

Ambigüedades y complejidades: la ley de trata con fines de explotación sexual y el no reconocimiento del trabajo sexual en México

Claudia Torres*

En México, son cada vez más los intentos por regular el trabajo sexual y la trata de personas con fines de explotación sexual.¹ En abril de 2014, fue presentada una iniciativa para regular el ejercicio libre de la prostitución a nivel federal.² En 2012 y 2013, fueron aprobados múltiples proyectos de leyes federales (generales) de trata de personas,³ y al menos un proyecto de reforma a la ley vigente.⁴ En la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, se han presentado múltiples iniciativas para regular el trabajo sexual.⁵ Sin embargo, las leyes vigentes y las reformas propuestas en materia de trata y trabajo sexual no son congruentes entre sí. Mientras se impulsan leyes sobre trabajo sexual, las leyes sobre trata de personas mantienen una postura ambigua frente a este fenómeno: a veces lo permiten y, a veces, lo prohíben.

¹ En este artículo, trabajo sexual comprende toda prestación de servicios sexuales remunerada: la prostitución, la pornografía, el turismo sexual, etc. La condición para que se hable de trabajo sexual, y no de trata de personas, es que el servicio sexual se preste voluntariamente y entre adultos. La distinción entre prestación voluntaria y coactiva de los servicios sexuales implica una toma de postura al interior del debate feminista sobre prostitución. Para el feminismo radical, las actividades sexuales remuneradas *nunca* pueden ser voluntarias, porque *necesariamente* representan formas de violencia contra la mujer. Por el contrario, de acuerdo con el feminismo liberal que adopta este trabajo, existe una distinción entre trabajo sexual (voluntario) y trata de personas (coactiva). Para una introducción al debate feminista, ver Maggie O'Neill, *Feminism(s) and Prostitution*, en PROSTITUTION AND FEMINISM. TOWARDS A POLITICS OF FEELINGS 15- 31(Polity, 2001).

² Ver Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se Reforman, Adicionan y Derogan Diversas Disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, Senado de la República, LXII Legislatura (2014), disponible en <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=47030>

³ Ver Iniciativa de Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de Estos Delitos, Gaceta Parlamentaria No. 3321, Cámara de Diputados (2011). A partir de las muchas propuestas que integraron esta iniciativa, el 14 de junio de 2012 fue promulgada la ley general vigente en la materia.

⁴ Ver Exposición de Motivos de la Iniciativa del Grupo Parlamentario Movimiento Ciudadano, Gaceta Parlamentaria No. 3648-III, Cámara de Diputados (2012).

⁵ Ver Exposición de Motivos de la Iniciativa de Ley de Cultura Cívica del Distrito Federal, Gaceta Parlamentaria 15/12/2002, Asamblea Legislativa del Distrito Federal [ALDF], disponible en <http://legislacion.scjn.gob.mx/LF/DetalleProcesoLeg.aspx?IdLey=39636&IdRef=1&IdProc=1>; Proyecto de Ley que Regula el Sexoservicio en el Distrito Federal, Gaceta Parlamentaria de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal No. 12, ALDF (1997); Ley que Regula el Sexoservicio en el Distrito Federal y deroga la fracción VII del artículo de la Ley de Cultura Cívica del Distrito Federal, ALDF; Ley que crea la Ley para la Regulación del Sexoservicio en el Distrito Federal, Gaceta Parlamentaria de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal No. 103, ALDF (2013); Iniciativa de Ley del Trabajo Sexual para el Distrito Federal, Gaceta Parlamentaria de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal No. 11, ALDF (2004).

Este texto aborda los problemas que plantea el régimen penal de trata para el pleno reconocimiento del trabajo sexual. La hipótesis es que la redacción de los delitos de trata de personas con fines de explotación sexual y algunas dificultades en su aplicación impiden el pleno reconocimiento del trabajo sexual —entendido como actividad sexual remunerada, voluntaria y entre adultos.

Este documento desarrolla la hipótesis mencionada a lo largo de dos secciones y elabora algunas recomendaciones en una tercera sección. En la primera sección, se exponen algunas normas relativas al trabajo sexual y el marco jurídico vigente que regula la trata de personas con fines de explotación sexual. Se hace especial énfasis en el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños (Protocolo de Palermo), y la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos (ley federal de trata). La razón es que estos instrumentos son la base del régimen de trata en México y, por tanto, el principal objeto de la crítica de este artículo. En la segunda sección, se muestran los principales problemas del diseño (ambigüedades) y la aplicación (complejidades) de las normas sobre trata con fines de explotación sexual. Además, se describe la forma en que la ley obstaculiza el reconocimiento y el ejercicio del trabajo sexual. Para concluir, en la tercera sección, se formulan algunas propuestas para evitar que la ley de trata impida el reconocimiento del trabajo sexual en México.

En México, la organización y el funcionamiento de las leyes sobre trabajo sexual y trata de personas con fines de explotación sexual siguen siendo un terreno inexplorado por la academia jurídica mexicana. Hasta el momento, quienes han evaluado la evolución, las implicaciones y los retos del régimen legal han sido, en su mayoría, las entidades gubernamentales y otras instancias con interés en impulsar la emisión de leyes sobre trata en el país.⁶ Estas evaluaciones han soslayado la forma en

⁶ Ver DIAGNÓSTICO NACIONAL SOBRE LA SITUACIÓN DE LA TRATA DE PERSONAS EN MÉXICO (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito & Secretaría de Gobernación, 1ª edición, 2013); DIAGNÓSTICO SOBRE LA SITUACIÓN DE LA TRATA DE PERSONAS EN MÉXICO (Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2013); CUARTO INFORME DEL OBSERVATORIO CONTRA LA TRATA DE PERSONAS CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL EN EL DISTRITO FEDERAL (Centro de Estudios Sociales y Culturales Antonio de Montesinos & Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 1ª edición, 2014); LA TRATA DE PERSONAS EN MÉXICO: DIAGNÓSTICO SOBRE LA ASISTENCIA A VÍCTIMAS (Organización Internacional para las Migraciones, 2011). Asimismo, ver

que el régimen legal de trata amenaza la existencia del trabajo sexual. El presente análisis es un primer paso (necesario) hacia la lectura crítica de la ley de trata de personas desde la perspectiva del trabajo sexual: un ejercicio que la academia jurídica mexicana ha relegado casi por completo.⁷

I. **El marco legal sobre trata de personas con fines de explotación sexual en México**

En esta sección, se presentan las normas sobre trabajo sexual y el régimen jurídico de la trata de personas con fines de explotación sexual. Las normas sobre trata constituyen un régimen más amplio y avasallador, en comparación con las normas sobre trabajo sexual. De hecho, por su dispersión y su falta de articulación, las normas sobre trabajo sexual no pueden llamarse propiamente *régimen*. En esta sección, se exponen a) las asistemáticas normas sobre trabajo sexual; b) la amplitud del régimen de trata; y c) el origen del impulso a éste último. Como se muestra a lo largo de esta sección, el régimen de trata fue diseñado para dar cabida a la mayor cantidad de ideas contrapuestas respecto de las actividades sexuales remuneradas. En consecuencia, se amplió el alcance de las disposiciones sobre trata a nivel nacional, lo cual —como se indica en la siguiente sección— amenaza el reconocimiento y el ejercicio del trabajo sexual.

a) Las asistemáticas normas sobre trabajo sexual

En México, el trabajo sexual no cuenta con una regulación sistemática. Las escasas normas aplicables al trabajo sexual están dispersas en leyes, reglamentos, bandos municipales y precedentes judiciales. Estas normas suelen ser disposiciones accesorias de leyes que regulan fenómenos diversos. Además, son normas que

Informe del Instrumento para el Estudio de las Condiciones de la Trata de Personas para México (American Bar Association, 2009).

