

## EL DERECHO PENAL FRENTE A LA TRATA DE PERSONAS (PROBLEMAS TÉCNICOS Y POLÍTICO CRIMINALES)

Miguel ONTIVEROS ALONSO\*

SUMARIO: I. *El problema legislativo o político-criminal.* II. *El problema académico (dogmático o técnico-operativo).* III. *Tres propuestas útiles para enfrentar el problema: armonización legislativa en materia de trata de personas, formación —en serio— de los operadores jurídicos y reformulación legislativa.*

Hay muchas cosas que están mal en México en relación con la persecución y sanción de la trata de personas. La interrogante es ahora: ¿Qué hacemos? ¿Reformamos nuestros códigos? ¿Creamos un nuevo instrumento normativo como lo puede ser una ley general? ¿En verdad se trata de un problema legislativo o de uno académico, referente a la escasa profesionalización de quienes procuran e imparten justicia en nuestro país, y que teniendo los instrumentos legales necesarios para “hacer su trabajo” no se han preocupado por conocerlos como debe ser? Voy a fijar mi atención en los dos problemas que han generado la impunidad que hoy se critica, vinculada a esta materia, y mencionaré puntualmente las razones de este fracaso. Finalmente, abordaré las vías de solución al problema y que, por sencillas y concretas, adelanto desde ahora: leer la ley —pero en serio— y estudiar más derecho penal.

### I. EL PROBLEMA LEGISLATIVO O POLÍTICO-CRIMINAL

Durante mucho tiempo —décadas— en México ni se persiguió ni se sancionó la trata de personas porque los códigos —esa multitud de códigos penales que rigen en nuestro país y que se cuentan por docenas— no contenían el tipo penal de trata de personas. Era tal la simulación que el Código

\* Doctor en Derecho Penal y Derechos Humanos por la Universidad de Salamanca; secretario general académico del Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe).

Penal Federal contemplaba en su índice temático el delito de trata de personas, pero no se encontraba por ningún lado de la parte especial.

Después de los esfuerzos de corte político criminal impulsados por el Inacipe en coordinación con la OIT y el UNICEF hace aproximadamente seis años, y mediante la elaboración de auténticas iniciativas gestadas en la dirección de investigación de este instituto, se logró tipificar el delito —en armonía con el Protocolo para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas— en Michoacán, Baja California, Guerrero y Jalisco, así como a escala del Código Penal Federal.<sup>1</sup> Más adelante, en la Cámara de Senadores surgió una iniciativa de Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, que, al entrar en vigor en 2007, derogó la reforma al Código Penal Federal y que hoy se encuentra vigente.

Actualmente se debate, otra vez, la posibilidad de legislar en materia de trata de personas para crear una ley general, aportando nuevos instrumentos de cara a procurar justicia en esta materia. Tengo la impresión de que la ley vigente —pero también la iniciativa de ley— tendrán el mismo resultado de ineficacia en caso de que esta última llegue a tener vigencia. Si fijamos nuestra atención en ambos documentos, los dos incurren en problemas técnicos insuperables. El primero contiene un tipo penal en armonía con el protocolo, pero permite excluir la responsabilidad del autor por consentimiento de la víctima.<sup>2</sup> Esto último es insostenible en materia de trata de personas, porque lo prohíbe expresamente el Protocolo y porque el bien jurídico es indisponible.

Por su parte, la iniciativa que hoy se debate tiene el acierto de excluir absolutamente la posibilidad de justificar la conducta por consentimiento de la víctima, pero se aleja —incluso se enfrenta al Protocolo Internacional— confundiendo autor con partícipe, considerando agravante lo que es un medio comisivo, elevando a categoría de trata de personas lo que en realidad es un problema laboral y tipificando el delito de trata de personas en tres o más artículos que contienen las mismas hipótesis delictivas, pero con diferentes punibilidades.

Por otro lado, quienes concibieron la iniciativa de ley general tienen tal desconfianza en los operadores jurídicos —fiscales, jueces, magistrados y hasta ministros— que han llegado al exceso de definir ¡en la propia ley! lo que para ellos significa víctima, abuso, explotación, trabajos o servicios

<sup>1</sup> Las iniciativas de reforma fueron publicadas por el Inacipe y la OIT, y se pueden consultar en la biblioteca Celestino Porte Petit del propio Inacipe.

