

APUNTES FEMINISTAS ACERCA DEL MARCO JURIDICO DE LA INMIGRACIÓN Y TRÁFICO DE MUJERES EN EUROPA Y ESPAÑA

NOTAS FEMINISTAS SOBRE O MARCO JURÍDICO DA MIGRAÇÃO E DO TRÁFICO DE MULHERES NA EUROPA E ESPANHA

FEMINIST NOTES ON THE LEGAL FRAMEWORK OF THE IMMIGRATION AND TRAFFICKING IN WOMEN IN EUROPE AND SPAIN

Claudia Mayorga¹

RESUMEN:

En este trabajo, buscamos comprender aspectos del marco jurídico de la inmigración, tráfico de mujeres y prostitución en Europa de forma general y en España de forma específica, a partir de un análisis de las principales reglamentaciones vigentes entre 2005/2007 en estos contextos. Para eso, buscamos conocer cómo las legislaciones y la tendencia al cierre de fronteras españolas y europeas, a través de medidas restrictivas a ese fenómeno social, ofrecen brechas que derivan en situaciones de explotación y vulnerabilidad para mujeres inmigrantes que están en España ejerciendo la prostitución. Fueron analizados los siguientes documentos: Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, del año 2000, que complementa la Convención de la Naciones Unidas contra la delincuencia organizada internacional; Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de la Naciones Unidas contra la delincuencia organizada internacional y la Ley de Extranjería de España de 1985. La política acerca del tráfico de mujeres y las posiciones más conservadoras acerca de la inmigración en la Unión Europea han tenido consecuencias específicas para las mujeres. Los tratados y leyes han enfatizado sobremanera las medidas de control de fronteras y represión de los posibles delitos cometidos. Tal perspectiva deja en segundo plano los derechos de los/las inmigrantes y de las personas víctimas del tráfico (es importante resaltar que los textos de los tratados y leyes dan pie a que se identifique tráfico de mujeres con inmigración para la prostitución). Con respecto a la prostitución, el derecho español no penaliza, pero tampoco regulariza el ejercicio de la prostitución; deja tal actividad

¹ Doutora em Psicologia Social pela Universidade Complutense de Madri, Espanha. Professora do Departamento de Psicologia da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e do Programa de Pós-graduação em Psicologia. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa em Psicologia Política/UFMG. Apoio: Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais. E-mail: mayorga.claudia@gmail.com



en una situación de completa ilegalidad, lo que termina por incrementar la vulnerabilidad de las prostitutas ante abusos y explotaciones de todos los tipos.

Palabras clave: Reglamentación. Tráfico de mujeres. Prostitución.

RESUMO:

Neste trabalho, buscamos compreender aspectos do marco jurídico da migração, tráfico de mulheres e prostituição na Europa de forma geral e na Espanha de forma específica a partir de uma análise das principais regulamentações vigentes entre 2005/2007 nesses contextos. Para isso, buscamos conhecer como a legislação e a tendência ao fechamento de fronteiras oferecem brechas que levam a situações de exploração e vulnerabilização para mulheres migrantes que estão na Espanha exercendo a prostituição. Foram analisados os seguintes documentos: Protocolo para prevenir, reprimir e sancionar o tráfico de pessoas, especialmente mulheres e crianças, do ano 2000, que complementa a Convenção das Nações Unidas contra a delinqüência organizada internacional; Protocolo contra o tráfico ilícito de migrantes por terra, mar e ar, que complementa a Convenção das Nações Unidas contra a delinqüência organizada internacional e a Lei de Migração espanhola de 1985. A política sobre o tráfico de mulheres e as posições mais conservadoras sobre a migração na União Européia tem tido conseqüências específicas para as mulheres. Os tratados e leis enfatizam, sobremaneira, as medidas de controle de fronteiras e repressão aos Possíveis delitos cometidos. Tal perspectiva deixa em segundo plano os direitos dos/as migrantes e das pessoas vítimas do tráfico (é importante ressaltar que os textos dos tratados e leis dão margem para que se identifique tráfico de mulheres com migração para a prostituição). Com relação à prostituição, o direito espanhol não penaliza, mas também não regulamenta, o exercício da prostituição; deixa tal atividade em uma situação de completa ilegalidade, o que acaba por incrementar a vulnerabilização das prostitutas frente abusos e explorações de todos os tipos.

Palavras-chave: Regulamentação. Tráfico de Mulheres. Prostituição.

ABSTRACT:

In this work, we seek to understand aspects of the legal framework of migration, trafficking in women and prostitution in Europe generally and specifically in Spain from an analysis of key regulations in force between 2005/2007 in these contexts. For this, we seek to know how the legislation and the tendency to border closures offer loopholes that lead to exploitation and vulnerability for migrant women who are exercising prostitution in Spain. We have analyzed the following documents: Protocol to prevent, suppress and punish trafficking in persons, especially women and children, in 2000, supplementing the UN Convention against international organized crime, the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the UN Convention against international organized crime and the Migration Act 1985 Spanish. The policy on trafficking in women and the more conservative positions on migration in the EU has had specific consequences for women. The treaties and laws emphasize, above all, measures of border control and repression of possible committed crimes. This perspective leaves in the background of the rights / immigrants and victims of trafficking of people (it is important to note that the texts of treaties and laws that give rise to trafficking of women identify with migration for prostitution). With regard to prostitution, the Spanish law does not penalize, but also does not regulate the practice of prostitution; makes such activity

in a situation of complete illegality, which ultimately increases the vulnerability of prostitutes before abuse and exploitation of all kinds.

Keywords: Regulations. Trafficking in Women. Prostitution.

PUERTAS QUE SE CIERRAN

En este trabajo, buscamos comprender aspectos del marco jurídico de la inmigración, tráfico de mujeres y prostitución en Europa de forma general y en España de forma específica, a partir del análisis de las principales reglamentaciones vigentes entre 2005/2007 en estos contextos. Para eso, buscamos conocer cómo las legislaciones y la tendencia al cierre de fronteras españolas y europeas, a través de medidas restrictivas a ese fenómeno social, ofrecen brechas que derivan en situaciones de explotación y vulnerabilización para mujeres inmigrantes que están en España ejerciendo la prostitución (MAYORGA, 2007; 2009). La cultura de rechazo a los/las inmigrantes pero también la reglamentación de la inmigración, las dificultades para acceder a trabajo y residencia en España y la ausencia de reconocimiento del ejercicio de la prostitución afectan en las realidades de inmigrantes prostitutas, e imponen desafíos que deben ser enfrentados por las políticas públicas y la sociedad de forma general. Al mismo tiempo, el crecimiento de los flujos migratorios hacia Europa a partir de lo años 2000 y las controversias acerca de la prostitución y el tráfico de mujeres en el campo feminista y también en el de los derechos humanos han sido temas/problemas que privilegian la posición que se llamó de “pánico moral” en relación a la asociación entre inmigración y prostitución lo que tiene exigido análisis más profundizadas acerca de los dispositivos legales y su papel en la producción/reproducción de lugares subalternos (GARAIZABAL, 2003).

No nos hemos limitado a describir las normativas acerca del tráfico, inmigración y prostitución, sino que buscamos analizar los posibles efectos de no-ciudadanía o sub-ciudadanía (SOUZA, 2003) para esas mujeres decurrentes de los dispositivos legales que al mismo tiempo que son reflejo de una sociedad “cerrada”, prescriben un modelo de estado-nación que no reconoce determinadas experiencias, a partir de un marco amplio de derechos.