⁷ Existen algunas excepciones. Por ejemplo, ver Mario L. Fuentes (coord.), DOCUMENTO BASE: MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y TRATA DE PERSONAS CON FINES DE PROSTITUCIÓN AJENA U OTRAS FORMAS DE EXPLOTACIÓN SEXUAL (Cátedra Extraordinaria sobre Trata de Personas, UNAM, 2015).

meramente establecen condiciones al trabajo sexual. Por estas razones, las normas sobre trabajo sexual no constituyen, propiamente, un *régimen jurídico*.

Las leyes federales y estatales referentes al trabajo sexual hablan, básicamente, de la prostitución o la pornografía. En materia de prostitución, las leyes sobre la vigilancia epidemiológica, la celebración de espectáculos públicos, los establecimientos mercantiles, la seguridad pública y la cultura cívica son ejemplos de normas que refieren el trabajo sexual, sin regularlo.⁸ En materia de pornografía, las leyes de cinematografía, imprenta, y radio y televisión indirectamente condicionan la difusión de imágenes pornográficas, si bien no aluden explícitamente a la pornografía.⁹ Estas normas no constituyen un régimen en estricto sentido porque no integran un sistema coherente de normas. Por el contrario, estas normas están desarticuladas y no tienen un objeto común que las unifique (en concreto, el trabajo sexual).

La falta de sistematicidad de las leyes federales y estatales se replica en los ordenamientos locales. Los bandos municipales prohíben o condicionan —a discreción del Municipio— la prostitución.¹⁰ Algunos municipios tienen reglamentos que solamente rigen el trabajo sexual.¹¹ Empero, tampoco se trata de un régimen de regulación del trabajo sexual: además de excepcionales y prácticamente en desuso, estos reglamentos no establecen un sistema de derechos y obligaciones para los actores involucrados en la industria del sexo.

⁸ Para un análisis más profundo de estas disposiciones, ver Mario Luis Fuentes, *supra* nota 7, en 34-41, 78-81.

⁹ Ver Ley Federal de Cinematografía, art. 25 (Mx.); Ley de Delitos de Imprenta, arts. 2 a 4 (Mx.), y Ley Federal de Radio y Televisión, arts. 63 y 64 (Mx.). A pesar de que establece delitos, la Ley de Delitos de Imprenta regula el contenido del material pornográfico más que las condiciones en que se prestan servicios sexuales en la industria pornográfica. Dado que la ley es indiferente al carácter voluntario o coactivo de la pornografía, se le incluye como parte del régimen de trabajo sexual.

¹⁰ Por ejemplo, ver el Código Municipal de Aguascalientes (arts. 598, fr. II; 1298, fr. VI; 1370, fr. IV; 1561, fr. I, inciso d).

¹¹ Ver Reglamento para el Control del Ejercicio de la Prostitución en el Municipio de San Cristóbal De Las Casas, Chiapas; Reglamento para el Control y Disminución de la Prostitución en el Municipio De Huixtla, Chiapas; Reglamento para el Control del Ejercicio de la Prostitución en el Municipio de Villaldama, Nuevo León; Reglamento para la Vigilancia y Control de las Enfermedades de Transmisión Sexual y Elementos de Administración en Contra de la Prostitución; Reglamento para el Control y la Supervisión de las Personas que Ejercen la Prostitución, y los Sitios donde se Presume se Ejerce en el Municipio de Centro; Reglamento para el Ejercicio de la Prostitución en el Municipio de Zacatecas, y Ley Relativa a la Prostitución y de Profilaxis Social, en Veracruz.

La falta de sistematicidad de las leyes, nacionales y locales, se refleja en los criterios de los jueces. Si bien la tendencia de los tribunales ha sido prohibir (subrepticamente) el trabajo sexual,¹² existe por lo menos un precedente que lo considera lícito. Este precedente surge de una sentencia de 2014 que señala que el ejercicio de la prostitución está amparado por el artículo 5º constitucional.¹³ De acuerdo con esta sentencia, el trabajo sexual es un trabajo como cualquier otro — siempre que se trate de una relación voluntaria y entre adultos. Igual que las leyes que tangencialmente abordan el trabajo sexual, la sentencia tampoco establece un régimen de trabajo sexual en sentido estricto. Primero, porque este precedente es único en su tipo.¹⁴ Segundo, porque la sentencia no puede tener los alcances generales de una ley: es vinculante sólo para el juez que la emitió y las partes en el juicio.

b) La amplitud del régimen de trata

En contraste con las asistemáticas normas sobre trabajo sexual, las normas que integran el régimen legal de la trata de personas con fines de explotación se han desarrollado enormemente en los ámbitos internacional y nacional. El régimen de la trata de personas con fines de explotación sexual incluye normas de carácter internacional y nacional.

Por un lado, están las normas internacionales, que pueden ser (1) tratados internacionales o (2) documentos no vinculantes. En primer lugar, están los tratados internacionales. El tratado internacional más importante en la materia es el Protocolo de Palermo.¹⁵ Esta norma sanciona la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas cuyo fin sea la explotación, entre otros, de la prostitución

¹² Para muestra, ver Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 949/38, Elena Robles y coagraviadas, noviembre, 1938; Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 2889/938, Carmen López Ortiz, junio, 1940.

¹³ Juicio de Amparo 112/2013, Juzgado Primero de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal, enero 30, 2014.

¹⁴ La jurisprudencia de la Corte considera que el trabajo sexual es inmoral y, por tanto, ilícito. Ver supra nota 12.

¹⁵ Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Nov. 15, 2000, D.O.F. 10/04/2003 (Mx.), A/RES/55/25.

ajena u otras formas de explotación sexual (turismo sexual, por ejemplo), siempre que se haga uso de amenazas, coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder o una situación de vulnerabilidad, o pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.¹⁶ El Protocolo de Palermo no prejuzga sobre la licitud o ilicitud de la *prostitución ajena* u otras actividades sexuales remuneradas. Deliberadamente, la explotación sexual (igual que otros términos clave) se dejó sin definir en el instrumento internacional, para permitir que los Estados trataran las actividades sexuales a conveniencia.¹⁷

Existen otros tres tratados internacionales relevantes. Primero, la Convención para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena (Convención de 1949),¹⁸ que penaliza la trata de personas, al sancionar cualquier “acto preparatorio” de los intermediarios para beneficiarse de la prostitución ajena.¹⁹ Segundo, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, que califica a la *prostitución forzada* como una forma de violencia contra la mujer. Tercero, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que llama a suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer.²⁰

En segundo lugar, están los documentos internacionales no vinculantes. Son ejemplos la Resolución de las Naciones Unidas sobre Trata de mujeres y niñas;²¹ el Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatir la trata de personas;²² y los Principios y Guías en materia de derechos humanos y trata de personas del Alto

¹⁶ Id., art. 3 a).

¹⁷ Ver *Nota Interpretativa de Naciones Unidas Núm. 13*, TRAVAUX PRÉPARATOIRES DE LAS NEGOCIACIONES PARA LA ELABORACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL Y SUS PROTOCOLOS 366 (Organización de las Naciones Unidas, 2008), disponible en http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077_Ebook-s.pdf

¹⁸ Convención para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, Marzo 21, 1950, D.O.F. Tomo CCXVI Núm. 41(Mx.), A/RES/317 (IV).