<sup>2</sup> El artículo 6o. de la ley vigente establece: “El consentimiento otorgado por la víctima se registrará en términos del artículo 15 fracción III del Código Penal Federal”.

forzados, esclavitud, servidumbre, venta de personas, matrimonio forzado o servil, extracción de un órgano, tejido o su componente y una multitud de términos —incluida hasta la Procuraduría— que lo único que generan son dos cosas: contradicciones internas en el mismo texto y sentar las bases de más impunidad. Esta crítica tiene un sustento muy claro: los fiscales y jueces no sólo tendrían que ajustar el juicio de tipicidad al contenido del tipo, sino además al de la definición de los términos hechos por el legislador, de tal forma que pudiendo existir una conducta que se integre en el tipo, se podría dictar libertad por atipicidad, toda vez que el sujeto activo, si bien cometió la acción típica descrita en la ley, podría no ubicarse en la hipótesis de la definición legal. Los fiscales y jueces están para interpretar la ley (para eso tienen los instrumentos internacionales). El legislador debe limitarse a crearla.

Un problema que merece mención especial es el referente a la introducción que pretende hacerse, a través de la ley general, de la “explotación laboral”. No me refiero sólo a la definición que de dicho concepto se plasma en la iniciativa, sino lo que se pretende sancionar a través de esta hipótesis. El protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas ha dejado muy claro qué sí y qué no es trata:

TRUN Por “trata de personas” se entenderá 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. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

Si se observa con atención, por ningún lado se menciona en el Protocolo la hipótesis de “trata laboral” o “explotación laboral”. Lo que correctamente se pretende sancionar mediante el Protocolo son los “trabajos o servicios forzados, las esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud”, y estas últimas no son cuestiones “laborales”, sino claros casos de explotación humana, es decir, de trata de personas. El abuso en que incurre el patrón respecto de su empleado no es trata de personas, porque para ello el empleado debe estar *sometido* —para acreditar ese sometimiento están los medios comisivos que señala el Protocolo y que erróneamente la iniciativa de ley general quiere elevar a calidad agravantes— y porque además los problemas laborales —pagar menor cantidad que la acordada o por debajo del sueldo mínimo, por ejemplo— se resuelven mediante un juicio laboral y no penal.

Es injusto e inmoral pagar muy poco —el salario mínimo en México es, incluso, degradante y humillante para quien debe mantener una familia entera—, pero eso no es trata de personas, sino un problema laboral y de injusticia social. En suma: los abusos laborales sin sometimiento de la víctima no son trata de personas, así como el trabajo o servicio forzado y la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud no son problemas laborales, sino penales, por tratarse de explotación humana (trata de personas).<sup>3</sup>

Otra de las críticas que se señala en la exposición de motivos de la iniciativa de ley general se refiere a que la actual descripción típica contiene múltiples elementos subjetivos —sin señalar puntualmente, como debió ser, cuáles son esos elementos subjetivos que critica—, lo que dificulta la persecución del delito, “pues resulta muy complicado integrar la averiguación”. Pero con un poco de atención que se ponga en el asunto, resulta que la propuesta de nuevo tipo penal de trata —actualmente sujeta a debate— contiene exactamente los mismos elementos subjetivos que el tipo penal vigente: el dolo, en su calidad de tipo subjetivo, así como un elemento subjetivo del injusto distinto al dolo, es decir, los términos “para someter a explotación” o con “fines de explotación”.<sup>4</sup>

Soy un convencido de sujetar a proceso a los actores de trata de personas, pero tengo la impresión de que la impunidad que hoy vivimos en esta materia no tiene su origen en lagunas de la ley, sino en la falta de formación técnica y dogmática para su aplicación. ¿No se estará culpando a la ley de algo que reside en los propios operadores? Me parece que se critica al ordenamiento jurídico para justificar la propia inacción. Si nuestro ordenamiento jurídico fuera obsoleto, no tendríamos las consignaciones y las sentencias que han sido dictadas en materia de trata en otras entidades de la República mexicana con legislaciones más austeras y problemáticas que la federal.