La importancia de investigar los elementos político-ideológicos de los tratados y legislaciones se encuentra en la comprensión de que los procesos de construcción de subjetividades están marcados por dispositivos sociales que perpetúan e

instituyen verdades acerca de esos sujetos – en este caso, los/las inmigrantes y prostitutas – cuando demarcan posibilidades o imposibilidades de ciudadanía y conquista de derechos (FOUCAULT, 1991).

LA POLÍTICA INTERNACIONAL

En las discusiones en el contexto internacional acerca del tráfico de personas han prevalecido perspectivas que identifican tráfico de mujeres con la inmigración para la prostitución, lo que ha conllevado la adopción de medidas cada vez más prohibitivas en relación a esas prácticas (DOEZEMA, 1998; MOHANTY, 1988). Al mismo tiempo, existe una tendencia de perspectivas abolicionistas en relación a la prostitución, y esto se manifiesta en los tratados y legislaciones vigentes en el contexto europeo. En trabajo anterior (MAYORGA, 2009) analizamos como la asociación entre tráfico de mujeres e inmigración para la prostitución tiene fuerte relación con lógicas patriarcales y coloniales y, por supuesto, han fundamentado legislaciones y posiciones estatales de restricción a colectivos como el de mujeres prostitutas.

Las Naciones Unidas han acordado la adopción de medidas para reprimir el tráfico/prostitución, las cuales están contenidas en varios tratados internacionales. Abajo, el *Cuadro 1* presenta los principales tratados que, desde 1904, han reglamentado en contexto internacional, *el tráfico de mujeres*:

Cuadro 1
Tratados Internacionales sobre Tráfico de Mujeres

- Acuerdo Internacional del 18 de mayo de 1904 para la represión de la Trata de Blancas;
- Convenio Internacional del 4 de mayo de 1910 para la represión de la Trata de Blancas;
- Convenio Internacional del 30 de septiembre de 1921 para la represión de la Trata de Mujeres y Niños;
- Convenio Internacional del 11 de octubre de 1933 para la represión de la Trata de Personas Mayores de edad;
- Convenio para la represión de la Trata de Personas y de la explotación de la Prostitución ajena de 1949 [1951];
- Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979;
- Plataforma para la acción de Beijing del 1995 (IV Conferencia Mundial sobre la Mujer);
- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños del 2000, que complementa la Convención de la Naciones Unidas contra la delincuencia organizada internacional (Palermo, 2000);
- Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de la Naciones Unidas contra la delincuencia organizada internacional (Palermo 2000).

Fuente: Mayorga (2007).

A continuación, nos dedicaremos a los dos últimos Protocolos indicados en el *Cuadro 1*, que son los que reglamentaban en el periodo de 2005/2007 las relaciones internacionales en relación al tráfico de mujeres/ prostitución e inmigración.

a. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, del año 2000, que complementa la Convención de la Naciones Unidas contra la delincuencia organizada internacional (PALERMO, 2000).

Este documento ha sido elaborado como complemento al convenio internacional contra la delincuencia organizada internacional, y los debates para su elaboración empezaron en 1998. Es, según muchos especialistas, el tratado más completo acerca del tráfico de personas (JÁUDENES; JIMÉNEZ, 2001; GARBAY, 2003). Propone la prevención y el combate amplio e internacional de la trata de personas, especialmente mujeres y niños. Propone que todos los países de origen, tránsito y destino se impliquen en esa problemática, incluyendo medidas para prevenir el tráfico, sancionar traficantes y proteger a las víctimas, amparados en la Declaración Internacional de los Derechos Humanos. La trata de personas está definida en el protocolo de la siguiente manera:

ARTÍCULO 3:

a) La trata de personas es la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esta explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado.

c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo.

d) Por niño se entenderá toda persona menor de 18 años.

Según esa definición, la trata de personas no se refiere exclusivamente a la explotación sexual, e incluye diversos tipos de explotación como los derivados del turismo sexual, la contratación de trabajadoras para prácticas semejantes a esclavitud y el servicio forzado, los casamientos concertados y el tráfico de órganos. No se criminaliza la prostitución, sino la explotación de la prostitución ajena (término que no está definido). El protocolo sugiere, sin obligatoriedad, medidas de protección sobre la trata de personas a aplicar por los Estados Parte (art. 6). Las sugerencias son:

a) Confidencialidad de las actuaciones judiciales relativas a la trata; b) Provisión de información a las víctimas sobre los procedimientos pertinentes; c) Asistencia para que sus opiniones y preocupaciones estén presentes, velando porque las actuaciones penales contra los delincuentes no menoscaben sus derechos de defensa; d) Medidas de recuperación física, psicológica y social en cooperación con ONG, incluyendo: alojamiento adecuado, información sobre sus derechos en un idioma que puedan comprender, asistencia médica, psicológica y material y oportunidades de empleo, educación y capacitación; e) Tener en cuenta la edad, el sexo y las necesidades especiales de las víctimas; f) Proteger su seguridad física mientras se encuentren en su territorio; g) Posibilidad de obtener indemnización por los daños sufridos.

También se prevé la posibilidad de adoptar medidas legislativas u otras medidas apropiadas que permitan a las víctimas permanecer en su territorio, temporal o permanentemente, cuando proceda (art. 7). Los criterios para ello son los factores humanos y personales.

El protocolo propone una pormenorizada regulación de la repatriación de las víctimas de la trata de personas en el art. 8, lo que resulta en una gran facilitación para que los países receptores puedan devolver a estas personas a sus países de origen. Estos son obligados a aceptar la repatriación de esa persona, que se hará teniendo en cuenta la seguridad de la víctima, así como el estado de cualquier procedimiento legal relacionado con la trata, y de forma *preferentemente voluntaria*. Los Estados de origen son obligados a cooperar con los receptores para verificar la nacionalidad de la víctima y, en caso de que carezca de la debida documentación, para expedirle los documentos de viaje necesarios.

En cuanto a las medidas de cooperación y prevención (art. 9), los Estados Parte deben establecer políticas, programas y otras medidas de carácter amplio, con el objetivo de prevenir y combatir la trata de personas y proteger a las víctimas – especialmente las mujeres y niños contra la reincidencia de prácticas de victimización. También se recomienda la realización de investigaciones y campañas

de información, cooperación con ONG's, el refuerzo a la cooperación internacional con respecto a la lucha contra la pobreza, el subdesarrollo, las desigualdades y la falta de oportunidades equitativas para las personas – principalmente mujeres y niños, comprendidas como las principales causas de vulnerabilización para la trata de personas. Los Estados Parte impartirán a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (art. 10.2) capacitación en la prevención de la trata de personas (enfaticando en los métodos de prevención, de enjuiciamiento a los traficantes y de protección a las víctimas; los derechos humanos y las cuestiones relativas a los/las niños/as y mujeres, etc.). También son sugeridas medidas de intercambio de informaciones entre los Estados Parte sobre (art. 10.1): a) personas que intentan cruzar las fronteras internacionales con documentos de viaje de terceros o sin documentos (son autores o víctimas de trata); b) tipos de documentos utilizados por las personas para cruzar una frontera internacional con fines de trata de personas; c) medios y métodos utilizados por los grupos o personas con fines de trata de personas para captación y transporte; las rutas utilizadas por esos grupos, así como posibles medidas para detectarlo.