¹⁹ Id., art. 3.

²⁰ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, art. 2 b, Sept. 06, 1994, D.O.F. 19/01/1999 (Mx.) y Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 6, Diciembre 18, 1979, D.O.F. 12/05/1981.

²¹ G.A. Res. 57/176, U.N. Doc. A/RES/57/176 (Enero, 2013).

²² Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatir la trata de personas, G.A. Res. 64/293, U.N. Doc. A/RES/64/293. (Agosto 12, 2010).

Comisionado de Naciones Unidas.²³ Estos documentos contienen directrices para implementar eficientemente las políticas criminales; incorporar en ellas el enfoque de derechos humanos; y fortalecer las estrategias de prevención del delito y protección a víctimas.

Por otro lado, se tiene a las normas nacionales, que incluyen a (1) las normas constitucionales, (2) las leyes, (3) los documentos no vinculantes (el Programa Nacional) y (4) la jurisprudencia. Primero: la Constitución. La Constitución es el instrumento base de la regulación de la trata de personas. La Constitución no menciona explícitamente la prostitución o el trabajo sexual, pero sí la *trata de personas*. La trata de personas apareció por primera vez en el texto constitucional en 2008, cuando se sentaron las bases de procedencia de la extinción de dominio.²⁴ En 2011, se reformó el artículo 73 constitucional para facultar al Congreso de la Unión a expedir una ley general en la materia.²⁵ Asimismo, se establecieron la oficiosidad de la prisión preventiva en casos de trata (artículo 19) y la posibilidad de resguardar los datos personales de las víctimas menores de edad o en situación de riesgo (artículo 20).²⁶ Todas estas disposiciones, vigentes hasta la fecha, constituyen el fundamento constitucional de las demás disposiciones sobre trata de personas en México.²⁷

Segundo: las leyes. En cumplimiento de las disposiciones constitucionales, existe la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos (ley federal de trata). La ley federal de trata es la más importante en la materia. La ley es

²³ Rep. del Alto Comisionado de Naciones Unidas para el Consejo Económico y Social, Julio 1-26, 2002, U.N. Doc. E/2002/68/Add.1; Sesión Substantiva 2002 (Mayo 2002).

²⁴ Ver Decreto por el que se reforman los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, D.O.F. 18/06/2008 (Mx).

²⁵ Ver Decreto que reforma los artículos 19, 20 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, D.O.F. 07/07/2011.

²⁶ Id.

²⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS [CPEUM], Feb. 5, 1917, art. 1º. Vía interpretación, también los artículos 1º y 5º constitucionales se pueden considerar fundamentos constitucionales de la regulación nacional sobre trata con fines de explotación sexual, si se considera que la trata anticipa prácticas análogas a la esclavitud y el trabajo forzado. El artículo 1º establece que el ejercicio de los derechos no puede restringirse ni suspenderse fuera de los casos previstos por la Constitución. Además, proscribire la esclavitud dentro del territorio nacional. En tanto, el artículo 5º indica que no puede celebrarse ningún convenio cuyo objeto sea renunciar o menoscabar la libertad de una persona, así negarle el ejercicio de determinada profesión, industria o comercio.

concurrente, es decir, existe una ley expedida por el Congreso de la Unión que señala los límites que deben seguir las leyes estatales y bandos municipales. Por esta razón, existen ordenamientos estatales que sancionan la trata de personas y atienden, en mayor o menor medida, las bases de la ley LGTP. Esta ley cuenta con un Reglamento que desarrolla en detalle las disposiciones legales.²⁸

La ley federal de trata sanciona los delitos relativos a la *explotación sexual* en sus artículos 13 a 20. Dentro de estos artículos figuran los siguientes tipos penales: la obtención de beneficios a partir de la explotación de la prostitución u otras actividades remuneradas coactivamente (art. 13); el sometimiento de otro a la pornografía (art. 14); la producción, la distribución y la comercialización de material pornográfico (arts. 14 y 15); la inducción de menores a la pornografía (art. 16); la producción, circulación y adquisición de material pornográfico en el que participen menores (arts. 16 in fine y 17); el turismo sexual de menores (art. 18); el reclutamiento engañoso para prestar servicios sexuales (art. 19); y la restricción de libertades en los contratos de servicios sexuales (art. 20). La siguiente sección explora y critica estos tipos penales.

Tercero: los documentos no vinculantes. El más relevante instrumento nacional no vinculante es el Programa Nacional en materia de trata.²⁹ Este documento establece las líneas de acción que México debe tomar frente a la situación de la trata de personas en el país. En el Programa Nacional vigente, se diagnosticaron insuficientes estrategias de prevención del delito y de protección a víctimas; deficiencias en la procuración, la investigación y la persecución de los delitos; y desarticulados sistemas de rendición de cuentas y acceso a la información.³⁰ Para solucionar estos problemas, el Programa Nacional establece 66 líneas de acción. Dado que el Programa Nacional es obligatorio para las entidades de la Administración Pública en los tres niveles de gobierno, es posible encontrar programas y proyectos

²⁸ Reglamento de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, Diario Oficial de la Federación [DO], Sept. 23, 2013 (Mx.).

²⁹ Programa Nacional para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos 2014-2018, 4ª Sección D.O.F. 30/04/2014 (Mx.).

³⁰ Id., Capítulo I.

—elaborados por las entidades y dependencias administrativas competentes— afines al Programa Nacional.

Quinto y último: la jurisprudencia. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido algunos criterios vinculantes para el resto de los tribunales del país. Estos criterios no abordan la sustancia del delito de trata de personas, sino cuestiones procesales, de vigencia de las leyes en la materia, o de invasión de competencia entre las autoridades legislativas.³¹ Existen otros precedentes judiciales que sí discuten el contenido del delito de trata de personas con fines de explotación sexual.³² No obstante, estos criterios no suelen ser vinculantes más que para el tribunal que los emite.

Para terminar de entender el régimen de trata, es necesario explicar la relación entre éste y el *lenocinio* o, su equivalente funcional, la *explotación de la prostitución ajena*.³³ En la práctica, el lenocinio o explotación de la prostitución ajena muchas veces se confunde con la trata de personas con fines de explotación sexual.³⁴ Sin embargo, el lenocinio (explotación de la prostitución ajena) es un delito distinto e independiente.

³¹ Ver por ejemplo, [J]; 10a. Época; 1a. Sala; Semanario Judicial de la Federación; 1a./J. 23/2015 (10a.); [J]; 10a. Época; Pleno; Gaceta S.J.F.; Libro 5, Abril de 2014, Tomo I; Pág. 405. P./J. 25/2014 (10a.); [J]; 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 1; Pág. 187. P./J. 8/2013 (10a.).

³² Ver por ejemplo, [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 2; Pág. 1580. I.9o.P.21 P (10a.); [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 2; Pág. 1581. I.9o.P.19 P (10a.); [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 2; Pág. 1582. I.9o.P.20 P (10a.).

³³ El contenido de los delitos de lenocinio y explotación de la prostitución ajena es análogo. La principal diferencia entre ambos delitos es ideológica y se refleja en la forma en que se regula *el ejercicio* de la prostitución. El lenocinio nació como un delito para tutelar la moral pública, pues se entendía que el uso comercial del cuerpo era inmoral. Aunque históricamente este delito tendió a sancionar sólo a los terceros que se beneficiaban del ejercicio de la prostitución ajena y no a quienes la ejercían, los apologistas del lenocinio no estaban necesariamente en contra de la penalización del ejercicio de la prostitución. Ver FERNANDO REY, RICARDO MATA & NOEMÍ SERRANO, PROSTITUCIÓN Y DERECHO 16- 21 (Editorial Aranzadi, 2004). La nomenclatura *explotación de la prostitución ajena* (y la más popular: *trata de blancas*) fue acuñada a finales del s. XIX por el movimiento abolicionista (un feminismo temprano), que condenó la criminalización del ejercicio de la prostitución y propugnó sancionar exclusivamente a los terceros que *explotaban* a las mujeres que la ejercían.

