

Conferencia

La penalización de la demanda que propicia la trata y la explotación sexual de mujeres y niñas en la legislación mexicana. Nuevos retos

Dr. Samuel González

Los puntos de partida de nuestro análisis son la Convención de Palermo contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos adicionales. En estos textos están definidas las conductas que deben ser sancionadas en materia de trata de personas. Debemos entender muy bien cuál es la relación entre estos textos y el resto de obligaciones internacionales que nuestro país también ha contraído. Tampoco se puede leer el Protocolo contra la Trata sin entenderlo como parte integrante de la propia Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Son una unidad, porque así lo establece la propia Convención y el propio Protocolo.

En estos textos están definidas cuáles son las obligaciones internacionales de los países, quienes en primera instancia deben incluir los tipos penales en sus respectivas legislaciones nacionales, adecuándolos a cada una de sus culturas jurídicas y desarrollándolos en consecuencia.

El Artículo 3 del Protocolo, que contiene una definición universal de trata de personas, es precisamente eso, una definición, no un tipo penal. Esta afirmación es muy importante porque algunos pretenden hacer de esta definición un tipo penal, sin entender cómo se configuró por consenso y en cuya redacción participaron más de 100 países.

En primer lugar, las tradicionales culturales jurídicas de los países son distintas. En segundo lugar, las obligaciones que tienen los fiscales son también diferentes. Mientras existen países como México que tienen el principio de obligatoriedad de la acción penal y dónde se requiere mucha más precisión, existen otros países como Estados Unidos que no tienen este principio y el fiscal necesita un tipo penal mucho más abierto para poder elegir qué parte de la conducta va a ser sancionada.

Teóricamente hay delitos que se clasifican en delitos instantáneos, delitos permanentes, delitos continuados, y otros delitos que yo denomino "delito - proceso".

¿Qué es un delito - proceso? Es toda una actividad criminalizada en el espacio y en el tiempo: el ejemplo más claro es el narcotráfico. Es delito sembrar, cosechar, producir, transformar cualquier elemento que tiene que ver con drogas, pero también comprar, vender, importar, exportar, poseer drogas.

Son delitos - proceso porque todo está sancionado y las conductas pueden ser horizontales o verticales. Por ejemplo: financiamiento del narcotráfico, antes de que suceda, lavado del dinero y ocultamiento del producto, una vez que ya ha sucedido.

Se criminaliza todo un proceso que es extraordinariamente amplio y continuado en el tiempo. En materia de delincuencia organizada, la Convención de Palermo también tiene esa connotación de ser un delito - proceso, donde se sancionan toda una serie de conductas que están vinculadas con estos elementos.

La trata de personas, por la definición que está en el Artículo 3, también es un delito - proceso. De ahí que la demanda también puede ser analizada como parte de estos elementos que tienen que tomarse en consideración para poder sancionar todos los aspectos, todas las conductas que están contenidas en la propia Convención.

Podemos analizar el proceso evolutivo legislativo desde la Ley Federal mexicana contra la Trata de Personas del 2007, que en realidad copiaba la definición de Palermo y la hacía un tipo penal, a los instrumentos jurídicos que posteriormente se han producido en México y en Latinoamérica.

La Ley General del año 2012, que fue desarrollada en esta Cámara de Diputados significó un cambio de paradigma completamente distinto al de la ley del 2007. Ese

cambio de paradigma en materia de tipificación ha sido verdaderamente importante porque la ley estableció un modelo de "doble piso".

¿Qué es un modelo de doble piso? Es una estructura que incluye delitos determinantes, como dice la Convención de Palermo, o Predict Offensive, como se dice en Estados Unidos. Es un modelo en donde coexisten dos elementos principales, igual que en la delincuencia organizada: uno es el delito de organización y el otro son los delitos determinantes como narcotráfico, secuestro, lavado de dinero, trata de personas, etc.