El Protocolo ha posibilitado un avance en la cooperación internacional para combatir el tráfico de personas y, de hecho, incluye medidas de prevención, sanción a los traficantes y protección a las víctimas. Con respecto a la diferenciación entre tráfico y prostitución, un aspecto importante es que el *consentimiento* es tenido en cuenta para calificar el delito como tráfico; sin embargo, desde posturas abolicionistas acerca de la prostitución, es posible una interpretación amplia del *consentimiento forzado*, una vez que tales posturas consideran que todo tipo de prostitución es *explotación sexual*, término que no ha sido definido en el protocolo. Si partimos de la idea de que la prostitución es la peor forma de esclavitud que ha podido existir y que, por tanto, son las mujeres prostitutas víctimas del patriarcado, ciertamente, la discusión acerca de la voluntariedad será inocua. El modelo abolicionista se origina, según Kempadoo (2005), en las presiones de las feministas occidentales de clase media contra la prostitución a finales del siglo XIX, lo que se llamó tráfico de esclavas blancas, y que de nuevo ocupó las teorizaciones feministas al final de los años 70 con el slogan: “libres de toda esclavitud; libres de toda explotación sexual”. A partir de un análisis feminista radical de las relaciones sociales que da prioridad a las relaciones de género, esta perspectiva analiza el tráfico como sinónimo de prostitución, comprendida como la peor forma de opresión

patriarcal y la forma más intensa de victimización de las mujeres (LEIDHOLT, 2000; RAYMOND et.al., 2002). Para el modelo abolicionista, la prostitución es sinónimo de acoso sexual, abuso sexual y violencia sexual, y resulta de la violencia masculina contra las mujeres². Analizan que la industria global del sexo obliga a las mujeres a la prostitución, a la esclavitud sexual, y se constituye como una violación de los derechos de las mujeres y de su integridad corporal. No se considera que las mujeres puedan entrar libremente en relaciones sexuales fuera del “amor” o del deseo sexual autónomo. La prostitución, junto con la familia y el matrimonio, son las instituciones que sostienen el patriarcado y deben ser abolidas. Para Miura (2007), de clara perspectiva abolicionista:

La lucha por la desaparición de la prostitución es la lucha por la reivindicación de derechos fundamentales de las mujeres, entre ellos, el derecho a su sexualidad. Es la lucha para que su cuerpo sea reconocido por fin en una situación de igualdad con respeto al cuerpo del hombre y con la sexualidad de éste. Para que el cuerpo de la mujer no sea nunca más un mero objeto de deseo, compra y disfrute, dispuesto a satisfacer las necesidades del varón (MIURA, 2007, p.212).

Un aspecto también problemático del Protocolo en cuestión es que da énfasis demasiada a las medidas de represión del delito y plantea el tratamiento de los derechos de las víctimas de forma secundaria, una vez que las medidas de protección no son obligatorias. Se centra en las restricciones a las inmigraciones, en la repatriación, y poco se abordan los derechos de las mujeres. De la misma manera, se pone más énfasis en las obligaciones de los países de origen que en las políticas de los receptores.

b. Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de la Naciones Unidas contra la delincuencia organizada internacional (PALERMO, 2000).

Este protocolo también surge relacionado con las discusiones acerca de la lucha contra la delincuencia organizada internacional, lo que ya denuncia una postura político-ideológica acerca de la inmigración de corte policial, represivo, sin consideración directa a los derechos sociales. El protocolo se centra en la cooperación internacional entre países para prevenir y combatir el tráfico ilícito, y

² Ver el documento elaborado por la Coalición Internacional Contra el Tráfico de Mujeres (CICTM/ CATM) del 25 de marzo del 2003. Disponible en: <http://action.web.ca/home/catw/readingroom.shtml>

casi se olvida de los derechos y seguridad de los/las inmigrantes involucrados y de la necesidad de dar un trato humano a los/las migrantes; el enfoque del protocolo aborda los instrumentos para combatir ese tipo de delincuencia. Esta postura se confirma en la definición que se hace del tráfico ilícito de inmigrantes (art. 3): La facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material. La entrada ilegal es entendida como el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor. El ámbito de aplicación es el de los delitos de carácter transnacional que entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, así como la protección de los derechos de las personas que hayan sido objeto de tales delitos (art. 4).

Así, en la propia definición del delito, lo que está en juego es el cruce ilegal de fronteras nacionales, sin referencia a los riesgos, peligro de vida, que muchos/as inmigrantes ilegales suelen sufrir. En el caso de las pateras, por ejemplo: el punto central, de alarma y pánico social (léase también “policial”) sería, a partir de lo que está expuesto en el protocolo, la posibilidad de que inmigrantes crucen la frontera; sin embargo, los peligros que conlleva llegar a España en esas pateras, no aparece como preocupación primaria en este protocolo.

De esta manera, la preocupación sobre los controles fronterizos es considerada como uno de los puntos centrales en la identificación y prevención del tráfico ilícito de inmigrantes; se enfatizan los aspectos delictivos y criminales (art. 11.1 y art. 14). Las empresas de transporte y transportistas comerciales, por ejemplo, tienen la obligación de certificar que todos los pasajeros tengan en su poder los documentos de viaje requeridos para entrar en el país receptor (art. 11.3).

En el artículo 16. es el único momento en que aparece la referencia a los derechos de inmigrantes. De acuerdo a las normas aplicables del derecho internacional, en particular el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a tortura o a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; Protección contra toda violencia que puedan infligirles personas o grupos por el hecho de haber sido objeto de tráfico ilícito. Se dice también que los Estados parte tendrán en cuenta las necesidades especiales de las mujeres y los niños.

Las concepciones acerca del migrante presentes en ese protocolo están relacionadas con la pasividad, no conciencia e involuntariedad en sus actos, en

especial, de las mujeres y niñas. Sin embargo, para Osborne (2004), la asociación “mujeres y niñas/os” no es una asociación inocente. La idea que subyace es que ninguna mujer emigraría de forma consciente para ejercer la prostitución. Así, la equiparación con los niños – que por definición son incapaces legalmente para decidir – es inmediata y bastante útil. Como los/las niños/as, las mujeres serían inocentes e incapaces de tomar decisiones a partir de criterios racionales; serían fácilmente engañadas y por tanto necesitarían de protección y tutela. Sin embargo, el protocolo exime a los/las inmigrantes de responsabilidad penal, por haber sido víctimas de inmigración ilegal – elemento básico de protección (art. 5).

Las facilidades para la repatriación están en el artículo 18, aunque se afirme que tal práctica deberá efectuarse teniendo en cuenta la seguridad y dignidad de la persona. También se recomienda, como en el protocolo anterior, que los Estados Parte refuercen las cooperaciones internacionales de lucha contra la pobreza y el subdesarrollo, considerados como las principales causas del incremento de las migraciones internacionales.

Los dos protocolos analizados, revelan que cuando se trata de temas como el tráfico y la inmigración, está en juego una tensión: entre intereses estatales y soberanos explícitos (por ejemplo: el orden público, la seguridad nacional, el control de los flujos migratorios) o implícitos (la conveniencia económica de contar con mano de obra barata en determinados sectores o la necesidad de suplir servicios reproductivos que las mujeres españolas y europeas ya no quieren/ pueden asumir) y valores fundamentales de la democracia que implican, necesariamente, el respeto y la dignidad de las personas y los derechos que les son inherentes. Tal tensión suele resolverse en detrimento de las víctimas del tráfico o de las personas explotadas por el propio marco jurídico de la migración. Según Calavita (1992), los Estados han actuado movidos por intereses contradictorios en relación a su política de inmigración; a la vez que el Estado gana con la llegada de los/las inmigrantes, especialmente porque proporcionan una fuerza de trabajo flexible, el Estado tiene también que buscar la legitimidad ante la ciudadanía, procurando apaciguar las situaciones de conflicto social. Ya hemos discutido anteriormente (MAYORGA, 2007) acerca de la crisis en la cual se encuentra el Estado nación, y de cómo pocos Estados cuentan con formas efectivas para definir la relación entre ciudadanía, nacionalidad, nacimientos, afiliación étnica, identidad nacional, una vez que el concepto de ciudadanía moderna no es suficiente para la construcción de una

democracia igualitaria. Es evidente que el discurso acerca del cierre de fronteras tiene razones político- ideológicas.