³⁴ Algunas entidades federativas derogaron el delito de lenocinio una vez que entró en vigor el tipo penal sobre trata de personas, lo que implica que consideraron que el lenocinio quedaba subsumido dentro del tipo penal de trata. Es el caso de Oaxaca, Querétaro, San Luis Potosí, Tabasco y Tlaxcala. Como otro ejemplo, la reforma al Código Penal del Estado de Morelos de 9 de julio de 2008 consideraba que la trata de personas era un agravante del lenocinio (este artículo fue derogado y, actualmente, su reforma está en periodo de *vacatio legis*).

A nivel internacional, la Convención de 1949 fue uno de los primeros instrumentos que sancionó a los terceros que *explotaban* la prostitución de otros. La Convención de 1949 sanciona a quien concierte, explote o dirija a otra persona hacia la prostitución; mantenga una casa de prostitución, la administre o sostenga financieramente; o arriende un local para explotar la prostitución ajena.³⁵ Este tipo penal se conoce como *explotación de la prostitución ajena*. A nivel nacional, en términos muy semejantes a los de la Convención de 1949, el Código Penal Federal (CPF) sanciona el *lenocinio*. Este delito prevé una pena para quien se beneficie económicamente de la prostitución ajena; induzca o solicite a otra persona para que se prostituya; o regentee, administre o sostenga locales donde se realice la prostitución.³⁶ El CPF se aplica exclusivamente en casos que caen dentro de la competencia federal (por ejemplo, si el delito es cometido por extranjeros) y las entidades federativas sancionan el lenocinio a nivel local. A pesar de algunas variaciones, los artículos estatales sobre lenocinio son similares a los del CPF.

Los delitos de lenocinio y explotación de la prostitución ajena sancionan a los terceros que se benefician de la prostitución *independientemente* de las condiciones en que ésta se ejerza. En este sentido, su ámbito de aplicación es mayor que el de la *prostitución forzada*, pues incluyen casos en los que todos los participantes, de manera *voluntaria*, ejercen la prostitución y se benefician de ella. Dado que el Protocolo de Palermo no define qué se entiende por *explotación sexual*, los Estados pueden asociar —o no— el lenocinio con la trata de personas.³⁷ Es decir, el Estado puede sancionar todas las conductas preparatorias a través de la trata y, después, elegir si sancionar este delito en conjunción con el *lenocinio* o exclusivamente la *prostitución forzada*. Ambas cosas serían trata con fines de explotación sexual. Aceptar sancionar el lenocinio, en vez de penalizar sólo la prostitución forzada, refleja una perspectiva en que *toda* prostitución constituye una forma de trata. Según esta perspectiva, la

³⁵ Convención para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, arts. 1 y 2, supra nota 18.

³⁶ CÓDIGO PENAL FEDERAL [CPF], art. 206 bis (Mx.).

³⁷ Ver supra nota 17 y el texto que la acompaña.

prostitución *necesariamente* constituye una violación de derechos humanos semejante a la esclavitud y una expresión de violencia sexual extrema.³⁸

Otros delitos que se asocian con el tipo penal de trata son la pornografía infantil, el turismo sexual infantil y la prostitución infantil. Estos delitos se excluyen de este análisis, aunque también integran el régimen de la trata con fines de explotación sexual. Esto se debe a que el comercio sexual no puede considerarse trabajo sexual y, por tanto, queda fuera del espectro del presente texto.

c) Presiones desde fuera: el impulso al delito de trata

Desde el ámbito internacional (de donde viene el principal ímpetu para la adopción de las leyes sobre trata), se permitió a los Estados regular la trata de personas con gran discrecionalidad. Tanto los grupos cabilderos como los Estados signatarios del Protocolo de Palermo sabían que los países estarían menos dispuestos a firmar el protocolo cuanto más estricta fuera la interpretación de éste.³⁹ Las definiciones del Protocolo de Palermo fueron redactadas con la amplitud necesaria para abarcar el mayor número de posturas en relación con la prostitución. Por esta razón, pese a la ambigüedad semántica de las definiciones contenidas en el Protocolo de Palermo, el texto del instrumento fue aprobado.⁴⁰

En México, la flexibilidad del Protocolo da lugar a ciertos problemas de diseño y aplicación de la ley de trata. La indefinición y las definiciones amplias del Protocolo de Palermo dificultan la aplicación de la ley. El Protocolo de Palermo deja sin definir o define en términos demasiado amplios elementos penales que deben ser probados por los aplicadores de la ley en el ámbito doméstico.⁴¹ Una vez que estas definiciones se incorporan al derecho interno, los elementos del tipo penal de trata crean espacios

³⁸ Ver Janet Halley, et al., *From the International to the Local in Feminist Legal Responses to Rape, Prostitution/sex work, and Sex Trafficking: Four Studies in Contemporary Governance Feminism*, HARVARD JOURNAL OF LAW & GENDER 359- 360 (2006); Moshoula Capous Desyllas, *A Critique of the Global Trafficking Discourse and U.S. Policy*, Vol. XXXIV No. 4 JOURNAL OF SOCIOLOGY & SOCIAL WELFARE 57, 59 (Diciembre 2007).

³⁹ Laura L. Shoaps, *Room for Improvement: Palermo Protocol and the Trafficking Victims Protection Act*, Vol. 17 No. 3 LEWIS & CLARK LAW REVIEW 947 (2013).

⁴⁰ Moshoula Capous, *supra* nota 38, en 63.

⁴¹ Laura L. Shoaps, *supra* nota 39, en 950.

de discrecionalidad y subjetividad en la aplicación de la ley. Dado que no existen estándares más allá del texto legal para establecer cuándo se configuran los distintos elementos del tipo penal, la aplicación de las leyes que cumplimentan el Protocolo de Palermo conduce hacia diversas interpretaciones sobre el texto de la ley. Más aún, el marco internacional sobre trata no atiende a los problemas de administración de justicia —o de otro tipo— que enfrentan los países en particular. Esto complica la aplicación de la ley, pues ésta depende, en el ámbito doméstico, de los contextos legal, económico, político, social y cultural de los Estados.

Como se muestra en la siguiente sección, el régimen legal sobre trata de personas con fines de explotación sexual en México ilustra bien estos problemas. En particular, la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos (ley federal de trata) contiene ambigüedades semánticas que complejizan la interpretación y aplicación de la ley y que se agravan en el contexto de la administración de justicia en México.

II. Ambigüedades y complejidades de la ley federal de trata de personas: una mirada desde el reconocimiento del trabajo sexual

Esta sección se divide en dos apartados. En el primero, se introducen los artículos que, dentro de la ley federal de trata, regulan la *explotación de la prostitución ajena y otras formas de explotación sexual*. En el segundo apartado, se muestran los principales problemas del diseño (ambigüedades) y la aplicación (complejidades) de las normas sobre trata con fines de explotación sexual. A la par, se describe la forma en que la ley obstaculiza —y desconoce— el ejercicio del trabajo sexual.

