de Ginebra de 1951 y no pueden complementarse con criterios adicionales si se carece de una convención internacional en este sentido.

26. Todo ello pone de manifiesto que el asilo se configura como un mecanismo alternativo en protección de la víctima de trata, lo que puede originar un riesgo en la invisibilización de la persona necesitada de refugio. A ello se une la idea que subyace en nuestra política migratoria, que considera que el reconocimiento del estatuto de refugiados a las víctimas de la trata puede conducir a neutralizar parte de la estrategia migratoria. A partir de lo expuesto, probablemente entendamos la respuesta imprecisa del legislador español en la Ley 12/2009 de asilo, al no existir una manifestación directa para que la víctima de trata sea una potencial beneficiaria de la protección internacional. De hecho, el art. 87 del Borrador del Reglamento de la Ley de asilo¹²¹ reafirma que “las víctimas de trata en procedimiento de protección internacional se derivan a la ley de extranjería, independientemente de la tramitación de la protección internacional”. El sistema misceláneo en la protección de estas víctimas provoca que se denuncie en el Informe Anual del Defensor del Pueblo 2014 que no se avanza en la redacción de instrucciones para ofrecer un marco de actuación más preciso en aquellos supuestos en los que se solapa el procedimiento de asilo con el establecido para la identificación de víctimas de trata. El GRETA, por su parte, solicita a las autoridades españolas que reexaminen el procedimiento de identificación de las mismas para que las víctimas potenciales sean consideradas como personas expuestas a vulneraciones de derechos humanos y no como fuente de pruebas para investigaciones judiciales. A ello se le une la ausencia de estadísticas oficiales desagregadas sobre las víctimas de trata que han podido obtener la protección internacional, lo que impide conocer si a alguna persona se le aplicado la obligación de *non-refoulement* o no devolución¹²².

En definitiva, el énfasis mostrado en los textos internacionales y nacionales para la lucha contra la trata de seres humanos, así como el reconocimiento de que nos hallamos ante un delito extremadamente aterrador, no son trasladables a argumentos contundentes en las interpretaciones empleadas por quienes determinan la condición de refugiado en España. Por todo lo expuesto, tenemos que rechazar el planteamiento de que la protección internacional cristalice como un mecanismo subsidiario o sustitutivo del 59 bis de la LOEx. El asilo sigue siendo, desde nuestro punto de vista, el primer nivel de protección y de defensa de la víctima de trata que tiene temores fundados a regresar a su país.

¹¹⁹ JUR 2013/52995.

¹²⁰ *Vid.* Directrices sobre protección internacional núm. 5 sobre la aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (HCR/GIP/03/05), de 4 de septiembre de 2003.

¹²¹ *Vid.* el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria

¹²² *Vid.* G. SUSAJ y A. AZKUNAGA (Coords.): *Guía Básica para la identificación, derivación y protección de las personas víctimas de la trata con fines de explotación*, julio 2008, www.redcontralatrata.org.

V. A modo de reflexión final

27. La trata de personas con fines de explotación sexual se ha convertido en una de las principales preocupaciones a nivel internacional, por ser una de las violaciones más graves de derechos humanos. Sin embargo, el enfoque de la misma sigue precario, con la preocupación desde el marco de la lucha contra la inmigración irregular y del Derecho penal. De hecho, la protección existente y más generalizada depende de la interposición de una denuncia y de la colaboración en la investigación policial y judicial. Pese a que ciertas víctimas de la trata de personas podrían acceder a la condición de refugiadas, este recurso no parece que haya sido el empleado en su protección. Quizás se considera que el reconocimiento del estatuto de refugiados a las víctimas de la trata puede reconducir a neutralizar la política migratoria restrictiva que subyace en materia de trata. La creación del art. 59 bis de la LOEx es claro ejemplo de ello, mediante el cual se concede una autorización de residencia y trabajo subordinada a la colaboración de la víctima de la trata con la policía en la investigación y el enjuiciamiento de los tratantes. El marco de protección se centra en lograr la presencia continua de la víctima para ayudar en la aprehensión de los tratantes, olvidando que éstas, después de haber experimentado el trauma de la explotación, no están capacitadas para proporcionar la información necesaria y colaborar en los procedimientos penales.