EL DERECHO ESPAÑOL

a) La ley de extranjería en España

Para analizar la política migratoria española es necesario hacer referencia al marco de la política migratoria en Europa. El proceso de integración europea, con la incorporación de España a la Comunidad Europea, fue el factor más determinante que llevó a España a empezar a discutir y diseñar una política de inmigración. Fuertemente criticado por la Comisión Europea por no tener una política migratoria, el gobierno español, seis meses antes de su integración a la Comunidad Europea, promulgó la Ley de Extranjería de 1985, lo cual fue el punto de partida para la institución de una política de migración. Aunque en esa ocasión el número de inmigrantes era particularmente reducido y la sociedad española no reconocía la necesidad de una intervención gubernamental acerca del tema, la aprobación de la L.O. 7/1985 fue motivada, según Solé y Parella (2001), por dos razones fundamentales: la necesidad de dar respuesta a la llegada de inmigrantes en la sociedad española y la adecuación de la legislación española a las pautas de la política migratoria comunitaria.

España ha sido tradicionalmente un país emigrante; hasta la década de los años 70 del siglo XX, un gran número de españoles se desplazó a otros países de Europa y América Latina en busca de mejores oportunidades. Sin embargo, en los últimos años, España se ha configurado como un país receptor de inmigrantes extranjeros, considerada puerta de entrada para la inmigración hacia Europa. Así, en el momento de la promulgación de la Ley Orgánica (L.O.) 7/1985, podríamos decir que no existía en España el “inmigrante” dentro del imaginario social, lo que llevaría al Estado español, según Alvite (1995), a construir la figura del inmigrante en función de una fuerte relación con valores de problematización y criminalización para justificar la implementación de una política migratoria. En 1985, el año en que se promulgó la primera Ley de Extranjería, que estuvo vigente hasta el año 2000, la cifra de extranjeros no llegaba a los doscientos cincuenta mil (241.971 extranjeros). De acuerdo con las cifras oficiales (Anuario De Migraciones, 2000), en 1975 se

contabilizaban 165.289 ciudadanos extranjeros residentes en España, de los que la mayoría eran ciudadanos de la entonces Comunidad Económica Europea, que respondían al perfil de jubilados que se habían establecido en la costa mediterránea, Baleares o Canarias.

Con respecto a la política común de migración, el acuerdo de Schengen ha tenido especial importancia y ha supuesto nuevas restricciones en las fronteras españolas. Instituido en 1985, tuvo como objetivo la eliminación gradual de las fronteras internas entre los Estados-miembros. La eliminación completa de los controles fronterizos fue acordada en 1995, inicialmente entre siete países comunitarios: Alemania, Francia, España, Portugal, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo, con posterior adhesión de Italia, Grecia y Austria, y sin la participación del Reino Unido, Irlanda, Suecia y Finlandia. Según el Acuerdo de Schengen, todos los países participantes deben instituir requisitos de entrada idénticos, lo que significa, por ejemplo, elaborar reglas comunes sobre las exigencias de visados relativas a terceros países, restricción de entradas, elaboración de listas de inadmisibles, o la imposición de sanciones a empresas de transporte en caso de permitir la entrada a inmigrantes indocumentados/as.

En el Consejo Europeo de Tampere (1998), se acordó la creación de un área de libertad, seguridad y justicia en Europa que completase la Unión Monetaria y Económica de la Unión Europea, y dentro de esa área se reconoció la necesidad de convertir el asilo y la inmigración en cuestiones de la Unión Europea, no siendo exclusivas de los países miembros. Se reconoció también la necesidad de que la Unión Europea buscase integrar a nacionales de terceros países que residan legalmente en la Unión, aproximando su status legal al de los nacionales de los Estados miembro, especialmente en relación a derechos y libertades fundamentales. Aunque la inmigración en Europa sea una realidad, ninguno de los Estados democráticos en Europa ha planificado la integración de los/las inmigrantes, y algunos sólo recientemente han aceptado que son, efectivamente, países de inmigración. La primera oleada migratoria que se produjo hacia el centro de Europa en los años sesenta fue percibida por muchos de estos estados de acogida como un movimiento temporal de trabajadores que habían sido “invitados” y que se marcharían cuando las condiciones del mercado de trabajo local ya no les necesitara. Sin embargo, la crisis económica de 1973 y la constatación de que los/las inmigrantes no sólo no volvían a sus países sino que su número seguía

creciendo por la vía de la reunificación familiar y del asilo político, obligó a los Estados y a las sociedades europeas a replantear su definición de la situación (ENRIQUEZ, 2005). Se acordó también la necesidad de luchar contra el tráfico de mujeres y niños y contra la explotación económica de inmigrantes, a través de una legislación propia para ello.

Desde la perspectiva jurídica, tras el tratado de Ámsterdam, la Unión Europea asumió como objetivo la defensa de los derechos e intereses de los/las ciudadanos/as nacionales de los Estados miembros y el desarrollo de la Unión Europea como espacio de libertad, seguridad y de justicia (art. 2). Así, en materia de justicia e interior, se estableció que los Estados miembros deberían instituir acciones comunes de cooperación judicial y policial en materia penal (art. 29). El objetivo de esas acciones fue la prevención y la lucha contra la criminalidad – organizada o no – especialmente el terrorismo, el tráfico de seres humanos, los delitos contra los/las niños/as, el tráfico de drogas y armas, la corrupción y el fraude.

Los Estados y sociedades de Europa han enfrentado a tres grandes retos en relación con la inmigración: el primero es la regulación del flujo de inmigrantes que reciben, es decir, la decisión sobre cuántos/as, de dónde y de qué tipo son los/las inmigrantes que desean acoger y la viabilidad de esta acogida, una tarea en la que todos los Estados han tenido dificultades, sometidos como están a presiones contradictorias internas y externas. El segundo reto es la integración de los/las inmigrantes. Según Enriquez (2005) es un problema para la democracia que en algunos Estados la integración se limite al mercado laboral, y que los/las inmigrantes no tengan total acceso a los derechos sociales y políticos consolidados, son susceptibles de expulsión, sin posibilidad de acceder a la ciudadanía y sin voz política. El tercer reto, según Enriquez, es potenciar la lucha contra la inmigración ilegal y las mafias que trafican con seres humanos, principalmente niños/as y mujeres para atender el mercado sexual.

Las políticas de integración de los inmigrantes (tanto el modelo multicultural³ aplicado en Reino Unido u Holanda como el asimilacionista⁴ en Francia) han tenido problemas en su implementación, y se han encontrado con problemas semejantes

³ Modelo Multicultural: El Estado se relaciona en el terreno cultural con las minorías como grupos, alentando el mantenimiento de sus identidades culturales separadas (financiando, por ejemplo, escuelas propias).

⁴ Modelo asimilacionista: proclama la igualdad de los individuos ante el Estado y la indiferencia de éste a sus peculiaridades culturales.

de guetización y violencia en los barrios de la población inmigrante o de fracaso escolar de la segunda generación, especialmente entre los/las inmigrantes de origen musulmán o afroamericanos/as (antillanos).

La Ley que regula la situación de los extranjeros, estableciendo, entre otros, procedimientos que los/las extranjeros/as deben cumplir para la entrada, residencia (permiso) y el trabajo (permiso) en España, así como las sanciones para quien no lo cumpla, es la L.O. 8/2000 (de 23 de diciembre de 2000), que es una modificación de la L.O. 4/2000 (de 12 de enero de 2000) sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social. El objetivo de esta ley es configurar un marco de referencia legal que permita diferenciar la situación de inmigrantes legales de la de los/las ilegales⁵.