1) La trata con fines de *explotación de la prostitución ajena y otras formas de explotación sexual* (arts. 4, fr. XII y XVII; 10; 13 a 20; y 40)

En México, el delito de *trata* sanciona a las personas que, intencionalmente, captan, enganchan, transportan, transfieren, retienen, entregan, reciben o alojan a un tercero

con el fin de *explotarlo*.⁴² La ley federal de trata no define la *explotación*, sino que asume que ciertas prácticas son coactivas y las enlista como fines del delito de trata. Estas prácticas son: la esclavitud; la servidumbre; la prostitución ajena y otras formas de explotación sexual; la explotación laboral; el trabajo forzado; la mendicidad forzosa; la utilización de menores en actividades delictivas; la adopción ilegal de menores; el matrimonio forzoso o servil; el tráfico de órganos; y la experimentación biomédica ilícita.⁴³ Además, la ley de trata sanciona estas prácticas en sí mismas, es decir, como delitos autónomos y no sólo como fines de la trata.⁴⁴

Para efectos del presente texto, son relevantes los delitos relativos a la *explotación de la prostitución ajena* y otras formas de *explotación sexual* previstos en los artículos 13, 14, 15, 19 y 20 de la ley federal de trata. Dado que este texto adopta la perspectiva del trabajo sexual, se omite el análisis de los artículos 13 *in fine*, 16, 17, y 18, que prevén los delitos de prostitución infantil, pornografía infantil y turismo sexual de menores. Para que el trabajo sexual sea tal, uno de los requisitos es que se trate de personas adultas. Sólo ellas pueden consentir plenamente (según el derecho mexicano) y, así, satisfacer el requisito más importante del trabajo sexual: su carácter voluntario.

El artículo 13 sanciona el *beneficio* de la prostitución ajena u otras actividades remuneradas, siempre y cuando haya mediado engaño, violencia física o moral, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad de la víctima, daño grave o amenaza de daño grave, o amenazas de índole legal.⁴⁵ A estas condiciones *ilícitas* de las actividades sexuales remuneradas, se les conoce como *medios comisivos*. Los medios comisivos sirven para distinguir entre aquellos casos en los que el consentimiento de la víctima está viciado, y los que no. Sólo los primeros entran dentro del ámbito de aplicación de la ley federal de trata. Los demás casos quedan, en

⁴² Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos [LGTP], art. 10, párrafo primero (Mx.).

⁴³ Id., art. 10, fr. I a XI (Mx.).

⁴⁴ Id., art. 10, párrafo primero (Mx.). El artículo referido establece: “Toda acción u omisión dolosa de una o varias personas para captar, enganchar, transportar, transferir, retener, entregar, recibir o alojar a una o varias personas con fines de explotación se le impondrá de 5 a 15 años de prisión y de un mil a veinte mil días multa, *sin perjuicio de las sanciones que correspondan para cada uno de los delitos cometidos, previstos y sancionados en esta Ley (...)*”. *Itálicas fuera de texto.*

⁴⁵ LGTP, art. 13, fr. I a VI, supra nota 42.

teoría, dentro del ámbito del trabajo sexual. En este sentido, el artículo 13 sanciona *únicamente* a quienes que se benefician coactivamente de la *prostitución forzada* y otras actividades sexuales ajenas.

El artículo 14 sanciona a quienes “sometan” o “se beneficien de someter” a una persona para que realice actos pornográficos.⁴⁶ Aparentemente, el artículo sanciona a los terceros que subordinan la voluntad de una persona para que realice actos pornográficos u obtengan un provecho de la pornografía realizada en condiciones de subordinación.⁴⁷

Además, el artículo sanciona a quien “engañe” a una persona para prestar servicios sexuales o realizar actos pornográficos. El engaño es uno de varios medios comisivos. De este modo, el artículo 14 sanciona a quien subordina la voluntad de otro para que realice actos pornográficos, específicamente mediante engaños.

Finalmente, el artículo 14 sanciona a quien “produzca” o “se beneficie de la producción” de material pornográfico. Este enunciado no incluye medios comisivos. El contenido y las condiciones en las que se realice el acto pornográfico son irrelevantes para constituir el delito: toda pornografía está *ilícita*. Por ello, se puede concluir que la producción de material pornográfico está prohibida en México.

El artículo 15 sanciona a quien se beneficie económicamente de la explotación de una persona mediante el comercio, la distribución, la exposición, la circulación o la oferta de imágenes u objetos de carácter sexual, sea de manera física, o a través de cualquier medio.⁴⁸ En otras palabras, el artículo sanciona a quien obtenga un beneficio económico de la distribución y la comercialización de la pornografía. La ley hace una

⁴⁶ Id., art. 14.

⁴⁷ Dos interpretaciones nos llevan a concluir que éste es el significado del artículo. Una interpretación es que *someter* supone privar a otro de su libertad y *beneficiarse de someter* supone obtener un beneficio de dicha privación. Ver Mario Luis Fuentes, op. cit. supra nota 7, en 34-41, 78-81. Otra interpretación (más amplia) es que el elemento *someter* supone el uso de cualquiera de los medios comisivos enlistados en el artículo 13. Entonces, el sometimiento sería el medio usado por los tratantes para *forzar* a otra a realizar actos pornográficos, pudiendo —o no— consistir dichos medios en la privación de la libertad. Ver DIAGNÓSTICO NACIONAL SOBRE LA SITUACIÓN DE LA TRATA DE PERSONAS EN MÉXICO, supra nota 6, en 34. Esta interpretación es consistente con lo referido en algunos documentos legislativos donde se usa *someter* como género laxo de la especie *obligar*. Ver NOTA ACERCA DE LA PROPUESTA DE REFORMA DE LA LEY GENERAL PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LOS DELITOS EN MATERIA DE TRATA DE PERSONAS Y PARA LA PROTECCIÓN Y ASISTENCIA A LAS VÍCTIMAS DE ESTOS DELITOS (Partido Acción Nacional, 2014).

⁴⁸ LGTP, art. 14, primer párrafo, supra nota 42.

salvedad: que el fin de la conducta sea “la divulgación científica, artística o técnica o (...) la educación sexual o reproductiva”.⁴⁹

El artículo 19 sanciona a quien induzca a una persona a realizar servicios sexuales, a pesar de haberla contratado para realizar un trabajo diverso o habérselo ofrecido.⁵⁰ De acuerdo con la ley, el cambio en el objeto del contrato supone que la contratación fue hecha “bajo engaño”.⁵¹ Este engaño puede manifestarse de seis formas. Primero, una persona puede ser engañada respecto del carácter sexual del acuerdo o contrato.⁵² Un ejemplo popular en los medios de comunicación es el caso del líder del PRI en el Distrito Federal, Cuauhtémoc Gutiérrez de la Torre.⁵³ El caso encuadra en la fracción I del artículo 19 porque se dijo a las candidatas que el contrato comprendería servicios administrativos, mientras que se les indujo a prestar servicios sexuales una vez que llegaron a la entrevista. Segundo, el engaño puede versar sobre la naturaleza, la frecuencia y las condiciones específicas de la prestación del servicio.⁵⁴ Esta forma de engaño comprende los casos en que el prestador acuerda ejecutar ciertos actos sexuales y el cliente o intermediario exige otros. Otras tres formas de engaño involucran la renuncia de las libertades para abandonar el lugar donde se prestan servicios, dejar el trabajo y salir del lugar de residencia. En estos casos, la oferta o contratación inicialmente no vulnera ninguna de las libertades antedichas, pero con el paso del tiempo esta circunstancia cambia y el contratante u ofertante termina por restringir la libertad de profesión o tránsito de la víctima. Por último, el engaño se puede manifestar respecto de la existencia y la cuantía de algún monto adeudado en virtud de la prestación de servicios sexuales. Por ejemplo, una persona puede ofrecer a otra que trabaje como trabajador(a) sexual en un país extranjero. Al llegar al país, el contratante le dice que está obligada a pagar cierta deuda para cubrir

⁴⁹ Id., art 14, último párrafo.