Con esto llego a una primera conclusión: si bien es cierto hay grandes pendientes legislativos en materia de trata de personas a escala de los ordenamientos jurídicos locales y éstos deben ser atendidos, estoy convencido de que el problema no reside ahí, sino en la escasa preparación técnica y dog-

<sup>3</sup> En torno a estos problemas véase Jiménez-Salinas Framis, Andrea, Susaj, Genciana y Requena Espada, Laura, “La dimensión laboral de la trata de personas en España”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 11-04, 2009, p. 4. “Es importante poner de manifiesto, tal como considera la OIT (2008), que no todo trabajo forzoso conduce a una situación de trata, pero sí la trata suele conducir a situaciones de trabajo forzoso, con excepción del tráfico de órganos”.

<sup>4</sup> Acerca de la importancia de los elementos subjetivos del injusto vinculados a la trata de personas, véase Pérez Cepeda, Ana Isabel, “Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal”, Granada, Comares, 2004, p. 32.

mática para su correcta aplicación. Esta conclusión me permite abordar el segundo punto de mi exposición:

## II. EL PROBLEMA ACADÉMICO (DOGMÁTICO O TÉCNICO-OPERATIVO)

¿Qué no están convencidos nuestros operadores del sistema de justicia —fiscales y jueces, por ejemplo— que los delitos o son dolosos o son imprudentes y que la acreditación del dolo o la imprudencia es un garantía del ciudadano frente al poder punitivo estatal? Los elementos subjetivos de cualquier delito constituyen un pilar básico de los tipos penales y su existencia en la ley no puede servir de justificación para decir que las leyes están mal —que es muy difícil acreditarlos— y entonces cruzarse de brazos hasta que el legislador —supuestamente— resuelva el problema.

Algo parecido sucede —y no estoy imaginando porque así lo establece la exposición de motivos de la iniciativa de ley general— que los medios comisivos, esos que claramente establece el protocolo, no deben formar parte de la redacción típica porque su acreditación sólo complica las cosas. ¿Y quién les dijo que la materia penal era fácil? El medio comisivo en materia de trata es de indispensable acreditación por parte del órgano investigador, pues sin su comprobación no puede demostrarse el *sometimiento*, y sin éste no hay trata de personas.

Para quienes así piensan les tengo una mala noticia. La iniciativa de ley en materia de trata tiene un acierto estupendo, pues conserva exactamente los mismos elementos subjetivos que la ley vigente. Su problema —me refiero a quienes argumentan lo complicado que es acreditar el dolo y los medios comisivos— ni es la ley, ni se los va a resolver el legislador. Su problema es el mismo que existe en Chihuahua, Guerrero y Tamaulipas, así como en cualquier entidad de la República: la escasa formación técnica y dogmática en materia penal. Y de eso sí que son responsables no sólo ellos, sino también las instituciones a las que pertenecen.

El nuevo sistema de justicia penal de corte acusatorio los va a poner en evidencia, pues no sólo el legislador, sino también gran parte de los servidores públicos vinculados a la procuración e impartición de justicia confunde delito con injusto, justificación con exculpación, legítima defensa con estado de necesidad y culpa con culpabilidad. Así no se puede. El problema de la impunidad en materia de trata de personas es el mismo problema de la impunidad en el secuestro, el homicidio, el robo o la violación: escasa formación académica, técnica y dogmática.

No es justo, pero tampoco ético, justificar la impunidad en el texto de la ley. Por el contrario, sí lo es, asumir la responsabilidad conjunta —legisladores, fiscales y jueces— en el sentido de que no se conoce muy bien lo que es la trata de personas y que algo hay que hacer para remediarlo. Puede parecer que exagero, pero las sentencias judiciales dictadas en materia de explotación humana en las que se excluye de responsabilidad a explotadores porque “la niña ya no tenía himen”, o “porque es una niña inmoral”, así los demuestran.