El primer punto que llama la atención es que en menos de un año se han publicado dos leyes orgánicas sobre los derechos de los/las extranjeros/as y su integración en España, sin que la primera haya llegado tan sólo a ser desarrollada reglamentariamente⁶ (RODRIGUES; HERNANDEZ, 2001).

Dos motivos fueron los detonantes para justificar la reforma: 1) el hecho de haberse detectado aspectos en los que la realidad del fenómeno migratorio supera las previsiones de la norma (se señala la ineficacia de la ley anterior, al haber producido, según algunos – principalmente los de derecha como crítica a la política de regularización socialista, un efecto *llamada* y haberse convertido España en “un país de destinos migratorios”) y 2) la necesidad de que la normativa deba realizarse conforme a los compromisos asumidos por España, concretamente, con las conclusiones adoptadas por los jefes de Estado y de gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea en octubre de 1999 sobre la creación de un espacio

⁵ Solé y Parella (2001) escriben: “Izquierdo (1991, p.21-22; 1992, p.151-153) considera inadecuado el término “inmigración ilegal”, desde un punto de vista sociológico, puesto que sirve para criminalizar a un colectivo de personas cuya única infracción es administrativa. [...] a continuación se reproduce la terminología que propone Izquierdo: 1) *inmigrante irregular*, todo extranjero que no tiene en regla su entera situación, ya sea porque no tiene ni permiso de residencia ni permiso de trabajo o porque, residiendo legalmente en el país, desempeña un trabajo sin la autorización que es preceptiva; 2) *inmigrante indocumentado*, aquel extranjero que no tiene ningún papel o documento que acredite su nacionalidad, su edad y filiación por las causas más diversas; 3) inmigrante clandestino, inmigrante con algunos papeles, pero que ha entrado en el país a hurtadillas, por temor a ser rechazado, y que permanece oculto; 4) inmigrante ilegal, aquel extranjero que incumple las leyes españolas. Las categorías 1, 2 y 3 son regularizables con mayor o menor dificultad, y la cuarta escaparía a toda posibilidad.

⁶ El corto espacio de tiempo entre una y otra legislación creó en aquél momento situaciones de inseguridad al colectivo de inmigrantes, que a partir de la ley 4/2000 encontraban una situación más favorable al reconocimiento de sus derechos y su integración social, y en menos de un año han sufrido muchas restricciones en la regulación de su estatuto jurídico.

de libertad, seguridad y justicia (se aducen compromisos europeos, al ser España la puerta Sur de entrada a Europa y haberse eliminado o al menos reducido los controles fronterizos en las rutas que desde España dan acceso a Europa).

La reforma recibió muchas críticas de diversos colectivos tanto jurídicos como políticos y sociales. La primera crítica se refiere al poco tiempo que ha existido para que la anterior ley haya podido dar sus primeros frutos. El segundo punto destaca que la experiencia en otros países europeos ha demostrado que una política migratoria más restrictiva termina por producir efectos contrarios, como un aumento del racismo o un empeoramiento de la situación de los inmigrantes, sin disminuir los flujos migratorios.

La L.O.8/2000 presentó puntos positivos y negativos, avances y retrocesos. Es importante señalar la existencia de aspectos positivos como la renovación del permiso de trabajo a quien se hubiera otorgado una prestación contributiva por desempleo, así como la flexibilización del criterio interpretativo para la regularización permanente, la persecución de cuantas mafias se encargan de la inmigración ilegal y el acto de no permitir la imposición conjunta de la sanción de expulsión y multa (RODRIGUES; HERNÁNDEZ, 2001).

No queremos hacer un análisis jurídico de la L.O. 8/2000, sino destacar algunos puntos de relevancia política y social que muestran un posicionamiento político-ideológico ante los/las extranjeros/as, además de ofrecer elementos que pueden llevar a prácticas justificadas de xenofobia y racismo:

Relaciones administración-inmigrante: si bien el art. 20.2 garantiza que todos los procedimientos en materia de extranjería respetarán los principios de publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones, el final del artículo excluyó de este sistema los visados, y establece que sólo será necesaria la motivación de la denegación del visado cuando la petición apele a la reagrupación familiar o al trabajo por cuenta ajena (art. 27.4). Permitir la ausencia de motivación de una resolución administrativa entorpece la defensa del inmigrante, agravando su posición de desprotección, y dificulta su control jurisdiccional de manera que la administración se reserva cotos de actuación sin control alguno.

Derechos y libertades: este fue el punto más crítico y polémico de la L.O. 8/2000, porque consiste en la supresión de la equiparación que la L.O. anterior establecía entre extranjeros y españoles a la hora del disfrute de derechos y libertades, estableciendo en su lugar una diferenciación entre extranjero/a regular e irregular. La igualdad entre españoles/as y extranjeros/as quedó relegada a un criterio interpretativo general, modificando radicalmente el texto de la ley anterior que realizaba la equiparación extranjero-español de forma inequívoca. El grupo de extranjeros/as irregulares tenía derecho a la asistencia sanitaria, a la educación obligatoria, a los servicios y prestaciones sociales básicas, a la tutela judicial efectiva y a la asistencia jurídica gratuita (aunque el art. 3.2. de la ley haya establecido que las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros se interpretarían en conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los Tratados internacionales sobre las mismas materias vigentes en España). Los derechos de reunión, asociación (art. 7 y 8), participación pública (art. 6), sindicación o huelga (art. 11) y la libertad de circulación (art. 5) quedaron limitados a los/as extranjeros/as que se encontraban legalmente en España. Los “sin papeles” no podrían ejercer este derecho y se encontraban en situación de indefensión ante eventuales atentados a sus derechos humanos. La legislación española distinguía entre nacionales y extranjeros/as, estableciendo distintos niveles entre inmigrantes según cual fuese su país de procedencia, tanto en el momento de entrada (algunas nacionalidades requieren visados y otras no), como a la hora de conceder permisos de trabajo y residencia, generando así, categorías distintas de inmigrantes de *primera*, *segunda* y *tercera*. Estaba prevista la distinción entre la situación legal de extranjeros que son ciudadanos/as comunitarios y los/las nacionales de terceros países. Para los primeros imperaba la norma de igualdad de tratamiento en relación a lo que es aplicable a ciudadanos españoles, mientras que para los segundos, estaban previstas distinciones entre permiso de estancia (de 30 hasta 90 días), permiso temporal de residencia (de 1 a 5 años) y permiso permanente de residencia (después de 5 años de residencia continuada)⁷.

⁷ Según la L.O. 8/2000: “24. Se modifican los apartados 2, 3, 4 y 5 del artículo 29, como sigue, añadiéndose dos nuevos apartados, con la numeración que corresponde, pasando a ser 31:

Nos interesa analizar la política de migración española y su relación con la política de la Comunidad Europea, buscando responder a dos preguntas: ¿Cómo son definidos los/las inmigrantes en la Ley de Extranjería española? y ¿Cuáles son las posibles consecuencias, en el ámbito de la identidad, de la política migratoria española?

El crecimiento de los flujos migratorios en Europa, como consecuencia, entre otros aspectos, de la globalización, ha preocupado a los Estados europeos, y llevado a la creación de políticas más duras de cierre de fronteras. Si es responsabilidad del Estado gestionar la inclusión/exclusión legítima, si es el Estado quien instituye legalmente la noción de extranjero/a e inmigrante, con fines de formación de soberanía, está claro en la legislación española quiénes son *nosotros* y los *otros*. Lo

Artículo 31. Situación de residencia temporal.