⁵⁰ Id., art 19, primer párrafo.

⁵¹ Id.

⁵² Id., art 19, fracción I.

⁵³ El equipo de Gutiérrez de la Torre publicaba anuncios en internet para “trabajar en una oficina gubernamental”. Sin embargo, en la primera entrevista, la auxiliar de Gutiérrez les comentaba que “entre sus actividades, [debían] ‘tener sexo’ con Gutiérrez de la Torre”. Empero, el contrato que las candidatas debían firmar era como secretarías o recepcionistas del PRI. Ver AN Redacción, *Opera #RedProstitución en PRI-DF (investigación MVS)*, ARISTEGUI NOTICIAS (abril 2, 2014 9:10 am), <http://aristeguinoticias.com/0204/mexico/opera-redprostitucion-en-pri-df-investigacion-mvs/>

⁵⁴ LGTP, art. 19, fracción II, supra nota 42.

los gastos migratorios. El establecimiento de esta deuda —inexistente en la oferta de trabajo inicial— está prohibido por el artículo 19.

El artículo 20 sanciona la restricción de libertades en los contratos de servicios sexuales. A diferencia del 19, el artículo 20 habla de contratos *lícitos*, es decir, aquéllos que se celebran sin que concurren engaños, amenazas u otros medios comisivos.⁵⁵ El artículo 20, en relación con las fracciones II a VI del artículo 19, sanciona la renuncia de las libertades de tránsito y profesión —aún cuando el prestador de servicios tenga pleno conocimiento de causa. En términos de estas fracciones, está prohibido que el prestador de servicios pacte el tipo, la frecuencia y las condiciones específicas del acto sexual que van a llevar a cabo. También está prohibido que la persona pacte no salir del lugar en el que presta servicios o el de residencia. El prestador tampoco puede pactar su salida del negocio a cambio de un número de servicios sexuales desempeñados o de un plazo de trabajo forzoso. Por último, el prestador no puede contraer deudas e intentar pagarlas a través de la prestación de servicios sexuales.

A los artículos anteriores, se suma el estudio del artículo 40 de la ley federal de trata. Esta disposición establece que el consentimiento de la víctima no será tomado en cuenta para excluir la responsabilidad penal del tratante. Esto significa que el delito de trata y el delito mismo de explotación sexual se producen a pesar de que la presunta víctima haya aceptado las conductas descritas en el tipo penal respectivo. Ni el tratante ni la misma víctima pueden alegar que ésta voluntariamente aceptó que sus servicios fueran *explotados*. La disposición análoga en el Protocolo de Palermo suscitó algunos de los mayores debates durante la redacción del instrumento. Esta disposición es crucial para distinguir casos de trata y casos de trabajo sexual. Por estas razones, el estudio del artículo 40 de la ley de trata es obligado.

Dado que se han descrito las disposiciones relevantes a efectos de este texto, es posible empezar el análisis crítico de dichas disposiciones. En el apartado subsecuente, se muestran los principales problemas del diseño y la aplicación de estas normas. Igualmente, se describe de qué forma la regulación sobre trata representa un obstáculo para el pleno reconocimiento del trabajo sexual en México.

⁵⁵ Id., art 20, primer párrafo.

2) Problemas del diseño y la aplicación de la ley federal de trata en el ámbito sexual: un obstáculo para el pleno reconocimiento del trabajo sexual

Este apartado está dividido en seis sub-apartados. En cada uno de ellos, se critica el diseño de la ley de trata. Asimismo, en los casos en que exista documentación al respecto, se muestran los principales problemas de aplicación de la ley de trata de personas. Simultáneamente, se muestra que el régimen penal de trata —ya sea por su diseño o aplicación— impide que se reconozca o desconoce el trabajo sexual y/o las condiciones en las que se ejerce.

a) Separados y desiguales: la penalización del delito de trata y los delitos conexos

El ámbito del Protocolo de Palermo es la trata de personas.⁵⁶ Esto significa que el Protocolo de Palermo sanciona la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas con *finés de explotación* —mas no la *explotación* en sí.⁵⁷ Según el Protocolo de Palermo, para *acreditar* la trata es *necesario* probar que hubo *explotación* en forma de prostitución ajena, trabajo forzado, esclavitud, servidumbre, extracción de órganos y otras prácticas análogas que prevé el mismo protocolo.⁵⁸ El Protocolo de Palermo no sanciona estas prácticas —que constituyen *explotación*— por sí solas.

Al firmar el Protocolo de Palermo, los Estados parte se comprometieron a adecuar su derecho interno para sancionar las conductas prohibidas por el protocolo. Los Estados tienen la facultad de ampliar el alcance del Protocolo de Palermo en el siguiente sentido. Los legisladores pueden sancionar no sólo la trata de personas, sino la explotación. Esto significa que las leyes pueden sancionar la trata, aun si la

⁵⁶ Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, arts. 1 y 2, supra nota 15..

⁵⁷ Id., art. 3 a).

⁵⁸ Id. (lista enunciativa de prácticas de explotación que constituyen los fines de la trata de personas).

explotación no se materializa (y sólo se conocen los fines del tratante). Además, significa que, si la explotación se concreta, el presunto responsable puede ser procesado por la trata y por los tipos penales de explotación (delitos conexos). Algunos ejemplos de delitos que contienen tipos penales que sancionan la *explotación* son el aprovechamiento de la prostitución ajena, el trabajo forzado y la esclavitud.

En México, la ley federal de trata vigente prevé tanto el delito de trata como los delitos conexos; es decir, sanciona la trata y la *explotación* como delitos autónomos.⁵⁹ Antes de 2012, la trata y la explotación se entendían como una y la misma cosa. Los legisladores entendían la trata como un delito que involucraba una serie de conductas interdependientes. Por ello, los legisladores intentaron abarcar en un solo tipo penal todas las conductas que todos los sujetos involucrados podían desplegar. De tal forma, los legisladores tipificaron como trata de personas conductas que no son cometidas por los tratantes, sino por los explotadores.⁶⁰ Por el contrario, a partir de 2012, los legisladores decidieron separar la trata de la explotación. En el proyecto legislativo de 2012, los legisladores propusieron considerar la trata como el objeto principal y, como relacionadas, las prácticas como la esclavitud, la explotación, la corrupción de menores, la pornografía y el encubrimiento.⁶¹ El argumento era que las prácticas relacionadas estaban mal reguladas o ni siquiera estaban previstas en otros ordenamientos.⁶²

A pesar de haber separado la trata y la explotación, los legisladores no corrigieron las deficiencias de la regulación y, más bien, crearon al menos dos problemas. El primer problema es que la ley no es clara respecto de la autonomía de los delitos de trata y explotación. Como lo indica su nombre, la ley federal de trata habla de *los delitos en materia de trata de personas*, no del delito de trata de personas y los delitos de explotación. Esto apunta hacia que el delito de explotación es consustancial a la trata. Empero, la trata se configura, aunque la explotación nunca se

⁵⁹ Ver supra notas 42 a 44 y el texto que las acompaña.

⁶⁰ DIAGNÓSTICO NACIONAL SOBRE LA SITUACIÓN DE LA TRATA DE PERSONAS EN MÉXICO, supra nota 6 en 33-34.