El problema académico referente a la escasa formación técnica y dogmática tiene solución. Pero ello requiere compromisos personales por parte de los operadores jurídicos, e institucionales, que recaen en las policías, procuradurías y tribunales. ¿Alguien ha visto un manual de formación serio y sólido en materia de trata de personas que sea utilizado por policías, fiscales o jueces? No existe tal cosa en nuestro país. Acaso no sería ésa una de las funciones de la Comisión Intersecretarial que ha creado la propia ley vigente.<sup>5</sup> Y los actores de la Comisión Intersecretarial ¿dominan la problemática de la trata de personas o están ahí porque los comisionó su jefe? Conozco a un par de ellos que están ahí porque quieren mantener un sueldo —a costa incluso de no hacer nada por salvaguardar los derechos de las víctimas de trata y para tomarse una foto con este o aquel actor político de renombrado prestigio—. La simulación es otro factor de impunidad en nuestro país.

### III. TRES PROPUESTAS ÚTILES PARA ENFRENTAR EL PROBLEMA: ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA DE TRATA DE PERSONAS, FORMACIÓN —EN SERIO— DE LOS OPERADORES JURÍDICOS Y REFORMULACIÓN LEGISLATIVA

#### 1. *Armonización legislativa en materia de trata de personas*

¿Y si en vez de proponer nuevas leyes, armonizamos las de todos los estados? Entiendo que esta propuesta genera rechazo porque resulta complejo iniciar una campaña a escala nacional para armonizar los tipos penales en todos los códigos del país. Pero si el objetivo es salvaguardar el libre desarrollo de la personalidad de las víctimas ¿no valdría la pena intentarlo?

<sup>5</sup> El artículo 10 de la ley vigente en México establece: “El Gobierno Federal establecerá una Comisión Intersecretarial conforme al artículo 21 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal para coordinar las acciones de sus miembros en la materia para elaborar y poner en práctica el Programa Nacional para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas...”.

Como ya lo he señalado al inicio, una campaña similar, encabezada por la OIT, generó resultados exitosos. Ésta es la única forma de que la trata de personas se persiga y sancione —bien y como debe ser— a escala nacional.

Me parece que el liderazgo mostrado por la Comisión Especial para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, en conjunto con la Comisión Intersecretarial, resultan las vías idóneas para iniciar y concluir un proyecto de esta naturaleza. Basta con establecer un modelo unificado de legislación y promoverlo en las legislaturas locales. Claro está, la tarea requiere trabajo en conjunto, liderazgo y compromiso político que, hasta donde alcanzo a ver, aún es posible encontrar en México.

## 2. *Formación —en serio— de los operadores jurídicos*

¿Cuántos manuales de formación básica hay en México para policías, fiscales y jueces en esta materia? Es cierto que se han editado algunas “guías básicas” en relación con la explotación humana, pero el problema técnico persiste por la falta de una formación seria. Si los instrumentos internacionales son los mismos para todos los operadores,<sup>6</sup> bien valdría la pena apostar por la formación unificada a través de manuales básicos de formación dirigidos a la prevención, persecución y sanción de la trata de personas, con especial referencia a la atención de las víctimas.

Para conocer este fenómeno delictivo no basta con un curso introductorio al estilo de un taller de sensibilización —si es que los hay, por ejemplo, para los jueces—. Hace falta mucho más que eso. También la Comisión Intersecretarial tiene que ver con el asunto, pues ésta tiene alcances a escala nacional, que es precisamente lo que ha faltado en las campañas en materia de trata de personas. Por último, habría que proponer, en la misma instancia ya referida, la instauración de peritos, fiscales y jueces especializados para atender los fenómenos vinculados a la explotación humana, entre los que se incluyen no sólo a la trata de personas, sino al turismo sexual, la pornografía infantil o la corrupción de personas menores de edad.

Lo dicho hasta ahora es del todo posible, pero para ello se requiere —además de voluntad política— apertura del Poder Judicial. Y eso sí que está difícil, pero no imposible.

<sup>6</sup> Al respecto, véanse las destacadas aportaciones de Pérez Alonso, Esteban, “La regulación internacional y europea sobre el tráfico ilegal de personas”, en Zugaldía Espinar, José Miguel (dir.), *El derecho penal frente al fenómeno de la inmigración*, Alternativa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 31 y ss.