2. La situación de residencia temporal se concederá al extranjero que acredite disponer de medios de vida suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia, incluyendo, en su caso, los de su familia, durante el período de tiempo por el que la solicite sin necesidad de realizar actividad lucrativa, se proponga realizar una actividad económica por cuenta propia o ajena y haya obtenido la autorización administrativa para trabajar a que se refiere el artículo 34 de esta Ley, o sea beneficiario del derecho a la reagrupación familiar. Reglamentariamente se establecerán los criterios a los efectos de determinar la suficiencia de los medios de vida a que se refiere el presente apartado.

3. La Administración podrá conceder el permiso de residencia temporal a los extranjeros que en su momento hubieran obtenido tal permiso y no lo hubieran podido renovar, así como a aquéllos que acrediten una permanencia en territorio español durante un período mínimo de cinco años. Reglamentariamente se determinarán los requisitos para acceder a la residencia temporal por esta vía, en especial por lo que se refiere a la justificación de medios económicos de subsistencia, y permanencia de forma continuada en el territorio español.

4. Podrá otorgarse un permiso de residencia temporal cuando concurren razones humanitarias, circunstancias excepcionales o cuando se acredite una situación de arraigo, en los supuestos previstos reglamentariamente.

5. Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido. Se valorará, en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar el permiso de residencia a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que han sido indultados, o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena.

6. Los extranjeros con permiso de residencia temporal vendrán obligados a poner en conocimiento del Ministerio del Interior los cambios de nacionalidad y domicilio.

7. Excepcionalmente, por motivos humanitarios o de colaboración con la Justicia, podrá eximirse por el Ministerio del Interior de la obligación de obtener el visado a los extranjeros que se encuentren en territorio español y cumplan los requisitos para obtener un permiso de residencia. Cuando la exención se solicite como cónyuge de residente, se deberán reunir las circunstancias de los artículos 17 y 18 y acreditar la convivencia al menos durante un año y que el cónyuge tenga autorización para residir al menos otro año.

25. *El apartado 2 del artículo 30 queda redactado como sigue, pasando a ser 32:*

Artículo 32. Residencia permanente.

2. Tendrán derecho a residencia permanente los que hayan tenido residencia temporal durante cinco años de forma continuada. Se considerará que la residencia ha sido continuada aunque por períodos de vacaciones u otras razones que se establezcan reglamentariamente hayan abandonado el territorio nacional temporalmente. Con carácter reglamentario y excepcionalmente se establecerán los criterios para que no sea exigible el citado plazo en supuestos de especial vinculación con España.

que se percibe es que la soberanía del Estado tiene tensiones con la permanencia de la diversidad y pluralidad, lo que puede llevar a su exclusión. Esta es una cuestión polémica y de difícil resolución y los Estados de la Unión Europea han buscado solucionarlo de formas distintas. Un posible elemento de análisis puede estar relacionado con elementos étnico-culturales históricos que marcaron/marcan la identidad de los estados-nación lo que puede poner de relieve, una vez más, que las dimensiones jurídicas y étnico-culturales no caminan separadas. Igualmente, en los tratados internacionales, lo que se refleja es una tensión entre intereses estatales y de soberanía (lo que se manifiesta es la preocupación por el mantenimiento de las estructuras sociales del Estado-nación español) y los valores fundamentales de la democracia.

Nos interesa comprender la dinámica de productividad del ejercicio del poder, más allá de sus formas represivas y en el caso de la L.O. 8/2000, ésta termina por realizar tanto operaciones de demarcación y construcción discursiva de los/las inmigrantes o de la inmigración, como prácticas relacionadas a ella, que establecen procesos de subjetivación específicos e históricos. La ley instituye la diferenciación entre los de dentro y los de fuera de forma muy clara, instituyendo un grupo social estigmatizado, temido, de quienes siempre se debe desconfiar, una vez que en cualquier momento pueden demostrar su ilegalidad, que parece ir más allá del simple hecho de tener o no tener papeles, ya que se relaciona con una cierta naturalización de la idea de *inmigrante marginal* – como si la ilegalidad no se relacionara solamente al hecho de no tener permiso o papeles sino con el hecho de no ser europeo. Foucault (1977), en su análisis reflexionó que todo conocimiento es el efecto de un régimen específico de poder, y tales formas de conocimiento constituyen la realidad social que ellas describen y analizan. La ley analizada implica la producción de un conocimiento específico acerca de la inmigración, y a la vez este dispositivo legal es producido también fundamentado en un determinado conocimiento acerca de la inmigración que está relacionado a la histórica relación de Europa con el *otro* – desde la expansión marítima hasta los procesos de colonización, dominación, exterminio y esclavitud de poblaciones de otras latitudes.

Así, la ley analizada tiene características de performatividad (AUSTIN, 1998; DERRIDA, 1991; BUTLER, 1999), porque adquiere *status* de acto, pero también está relacionada con la característica de referencialidad, es decir, de alguna manera la ley instituida repite antiguas significaciones acerca del *otro*, actualizando formas

semejantes de relaciones de identidad y diferencia – relaciones de poder. La ley, al mismo tiempo que instituye formas de relación/ diferenciación, tiene una resonancia con el contexto social y cultural de la sociedad española y europea. Y este acto tiene efectos de poder – poder de fijar, estabilizar lugares, identidades, subjetividades.

Los elementos destacados nos llevan a concluir que la política migratoria española, además de controlar el número de inmigrantes que entran en el país, define niveles de inclusión/exclusión, económica y social, de los mismos – característica de muchas otras leyes en diversos Estados. El objetivo de la ley es contener los flujos y, de este modo, luchar contra la inmigración clandestina. La L.O. 8/2000 fue parte de un discurso social y político más amplio - actitudes y opiniones públicas. Casi todos los países europeos adoptaron desde el año 2001 políticas más restrictivas sobre la inmigración, dirigidas a dificultar la entrada de los inmigrantes, seleccionar a los aspirantes y reducir la reagrupación familiar y el número de personas acogidas al asilo. La ley tiene efectos de dispositivo de dominación, una vez que define quienes son los *otros*, lo que pueden o no hacer, recibir, y de qué derechos pueden disfrutar. Termina por fortalecer y reinventar las representaciones acerca de los *otros*.

No podemos dejar de resaltar también que el Estado Moderno no es un aparato unificado de dominación, sino que está compuesto por muchas instituciones y procedimientos que emplean diversas y complejas técnicas de poder para ordenar las relaciones sociales, no pocas veces contradictorias. Así, el Estado y la sociedad españoles reflejan discursos distintos y contrapuestos: de un lado el ideal de los derechos humanos y de la igualdad de trato para todas las personas, y del otro una cierta tendencia a comprender que unos son más *humanos* que otros, lo que lleva a *niveles distintos de igualdad*, llegando hasta situaciones de desprecio, racismo y violencia hacia aquellos *no tan iguales*. La L.O. 8/2000 produce *outsiders*, y en el contexto más amplio de las sociedades española y europea termina por estigmatizarlos.