Nuestra Ley tiene ese modelo. En el Artículo 10 de la Ley, se establece lo que son las conductas asociadas a la explotación. Del Artículo 11 en adelante se definen las diferentes conductas de explotación. Y ese doble piso es lo que permite afinar y distinguir unas conductas de otras. Las del Artículo 10 son conductas que son asociadas a la explotación, el capturar, el transportar, o el entregar por ejemplo.

En este país existe un debate, desde mi punto de vista, verdaderamente absurdo: si la trata es distinta o no de la explotación. Es absurdo por una razón que no debemos de soslayar y que es muy simple. El Artículo 73, Fracción XXI, de la Constitución prevé que el Congreso de la Unión puede emitir leyes en materia de trata de personas, pero no en materia de explotación. La distinción entre explotación y trata de personas es un debate falaz porque lo que se persigue en realidad es que el Congreso de la Unión no tenga competencia para emitir una ley que abarque ambos aspectos. Ese debate podría ser ridículo en cualquier otro país de Latinoamérica, pero aquí está absolutamente impuesto, intentando que el Congreso de la Unión solamente tenga competencia en materia de trata, pero no de explotación.

Para mí, conceptualmente y como lo dice Palermo, la explotación y la trata van unidas y no se pueden separar. Una de las grandes aportaciones de la Ley del 2012 mexicana es que distinguió muchos tipos de explotación y los definió. Los tipos no son, ni mucho menos perfectos; tienen una gran cantidad de errores debidos a la técnica de negociación que se produce en la Cámara de Diputados y en la Cámara de Senadores.

La intervención de muchos grupos y de muchas opiniones le restan grado técnico a la discusión teórica sobre la trata, la explotación o cualquier otra conducta penal. En la redacción de los códigos pasa lo mismo, por ejemplo, el Código Nacional de Procedimientos Penales que está altamente ideologizado en este país. La discusión no es técnica, es una discusión política y el resultado de la misma, son leyes imperfectas; hay que decirlo de manera muy clara.

Sin embargo, en el proyecto de ley de trata que salió de esta Cámara de Diputados en 2011, existían definiciones muy claras de lo que era la explotación sexual en tres elementos; en cambio, no quedó así de claro en los tipos penales finalmente establecidos. El artículo 14 de nuestra ley sanciona la explotación sexual sin ningún tipo de agravantes, mientras que el artículo 13 tiene agravantes en los elementos de definición.

Durante mucho tiempo se ha producido una discusión sobre si los tipos penales deben incluir medios comisivos o no. Y algunos senadores o senadoras han intentado promover este debate de la inclusión de los medios comisivos en los tipos penales.

Los medios comisivos son medios que tienen que ver con elementos subjetivos para poder ser desarrollados, con engaño, con la coacción, el abuso de poder, etc.

¿Y por qué los medios son tan importantes en los planteamientos que están desarrollando algunas personas? Porque son mucho más difícil de probar. Si yo soy un fiscal y me piden que pruebe el engaño, el engaño siempre tiene un elemento subjetivo, requiere la declaración directa de una víctima para que pueda ser sancionada la conducta. ¿Cómo demuestro el engaño? El engaño es una parte subjetiva de la víctima, la víctima tiene que demostrar el engaño.

En una buena parte de los tipos penales de la ley mexicana del 2012 no hay medios comisivos; se puede probar la conducta de trata de persona y/o explotación mediante otros elementos que no tienen que ver con las declaraciones de las víctimas. Ejemplo, el

artículo 19 de nuestra ley que señala claramente el engaño en la prestación de servicios sexuales, por ejemplo una publicidad solicitando camareras, cuando en realidad lo que se está buscando son personas que se dediquen a la prostitución. Basta con demostrar que no se pidió a esas personas que se dedicaran a la prostitución, sino a trabajar como camareras y que luego estuvieran desarrollando esa actividad, para que se pueda probar el tipo penal.

Esto es muy importante porque no necesitamos la declaración de la víctima, ya que el tipo está basado en elementos objetivos. Regresar los medios comisivos al tipo penal del artículo 10 y otros tipos penales de nuestra ley sólo hará que dificultar la prueba del delito.