28. Falta un largo camino para reconocer a la trata con fines de explotación sexual como una forma de persecución, conforme al espíritu de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. La apertura al cambio del concepto de refugiado está siendo arriesgada. En este sentido, es opinión del ACNUR que el ser o haber sido víctima de trata puede traer consigo el reconocimiento de la condición de refugiado. La Ley de asilo española introduce expresamente la persecución por razones de género, pero la complejidad de la técnica legislativa disminuye el éxito en la concesiones de protección internacional. Desde estas páginas hemos intentado advertir sobre las confusiones existentes en los conceptos y mediante la técnica del hilo de Ariadna facilitar la comprensión de vigente Derecho de refugiados en relación a las víctimas de la trata que han sido explotadas y tienen temores de ser perseguidas. Este mecanismo ofrece salidas a ese laberinto conceptual para aclarar que la explotación sexual de las mujeres constituye el más claro ejemplo de persecución por el mero hecho de su condición, por su género y por su pertenencia a un determinado grupo social en el concepto de grupo social determinado. Existe una necesidad de abordar la protección de estas víctimas con una visión garantista para las mismas, pues la problemática de la trata con fines de explotación sexual representa una violación flagrante de los derechos humanos de sus víctimas.

29. Los distintos niveles para protección de la víctima que ha sido traficada nos lleva a preguntarnos si las instituciones españolas implicadas en dichos procesos y el legislador estatal han llegado al convencimiento que la víctima de la trata puede ser una persona necesitada de protección internacional o, por el contrario, si mediante su colaboración se puede dismantelar a los delincuentes pertenecientes a redes internacionales de trata, independientemente del atentado a los derechos humanos. La conclusión es clara, la existencia de un marco alternativo español para la protección de esclava de la trata ocasiona obstáculos a la hora de la concesión del asilo a la víctima que tenga temores fundados a ser perseguida. Esta dificultad sigue perviviendo gracias a los nexos existentes entre migración y asilo, junto a la incapacidad de identificar la persecución por violencia de género y la trata con fines de explotación sexual, lo que muestra las debilidades del sistema de protección español. Los diferentes mecanismos de protección legal para las personas víctimas de trata no garantizan la protección de las mismas, pues su eficacia, en ocasiones, es confusa, limitada e insuficiente. Probablemente, la mejor decisión para una víctima es verificar todas las expectativas de protección disponibles para aumentar sus posibilidades de recibir un amparo efectivo. Como hemos comprobado, las distintas opciones existentes y que, en ocasiones, se solicitan simultáneamente, ocasionan riesgos que hay que calibrar. Desde este estudio afirmamos que las normas relativas al asilo deben superponerse a las de extranjería. La presencia de vías alternativas para la protección de la víctima de trata desde el Derecho de extranjería no debe menoscabar la solicitud de asilo y la concesión del mismo. En particular, debemos seguir prestando especial atención a la posibi-

lidad de tramitar la solicitud de asilo en función de la situación de vulnerabilidad de la víctima (art. 21 de la Directiva 2013/33/UE) y de los derechos a proteger, y no necesariamente a cambio de cooperación con las autoridades competentes. Las autoridades administrativas y judiciales, por su parte, deben poner mayor énfasis en la necesidad de la víctima de trata que ha sufrido profundas violaciones de los derechos humanos y de sus libertades fundamentales.

30. El futuro podrá estar en la aprobación en España de una Ley Integral contra la Trata para perseguir eliminar estas prácticas y mejorar la identificación de las personas que la sufren, tal y como solicitan las organizaciones que trabajan sobre la materia. En lo inmediato, es necesario la coordinación y cooperación entre los sistemas de protección internacional y los recogidos en el marco extranjería, con un enfoque de género. Desde estas páginas, aplaudimos las resoluciones españolas que han otorgado el asilo a las víctimas de trata explotadas sexualmente, al ser una respuesta coherente con la situación de las mujeres que se han visto violentadas en sus derechos más inherentes a su persona y poseen temores fundados de ser perseguidas si regresan a sus países de origen. Y es que la explotación sexual de las mujeres y niñas constituye el más claro ejemplo de persecución por el mero hecho de su condición y por su género.