Con respecto a las mujeres, la restrictiva regulación de la entrada y permanencia en España de las inmigrantes favorece que éstas tiendan a resolver su proceso de migración en los límites de la legalidad, y que en la medida en que no regularicen su situación se encuentren al margen de las posibilidades de hacer valer sus derechos, tanto por razones jurídicas objetivas - falta de reconocimiento de tales

derechos-, como subjetivas – tienen miedo a desvelar su situación de irregularidad (JÁUDENEZ; JIMENEZ et al., 2001).

b) Sobre tráfico y prostitución

La ley de extranjería (8/2000) ha incorporado el tráfico de personas, y en el artículo 318 presenta una tipificación que incluye el *tráfico ilegal* y el *tráfico legal*. Con respecto al primero, se castiga a aquellos que promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas en tránsito o con destino a España. La pena es de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a nueve meses. La pena es de dos a cuatro años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses si las conductas anteriores se realizaran con ánimo de lucro, con violencia, intimidación o engaño, o abusando de la situación de necesidad de la víctima. Las penas más duras se aplican si se hubiera puesto en peligro la vida, salud, integridad de las personas, si la víctima es menor de edad, si el autor utiliza su condición de autoridad o si el autor pertenece a una organización o asociación que se dedique a la realización de tales actividades.

Los artículos 515 y 517 califican como ilícitas las asociaciones que promuevan el tráfico ilegal de personas, e impone a los fundadores, directores y presidentes de estas asociaciones penas de prisión de dos a cuatro años, multa e inhabilitación especial para el empleo o cargo público por un tiempo que oscila de seis a doce años, y a los miembros activos, prisión y multa. Los que con su aportación económica o de cualquier otra clase favorezcan la fundación, organización o actividad de esas asociaciones serán castigados, según el artículo 518, con pena de prisión, multa e inhabilitación especial para el empleo o cargo público.

Lo que se pretende penalizar es la actividad delictiva de redes organizadas – se está pensando fundamentalmente en estructuras organizadas, en redes de explotación laboral, de tráfico (transporte) y, sobre todo, de prostitución. Así, el tráfico está siendo identificado sobre todo con las redes de prostitución, y la lucha contra esas redes se aborda como una cuestión policial. La inducción, promoción, o facilitación, a partir de una red organizada con ánimo de lucro, de la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino a España, son definidas, según el

artículo 54b, como infracción administrativa muy grave, siempre que el hecho se constituya como delito.

La principal dificultad se encuentra en la determinación de la no inocencia de esas redes en sus acciones. El concepto de tráfico ilegal de personas no está suficientemente definido, ni delimitado, pudiendo incluir diversas formas de participación en el acto delictivo o en la infracción. Así, en una versión más dura, el tráfico ilegal sería la explotación de las personas transportadas, pero puede consistir en el simple transporte con ánimo lucrativo. El tráfico legal sería el que se lleva a cabo a través de empresas regulares de transporte; su penalización está prevista (según art. 54.2 de la Ley de extranjería) si trasladan los/las pasajeros/as sin certificación de que la documentación necesaria para hacerlo está en vigencia y es válida.

El concepto de tráfico ilegal podría incluir a personas que colaboran, sin ánimo de lucro, con la entrada de inmigrantes en España, y que lo hacen mediante acciones ilegales, como, por ejemplo, la emisión de cartas de invitación falsas. Se ha intentado criminalizar determinadas acciones solidarias con las personas en situaciones de irregularidad, pero esas acciones podrían ser interpretadas como prestación de socorro debido a personas que se encuentran en situación de precariedad – si no se da socorro, tal acción podría ser considerada, según el Código Penal, como violación de la obligación de prestar socorro.

En el ámbito de la legislación internacional y comunitaria, se ha insistido en la importancia de que las mujeres víctimas de tráfico con fines de explotación sexual no sean expulsadas y puedan seguir residiendo en el país. En España se ha recogido tal permiso, siempre que se denuncie a los autores del delito y se colabore con las autoridades judiciales y policiales – a cambio de no ser expulsada, se incentiva que la persona sea delatora, pudiendo el proceso de concesión de documentación ser interrumpido si la víctima deja de colaborar con las autoridades. A los extranjeros que hayan quedado exentos de responsabilidad administrativa se les podrá facilitar, si lo eligen, el retorno a su país de procedencia o el permiso de residencia en España, así como el permiso de trabajo y facilidades para su integración social.

Esa medida es bastante problemática. Primeramente, habría que asegurar que la simple denuncia bastara para que se procediera automáticamente a la regularización y, en segundo lugar, la subsanación de la irregularidad debería

extenderse a las otras víctimas de la red, una vez que de nada valdría proteger a la delatora y expulsar a las demás mujeres, que también trabajan en situaciones inhumanas. El tercer problema es la dificultad de definir y probar quiénes son o no los miembros de una red y quiénes son las *víctimas* o personas intermediarias.

Una vez más, los derechos de las personas explotadas se quedan en segundo plano en la legislación analizada. La descripción básica del delito de tráfico no incluye la explotación de las personas traficadas. Así, es el tráfico mismo el hecho constitutivo como ilícito, y no tanto sus consecuencias sobre las víctimas. Una vez más, se explicita en la legislación la perspectiva político-ideológica vigente: los derechos de los/las inmigrantes o víctimas del tráfico no aparecen como intereses primarios en la legislación, mientras que el control de las redes delictivas y de la inmigración misma aparecen en primer plano. Eso nos pone, una vez más, ante la cuestión de cómo quedan los derechos de los/las inmigrantes, las personas que ejercen la prostitución y las víctimas del tráfico. “¿por qué la concesión del permiso de residencia tiene que estar relacionada a un supuesto tráfico?; ¿por qué no se arbitra un sistema claro de protección de los/las inmigrantes que son sometidos/as a abusos de distinto tipo, independientemente de quiénes sean los que los someten a tales abusos?

Mientras la ley de extranjería no se refiere a los derechos de las personas explotadas, el Código Penal se refiere al delito de explotación de trabajadores/as inmigrantes (art. 312), y establece que serán castigados los que recluten a personas ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes lo hagan a extranjeros/as sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos reconocidos por leyes, convenios colectivos o contrato.

Tal previsión no tiene alcance alguno en situaciones como, por ejemplo, la explotación de personas que se encuentren sin papeles (la ley de extranjería prevé derechos para los/las extranjeros/as en situación legal), o de mujeres que ejercen la prostitución y puedan ser sometidas a situaciones de explotación en un tipo de trabajo como la prostitución, que está fuera del ámbito jurídico de la legislación española. Otro aspecto es que sancionar al empleador establece una nueva dificultad, una vez que los irregulares buscan establecer vínculos laborales para acceder a los procesos de regularización. El Código Penal prevé delitos de racismo y discriminación laboral por razón de nacionalidad, pero que en la práctica son muy

difíciles de probar, y los/as afectados/as no sienten la seguridad jurídica necesaria para accionarlos.

Así, si se encuentran problemas para regularizar la situación de inmigrantes en España, la situación se pone más complicada si estos/as inmigrantes se insertan en una actividad como la prostitución, que no está penalizada en España, pero tampoco está reconocida y, por tanto, no cuenta con derechos asociados a ella.

Con respecto a la situación legal o marco legislativo de la prostitución, se localizan, fundamentalmente, tres políticas: el abolicionismo, el reglamentarismo y el prohibicionismo. En el Estado español se aplicaron en el pasado los dos últimos sistemas, y el abolicionismo es el que impera en la actualidad. Sin embargo, todos los sistemas reciben críticas: impiden a las mujeres que ejercen la prostitución desarrollar su trabajo; aumentan el control social sobre ellas y las estigmatizan todavía más.

Que el Estado español adopte el sistema abolicionista significa que no hay una reglamentación para las actividades de la prostitución, que encuentra en el Código Penal (1996) puntos específicos de reglamentación, y se refieren, en su mayoría, a la prostitución de menores de edad. En tal código, la prostitución es considerada una actividad derivada del libre ejercicio de la libertad sexual de las personas mayores de edad, siempre que esté aceptado por las personas implicadas y no intervenga ningún tipo de coacción. Las conductas reguladas bajo el título de delitos relativos a la prostitución son: a) prostitución de personas menores de edad o incapaces (art. 187); b) prostitución de mayores de 18 años efectuada coactivamente (art. 188); c) la utilización de menores o incapaces en espectáculos exhibicionistas o pornográficos (art. 189); d) el delito de omisión del deber de impedir la prostitución de menores e incapaces (art. 189, 2º párrafo).