Si abordamos este tema, analizando el proceso evolutivo que han sufrido diferentes legislaciones en América Latina, vemos que a partir de 2011, doce países han promulgado nuevas leyes en materia de trata de personas. De ellos, ocho entre los que se encuentran México, Panamá, Ecuador y Argentina, han eliminado los medios comisivos del tipo penal de trata. El replanteamiento de que no se requieren medios comisivos en el tipo general de trata se da de hecho en toda América Latina, lo que deja sin argumentos a aquellas personas interesadas en incluirlos de nuevo en nuestra Ley de Trata.

En muchos países latinoamericanos hay un tipo penal básico sin medios comisivos y los medios comisivos se vuelven agravantes, agravan los tipos penales generales. Es decir, aumenta la pena si se prueba que además hubo engaño, pero en todo caso se puede probar el tipo básico sin necesidad de probar esos medios comisivos. Esto es extraordinariamente importante porque de esta manera no expongo ni obligo a la víctima a realizar una declaración que posteriormente puede ser destruida mediante la amenaza.

Recordemos que la Convención de Palermo contra la Delincuencia Organizada Transnacional contiene delitos que también están asociados a la obstrucción de la justicia o a la corrupción de las autoridades, vinculados a delincuencia organizada o a la trata de personas. No solamente contempla el lavado de dinero por arriba o la

financiación del delito por abajo, sino todas estas conductas que están a lado. Por eso, la Convención lo ve de manera integral, lo que yo llamo un delito - proceso.

Nuestra ley contiene un artículo que sanciona de 20 a 40 años a una persona que usa, solicita o consume un servicio o un producto vinculado a la trata de personas cuando lo hace a sabiendas. Para que pueda ser sancionado, se requiere el "a sabiendas", o lo que es lo mismo, el conocimiento de la persona.

Este tipo penal, que yo sepa, en los cuatro años no ha sido utilizado nunca en nuestro país. Pero permitiría desde luego sancionar a un consumidor que, sabiendo de la situación de trata, consume servicios sexuales. Según nuestra Ley, tendría que ser sancionado si se demuestra que lo sabía y resulta evidente que lo sabía si está consumiendo un servicio sexual de una niña, niño o adolescente. Sin embargo, yo no conozco ningún caso de sanción.

En realidad, no es problema del tipo penal, es un problema de entrenamiento de los fiscales y de los jueces y este es un elemento que tenemos que considerar muy seriamente.

La legislación de Argentina no tiene medios comisivos y es de diciembre del 2012. La ley de Costa Rica también es de 2012-2013 y tiene tipos penales que no tienen medios comisivos. Hay distintos tipos penales que no requieren los medios comisivos, ni en la parte que tiene que ver con la prostitución, la explotación de la prostitución o las otras conductas asociadas a la trata. Todos los tipos penales están vinculados a los medios comisivos como agravantes.

Ecuador es el único país de América Latina o del mundo, que yo conozca, que tiene un solo Código Procesal Penal y de Ejecución Penal. En el Código de Ecuador que es de 2013, el delito de trata de personas tiene el mismo modelo de doble piso y existen delitos de explotación idénticos a los de la ley mexicana. No hay medios comisivos en el Código de Ecuador: la captación, entrega, transporte, etc., están vinculadas a los delitos de

explotación, pero los une todos en uno solo capítulo. Es bastante parecido al modelo de la ley mexicana salvo que su redacción es mejor porque no fue ideologizada políticamente como en el caso de México.

El artículo 54 de la nueva Ley de Trata de El Salvador elimina completamente los medios comisivos porque los refiere con el mismo doble piso al artículo 3 de la propia ley de El Salvador. Sin embargo, en la redacción del Código Penal incluyeron algunos delitos que son verdaderamente interesantes. Es el primer país de Latinoamérica junto con Guatemala en sancionar la demanda y el consumo de prostitución, hecho que marcó, desde luego, un cambio de paradigma en América Latina. Estamos hablando del año 2004 y de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y del Protocolo de Palermo son de septiembre del 2003.