### 3. *Reformulación legislativa*

Inicié este artículo señalando que tanto la ley vigente como la iniciativa de nueva ley incurren en errores insostenibles. Si esto es así y en verdad el legislador se ha planteado generar una legislación de vanguardia en materia de trata de personas, habría que considerar los siguientes aspectos fundamentales que bien podrían sentar las bases de una nueva legislación inspirada en la protección de los derechos humanos y en un derecho penal moderno:

1. No es lo mismo trata de personas que explotación sexual. La trata de personas es algo muy diferente a los trabajos o servicios forzados, como también se distingue de la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud y de la servidumbre. La trata de personas es un delito de emprendimiento, de tal forma que es absolutamente correcto, y así debiera ser desde una perspectiva moderna del derecho penal, sancionar en un mismo caso por trata de personas y además por el propio acto de explotación cuando éste se haya efectivamente verificado. No es lo mismo tener el “propósito de” o “conseguir para” —lo cual ya configura el delito de trata de personas— que además de ello efectivamente someter a prácticas análogas a la esclavitud o explotación sexual. ¡Son delitos diferentes!

2. Si lo antes referido queda claro, entonces habría que elaborar un nuevo proyecto de ley en México que reconfigure todas las dimensiones de la trata de personas y de la explotación de la persona humana,<sup>7</sup> de cara a que las hipótesis delictivas queden debidamente tipificadas y proceda la sanción por concurso de delitos. Ni la ley vigente, pero tampoco la iniciativa que se debate hoy en las cámaras, cumplen con esta dimensión técnica.

3. Derivado del punto anterior, habrá que entender que no se puede sancionar con penas exorbitantes el delito de trata de personas,<sup>8</sup> pues a esa pena habría que adicionarle, en su caso, la correspondiente al delito cometido con posterioridad (cualquiera vinculado a la explotación humana). Es

<sup>7</sup> Habría que someter a debate, considerando las aportaciones de Gugat Mauri, si en esta nueva legislación mexicana podría incluirse como una forma más de explotación humana “la realización de ensayos o experimentos clínicos con personas”; en “La trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la población migratoria”, *La reforma penal de 2010. Análisis y comentarios*, Madrid, Aranzadi, 2010, p. 161.

<sup>8</sup> Todo ello, con independencia de lo inútil que resulta aumentar la violencia del Estado a través del incremento de las penas. Tómese como ejemplo la reciente reforma al Código Penal español, de la cual se deriva que el delito de “trata de seres humanos” se sanciona con pena de cinco a ocho años de prisión.



decir, nos encontraríamos ante un concurso de delitos que generaría mayor pena.

4. Los problemas laborales en los que está ausente el sometimiento no son asuntos penales, de tal forma que el cuidado en la redacción de las hipótesis delictivas debe ser extremadamente cuidadoso para evitar incurrir en abusos legislativos. Valdría la pena revisar las recientes reformas al Código Penal español, con especial referencia al título XV, que establece, de forma muy clara, la distinción anotada con anterioridad:

“De los delitos contra los derechos de los trabajadores”

Artículo 311. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses:

1. Los que mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.

Véase, por citar otro ejemplo entre muchos, el artículo 312 del mismo Código español:

En la misma pena incurrirán quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.

Como se puede apreciar, el Código Penal español distingue claramente los abusos laborales de los casos de trata de personas que aborda en el artículo 177 bis, distinción que no se observa en la iniciativa de ley que en esta materia se debate en México.

5. Finalmente, habría que someter el nuevo diseño legislativo a un amplio debate a escala nacional de cara a recibir las aportaciones de los especialistas y académicos conocedores de la materia. Y eso sí que es poco probable.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Dos problemas han hundido al Poder Legislativo en el descrédito: 1. El bajo nivel de su asesoría técnica, lo cual se podría solventar con la orientación de académicos y especialistas en la materia que nos ocupa. 2. Elaborar proyectos de ley y al final hacer —con prisa y escasa argumentación— la exposición de motivos que debió dar origen al proyecto que ya tienen elaborado desde un principio.