El hecho de que el derecho español no penalice, pero tampoco regularice, el ejercicio de la prostitución, deja tal actividad en una situación de completa ilegalidad, lo que termina por incrementar la vulnerabilización de las prostitutas ante abusos y explotaciones de todo tipo – incluyendo el desarrollo de mafias y redes ilegales de tráfico internacional. A ello hay que sumarle la ausencia de mecanismos para acceder a derechos sociales, laborales, sanitarios, etc. básicos.

CONSIDERACIONES FINALES

La política acerca del tráfico de mujeres y las posiciones más conservadoras acerca de la inmigración en la Unión Europea han tenido consecuencias específicas para las mujeres. Los tratados y leyes han enfatizado sobremanera las medidas de control de fronteras y represión de los posibles delitos cometidos. Tal perspectiva deja en segundo plano los derechos de los/as inmigrantes y de las personas víctimas del tráfico (es importante resaltar que los textos de los tratados y leyes dan pie a que se identifique tráfico de mujeres con prostitución). Así, lo que está en juego es un conflicto entre intereses estatales y de soberanía (lo que está puesto en cuestión es la preocupación por el mantenimiento de las estructuras sociales del Estado-nación español y otros) y los valores fundamentales de la democracia. Los tratados y leyes definen niveles de inclusión y exclusión económica y social de los inmigrantes. Con respecto a las mujeres, la restrictiva regulación de la entrada y permanencia en España de las inmigrantes favorece que éstas tiendan a resolver su proceso de migración en los límites de la legalidad, y que en la medida en que no regularicen su situación se encuentren al margen de las posibilidades de hacer valer sus derechos, tanto por razones jurídicas objetivas - falta de reconocimiento de tales derechos-, como subjetivas - tienen aprensión a desvelar su situación de irregularidad.

Con respecto a la prostitución, el derecho español no penaliza, pero tampoco regulariza, el ejercicio de la prostitución; deja tal actividad en una situación de completa alegalidad, lo que termina por incrementar la vulnerabilización de las prostitutas ante abusos y explotaciones de todos los tipos. A ello hay que sumarle la ausencia de mecanismos para acceder a derechos. De esa manera, las posiciones abolicionistas *pueden* conllevar condiciones favorables a diversas formas de explotación, porque son precisamente las condiciones de clandestinidad y de falta de derechos reconocidos las que favorecen que los colectivos de inmigrantes y prostitutas queden más desprotegidos frente a los abusos y formas de explotación. Las otras medidas legales posibles sobre la prostitución son: reglamentarismo y prohibicionismo.

Una última observación es importante: si no toda forma de prostitución e inmigración femenina se caracteriza como tráfico, y si la inmigración puede ser una opción de la misma manera que la prostitución, las violencias y desigualdades que

deben ser combatidas están en otro campo, que no es el del juicio moral y “colonial” acerca de esas prácticas. De esa manera, la defensa de la prostitución como trabajo sexual puede ser una forma importante de garantizar a esas mujeres un trabajo digno, sin las vulnerabilidades y explotaciones que estar en la ilegalidad conlleva.

REFERÊNCIAS

ALVITE, J. Racismo e inmigración. In: ALVITE, J. **Racismo, anti-racismo e inmigración**. San Sebastián: Editorial Tercera Prensa, 1995.

AUSTIN, J. L. **Como hacer cosas con palabras**. Barcelona: Paidós, 1998.

BUTLER, J. Corpos que pensam: sobre os limites discursivos do “sexo”. In: LOURO, G. (org.). **O Corpo Educado**: Pedagogias da Sexualidade. Belo Horizonte: Autêntica, 1999. p. 151-172

CALAVITA, K. **Inside the state**: The Bracero program, Immigration and the INS. New York: Routledge; Chapman & Hall, 1992.

DERRIDA, J. **Limited Inc**. Campinas: Papyrus, 1991.

DOEZEMA, J. Forced to choose: Beyond the voluntary vs. forced prostitution dichotomy. In: KEMPADOO, K.; DOEZEMA, J. (Eds.), **Global sex workers**: Rights, resistance, and redefinition. New York: Routledge, 1998. p. 34-50

ENRÍQUEZ, C. Integración de los Inmigrantes y xenofobia em Europa. **Cuadernos de la Guardia Civil – Revista de Seguridad Pública**, jun/jul. 2005.

FOUCAULT, M. **Discipline and punish**: the birth of the prison. Harmondsworth: Penguin, 1977.

FOUCAULT, M. **Microfísica del poder**. Madrid: La Piqueta, 1991.

GARIZABAL, C. Derechos laborales para las trabajadoras del sexo. **Mugak**, n. 23, segundo trimestre, 2003.

GARBAY, S. Migración, esclavitud y tráfico de personas. **Revista Aportes Andinos**, Programa Andino de Derechos Humanos – Universidad Andina Simón Bolívar, n. 7, out. 2003.

JÁUDENES, E.; JIMENEZ, M. (coord). Tráfico e inmigración de mujeres en España. Colombianas y ecuatorianas en los servicios domésticos y sexuales. **ACSUR**, Las Segovias, 2001.

KEMPADOO, K. Mudando o debate sobre o tráfico de mulheres. **Cad. Pagu**, Campinas, n. 25, jul/dez. 2005.

LEIDHOLDT, D. Quoted in So Deep a Violence: Prostitution, Trafficking and the Global Sex Industry. **Coalition Against Trafficking in Women (CATW)**. Video. 2000. Available at: <www.catwinternational.org>.

MAYORGA, C. **Otras identidades: Mujeres, Inmigración y Prostitución**. 2007. 375 f. Tesis (Doctoral) - Postgrado en Psicología Social; Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2007.

MAYORGA, C. El tráfico de mujeres como problema: colonialismo y patriarcado. **Revista Electrónica de Psicología Política**, n. 21, p. 74-102, 2009.

MIURA, A. Ponencia sobre la situación actual de la prostitución en nuestro país. **Boletín Oficial de las Cortes Generales**, Serie A, n. 379, 2007.

MOHANTY, C. Under Western Eyes. **Feminist Review**, n. 30, 1988.

OSBORNE, R. (Ed.) **Trabajador@s del sexo: Derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI**. Barcelona: Bellaterra, 2004.

RAYMOND, J. et al. A Comparative Study of Women Trafficked in the Migration Process: Patterns, Profiles and Health Consequences of Sexual Exploitation in Five Countries (Indonesia, the Philippines, Thailand, Venezuela and the United States). **Coalition Against Trafficking in Women (CATW)**. 2002. Available at: <www.catwinternational.org>.

RODRIGUES, J.; HERNÁNDEZ, M. A. Comentarios a la nueva regulación de la inmigración en España. **Scripta Nuova – Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales**, v. 40, n. 94, ago. 2001.

SOLÉ, C.; PARELLA, S.. La inserción de los inmigrantes en el mercado de trabajo. El caso español. In: SOLÉ, C. (Coord) **El impacto de la inmigración en la economía y en la sociedad receptora**. Barcelona: Anthropos, 2001.

SOUZA, J. **A Construção Social da Subcidadania: Para uma Sociologia Política da Modernidade Periférica**. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

Artigo: Recebido em: 09/09/2011 Aceito em: 22/03/2012