⁶¹ Iniciativa de Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de Estos Delitos, supra nota 3.

⁶² Id.

dé.⁶³ Igualmente, la explotación se configura, aunque no se den los supuestos de la trata.⁶⁴ Más allá de que *formalice* su existencia autónoma, la ley debe *abordar* la trata y la explotación como delitos *materialmente distintos*. De otra forma, la ley da lugar a problemas de subinclusión o suprainclusión.⁶⁵ Los tipos penales que van más allá de la trata no deben ser un simple apéndice en la ley. La trata y la explotación existen como conductas separadas y, por tanto, los tipos penales que los prevén deben ser autónomos.

La falta de claridad en la ley federal de trata se agrava en el ámbito local, ya que no todos los códigos penales distinguen entre explotación y trata. Mientras que ciertas entidades federativas sancionan la trata y la explotación,⁶⁶ en otras se sanciona la

⁶³ DIAGNÓSTICO NACIONAL SOBRE LA SITUACIÓN DE LA TRATA DE PERSONAS EN MÉXICO, supra nota 6 en 38- 39. La trata es un delito de resultado anticipado o cortado. Es decir, la trata anticipa que el resultado que tendrá captar, enganchar, transportar, transferir, retener, entregar, recibir o alojar a una persona puede ser la explotación. Entonces, el delito de trata corta el proceso de ejecución del delito de explotación y establece una pena por la mera realización de los actos preparatorios. La justificación es que se trata de actos que *ponen en peligro* al bien jurídico tutelado (libre desarrollo de la personalidad, vida, integridad, etc.), aunque no lo lesionen efectivamente.

⁶⁴ La explotación, en todas sus modalidades, es un delito de acto. A diferencia de la trata, el tipo penal de explotación no sanciona conductas por hacer peligrar un bien jurídico, sino por afectarlo efectivamente. Puede ser que los presuntos tratantes exploten a sus víctimas sin necesidad de haberlas captado, enganchado, transportado, retenido, entregado, recibido o alojado. Por ejemplo, según la Organización Internacional del Trabajo, sólo un 20% del total del trabajo forzoso es resultado de la trata de personas. Por consiguiente, 80% de las personas que ejecutan trabajos forzados llegaron ahí en condiciones diversas a la trata. Organización Internacional del Trabajo [OIT], *Introducción del Director General a la Conferencia Internacional del Trabajo: Consolidar los logros y seguir avanzando*, CIT 93-2005/Memoria-Informe I (A) (2005), disponible en <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc93/pdf/rep-i-a.pdf>.

⁶⁵ Por ejemplo, se podría sancionar la explotación únicamente cuando se acredita la trata. Esto resulta subinclusivo porque no toda explotación es producto de la trata. Por ejemplo, ver Organización Internacional del Trabajo supra nota 64. Ver también Causa Penal 120/2011, Juez Primero del Ramo Penal del Distrito de Pachuca Hidalgo, Julio 20, 2013, Página 11 (el juez no configura la explotación sexual ni la trata, a pesar de que se acreditan las amenazas en relación con la víctima. Esto se puede explicar porque la ley de trata hidalguense no sanciona la explotación de forma autónoma, de modo que los jueces sólo pueden configurar el lenocinio). Por el contrario, se podrían sancionar como trata conductas que no tienen que ver con la captación, el enganche, el transporte, la transferencia, la retención, la entrega, la recepción o el alojamiento de personas. Esto resulta suprainclusivo, porque el delito de trata se aplica a casos en que sólo hay explotación. Ésta preocupación fue expresada por la UNODC. Ver DIAGNÓSTICO NACIONAL SOBRE LA SITUACIÓN DE LA TRATA DE PERSONAS EN MÉXICO, supra nota 6 en 34- 36.

⁶⁶ Nayarit tiene una ley de trata autónoma que remite supletoriamente a la ley federal de trata. Todos los delitos previstos en la ley federal de trata se sancionan en el Estado de Nayarit. En consecuencia, los jueces tienen la opción de sancionar tanto la trata como la explotación. Ver Proceso 193/2013-IV, Juez Segundo de Distrito en Materia de Amparo Civil, Administrativo y de Trabajo, y de Juicios Federales en el Estado de Nayarit (Julio, 2013) (el juez condena tanto por trata como por beneficio de la explotación sexual).

explotación en función de la trata o en virtud de categorías penales relacionadas.⁶⁷ La heterogeneidad de las normas penales sobre trata conlleva inseguridad jurídica, pues no queda claro qué consecuencias tiene la aplicación de dichas normas.

El segundo problema tiene que ver con la ausencia de reformas que armonicen otras categorías delictivas, como el lenocinio, la pornografía infantil, el turismo sexual infantil, etc. Tipificar la explotación implicaba necesariamente reformar otros tipos penales existentes que se relacionaban con las modalidades de la explotación: el lenocinio y la pornografía infantil, por ejemplo.⁶⁸ Era indispensable verificar que los delitos existentes “no contenían supuestos incluidos en el tipo penal de trata de personas o viceversa”.⁶⁹ Los legisladores no completaron esa tarea. Como resultado, hay duplicidad de tipos penales,⁷⁰ confusión entre normas,⁷¹ e inseguridad jurídica.

Los tipos penales de lenocinio y beneficio de la explotación de la prostitución ajena ilustran bien este problema. El primer artículo 206 bis, fracción I, del Código Penal Federal sanciona el lenocinio. La fracción I de ese artículo sanciona a “[t]oda persona que explote el cuerpo de otra por medio del comercio carnal [y] obtenga de él

⁶⁷ Hay estados cuyas leyes penales no distinguen entre trata y explotación, como hace la ley federal de trata. Es el caso de Michoacán e Hidalgo. En consecuencia, surge la duda de si los jueces sólo pueden sancionar la trata o, mediante interpretación, también los delitos de explotación. Otra situación de duda se presenta en el Distrito Federal, cuyo código penal no sanciona la explotación sexual como hace la ley federal de trata. En general, el código penal del D.F. sanciona la trata y los delitos conexos de forma autónoma. No obstante, tratándose los fines de explotación sexual, el código sanciona el lenocinio en vez de la explotación sexual como tal. En consecuencia, los jueces discrecionalmente pueden optar por sólo sancionar la trata o sancionara la trata y el lenocinio en supuestos de hecho análogos. Ver Sentencia Definitiva a los autos de la causa 15/2014, Juzgado Décimo Noveno Penal, Marzo 11 de 2015, Páginas 1 y 2 (Mx.); y Amparo en Revisión 275/2010, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito [TC 2o], Junio 30 de 2011 (Mx.), Página 5.

⁶⁸ Id., en 39.

⁶⁹ Id.

⁷⁰ Por ejemplo, el código penal de Coahuila remite a la ley general para sancionar los delitos previstos en dicha ley. Sin embargo, simultáneamente sanciona la prostitución forzada como parte del delito de lenocinio. Esto supone duplicidad entre el tipo penal de *prostitución forzada* previsto en el código penal coahuilense y el *beneficio de las actividades sexuales remuneradas ajenas* del artículo 13 de la ley federal de trata.