Otros países como Panamá también están trabajando sobre una nueva ley general en materia de trata de personas sin medios comisivos. Sin embargo, existen otros cuatro países, Chile, Bolivia, Honduras y Perú, que sí que los incluyen.

Lo cierto es que la mayoría de los países latinoamericanos han abandonado los medios comisivos, lo cual resta toda legitimidad a quienes pretenden reintegrarlos al Artículo 10 de la ley mexicana.

En relación a la demanda, la Convención de Palermo claramente establece a la trata de personas como un delito - proceso, que debe ser abordado desde distintos puntos de vista, incluida la demanda. Hay obligación de disminuir la demanda. Los países que han ratificado el Protocolo tienen la obligación de poner en marcha medidas para reducir la demanda.

¿Cómo se puede reducir la demanda? Principalmente a través de campañas de sensibilización, capacitación de los/as profesionales, educación y cambio de paradigma cultural.

¿Dónde se pueden atacar algunos aspectos que tienen que ver con la demanda? La lucha por los Derechos Humanos, es una lucha que no termina con la plasmación de una ley. La lucha por los Derechos Humanos se produce en todos los días en las Cortes, en las manifestaciones por cambiar los conceptos culturales, en todas partes. Tenemos un gran trabajo que hacer en el tema de demanda y se puede trabajar, desde luego, desde todo lo que tiene que ver con el sistema de faltas administrativas.

Una gran ventana abierta para la penalización de la demanda en México, es nuestro sistema de faltas administrativas. Mientras que Francia distingue entre crímenes, delitos y faltas, hay otros países como Italia, que distinguen entre crímenes, delitos y faltas penales. Nosotros tenemos sistemas de faltas administrativas. El trabajo sobre faltas administrativas será de las cámaras legislativas de los Estados, no del Congreso de la Unión, éste porque no tiene esta competencia específica. Todavía queda un gran trabajo que hacer en materia del sistema de faltas administrativas en los municipios y en los Estados pero así se puede empezar a trabajar.

Nos preguntaban si había posibilidades de ir avanzando progresivamente en las modificaciones legislativas o si tenía que ser todo de golpe. Las cosas nunca son de golpe. Yo estudié en Bolonia y soy glosador, y sé que los avances se dan poco a poco. Yo no soy como algunos, que se sienten justinianos. Los que hemos estudiado los cambios legislativos en materia de drogas, delincuencia organizada o corrupción, sabemos que el mundo avanza en generaciones de leyes, cada cinco años de promedio.

De la misma manera, los avances siempre son punto por punto. Esto se ve muy claramente en México donde no todo avanza al mismo nivel; hay pedazos de México que están más atrás y otros más adelante y es la presión social la que mueve el proceso de cambio. En materia de trata también habrá que avanzar para desarrollar sistemas como este.

Habrá que ver si existe un compromiso gubernamental mayor en todo un sistema de faltas administrativas contra la prostitución. Por ejemplo, igual que en la ciudad se impuso

el sistema de foto-multas para impedir que los autos circulen a más de 40 kilómetros / hora, a lo mejor también se podría establecer un sistema de foto-multas para los clientes de la prostitución. Es solamente una idea pero muy ilustrativa de cómo se puede avanzar en todas estas materias.

Acabo con una reflexión, para mí verdaderamente importante. Una parte de mi tesis doctoral que hice en Italia, tiene que ver con la función promocional del derecho, cuando el derecho premia y no sanciona, y sí prohibir una conducta, tiene efectivamente un efecto normativo. Los mensajes normativos son extraordinariamente importantes. El decir que algo se permite tiene un efecto normativo extraordinariamente importante, porque no solamente lo tolera sino que lo permite y lo promueve. Enviar un mensaje normativo correcto es extraordinariamente importante.

En la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional no se dice en ninguna parte que la trata de personas y todos los elementos de explotación tengan que ser sancionados con pena de muerte. Existe un principio que se llama de proporcionalidad de las penas, que debe ser respetado. No se trata de que todas las conductas sean sancionadas con penas de muerte, terminaríamos todos como en la Revolución Francesa decapitados. Se trata de que haya proporcionalidad entre las conductas y las penas.