⁷¹ Los delitos de trata y lenocinio de los códigos penales de Baja California y Yucatán ilustran el punto. A pesar de que el lenocinio y la explotación sexual en el contexto de la trata tienen distintos alcances, los códigos penales de dichas entidades prevén un mismo bien jurídico tutelado para ambos delitos. En Yucatán, los delitos de lenocinio y trata protegen la moral pública. En contraste, en Baja California, ambos delitos protegen el libre desarrollo de la personalidad. Esto demuestra la falta de comprensión de los legisladores respecto las diferencias de ambos delitos y genera confusión, al menos en un nivel simbólico, respecto de las normas que prevén dichos delitos.

un lucro cualquiera”.⁷² El artículo 13 de la ley federal de trata tipifica el beneficio de la explotación de la prostitución ajena. Este artículo sanciona a quien se “beneficie de la explotación de una o más personas a través de la prostitución (...) o cualquier (...) actividad sexual remunerada”, siempre que se utilice el engaño, la amenaza u otros medios comisivos. Aunque tienen una redacción similar, los delitos de lenocinio y beneficio de la explotación sexual ajena son distinguibles.⁷³ La diferencia más relevante —desde la perspectiva del trabajo sexual— está en que el lenocinio sanciona toda forma de prostitución, mientras que el beneficio de la prostitución ajena sólo sanciona la prostitución *forzada* (según el artículo 13 de la ley federal de trata). No obstante la distinción, en los estados en que sobreviven ambos tipos penales, los aplicadores de la ley no tienen claro si deben aplicar uno u otro delito, o si deben aplicar ambos.⁷⁴ No se trata de un caso en el que dos tipos penales son aparentemente aplicables (concurso de leyes). Es un caso en el que ambos tipos penales son efectivamente aplicables, aunque la lógica que subyace en ellos sea contradictoria. La inconsistencia en la aplicación de estos delitos genera inseguridad jurídica para quienes se involucran en el mercado sexual. Quienes ejercen el trabajo sexual y se benefician del trabajo ajeno no pueden tener certeza sobre cuál es la norma aplicable y cuáles son las consecuencias jurídicas que desencadena su conducta.

A modo de conclusión, la inclusión de conductas distintas a la trata en la ley de la materia obliga al legislador a revisar la congruencia interna y externa de la ley. Internamente, la ley reconoce formalmente que la trata y la explotación son delitos separados, pero no siempre los trata como tales. A nivel local, algunos estados distinguen entre ambos delitos y otros no. Externamente, no hay congruencia entre las leyes de trata y los códigos penales: los tipos penales se duplican y las normas penales se superponen. Ante este escenario, los legisladores deben regular la explotación de forma independiente en la ley penal sustantiva o, en su defecto, considerarla plenamente en la denominación y las disposiciones específicas de la ley de trata.

⁷² CPF, art. 15, fr. I, supra nota 36.

⁷³ Ver supra notas 34 a 38 y el texto que las acompaña.

⁷⁴ Ver Sentencia Definitiva a los autos de la causa 15/2014, supra nota 67 (aunque la legislación del Distrito Federal prevé el lenocinio y la trata, sólo se imputó la trata, posiblemente como parte de la resolución de un concurso de leyes).

También es necesario que las disposiciones locales armonicen los criterios en relación con los delitos de trata y explotación. Además, los legisladores deben revisar la congruencia entre el delito de trata, el de explotación y las categorías delictivas afines, a efecto de evitar confusión típica.

Para complementar las reformas legales, es necesario capacitar a los aplicadores de la ley. Es imposible diseñar un derecho penal tan exhaustivo y completo que excluya la necesidad de interpretar la ley. Siempre habrá retos para encuadrar los hechos en los supuestos de las normas penales. No obstante, para enfrentar estos retos, los aplicadores de la ley deben dominar la dogmática penal. Los delitos de trata y explotación son técnicamente complejos. Si el Ministerio Público y los jueces no entienden las características de los delitos y desconocen la teoría sobre cómo aplicarlos, de nada sirve que la tipificación sea correcta y las leyes penales sean congruentes.

b) La terminología importa: *explotación de la prostitución ajena y otros delitos de explotación sexual*

El Protocolo de Palermo sanciona la trata de personas. Para entrar en el ámbito del Protocolo, la trata debe tener como fin la *explotación* de las personas. El Protocolo no define la *explotación*, sino que contiene una lista no exhaustiva de formas de explotación. El protocolo establece que “la 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 [y] la extracción de órganos”.⁷⁵ Los Estados pueden añadir otros supuestos a la lista.

La *explotación de la prostitución ajena y la explotación sexual* deliberadamente no se definieron en el Protocolo de Palermo.⁷⁶ Los redactores del protocolo sabían

⁷⁵ Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 3 a), supra nota 15.

⁷⁶ Oficina de las Naciones Unidas para la Droga y el Delito, *Introducción del MANUAL PARA LA LUCHA CONTRA LA TRATA DE PERSONAS*, Número de Ventas S.06.V.11, xii (Naciones Unidas, 2007).

que, entre más estrechos y restrictivos los términos, menos Estados estarían dispuestos a firmar el instrumento.⁷⁷ Con el objeto de permitir a los Estados regular discrecionalmente los fenómenos asociados con la explotación, el protocolo omitió definiciones clave.

La *explotación sexual* tampoco se define en algún otro instrumento internacional. El único instrumento que alude a la *explotación de la prostitución ajena* es la Convención de 1949. El Protocolo de Palermo emplea una terminología similar, al sancionar *la trata con fines de explotación de la prostitución ajena*.⁷⁸ A pesar de que la terminología de ambos instrumentos es semejante, la Convención de 1949 no orienta respecto del contenido de la *explotación de la prostitución ajena* en el contexto del Protocolo de Palermo. El protocolo tiene un alcance mucho más limitado que la Convención de 1949. Primero, porque sólo sanciona la trata, no la explotación. Segundo, porque el protocolo sólo atiende a la explotación de la prostitución en tanto el engaño, la amenaza u otros medios comisivos hayan sido empleados para captar, transportar, trasladar, acoger o recibir a las víctimas. Dado que ninguna definición internacional o alusión orienta sobre el contenido del término, la responsabilidad de definir la *explotación*, la *explotación de la prostitución ajena*, y la *explotación sexual* recae en los Estados. Los Estados están obligados a sancionar la trata con fines de explotación sexual, pero pueden evitar definirla o definirla como mejor convenga al derecho doméstico.

En México, el problema es que no queda claro qué quieren decir los legisladores cuando hablan de *explotación sexual* como finalidad del delito de trata. Popularmente, la explotación evoca a la subordinación, la subyugación: la destrucción de la voluntad de una persona. Sobre esta premisa, el uso del término tendría que

⁷⁷ Laura L. Shoaps, *supra* nota 39, en 947.

⁷⁸ Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 3 a), *supra* nota 15. Ciertamente, el uso de esta terminología pudo haber sido deliberada. Una corriente importante del feminismo, muy cercana a la que impulsó la Convención de 1949, estuvo en el centro de los debates para la redacción del Protocolo de Palermo. De acuerdo con la postura de estos grupos, las actividades sexuales remuneradas *siempre* constituyen *explotación*, entendida como *subordinación* (independientemente de la voluntad de una persona): la participación en el trabajo sexual no es más que el reflejo de la ausencia de alternativas reales, el abuso previo, la desesperación, la necesidad económica, entre otras situaciones. Ver CATHERINE A. MACKINNON, *supra* nota 115 en 248.

estar reservado para las conductas cuya ejecución entraña coacción. No es claro que los legisladores mexicanos hayan plasmado dicha connotación al tipificar la trata en el artículo 10 de la ley federal en la materia. La razón es que el artículo 10, al hablar de *explotación sexual*, remite a los artículos 13 a 20 de la misma ley. Algunos de esos artículos comprenden actividades coactivas (arts. 13; 14 *in fine*; 19; y 20, fracciones III a VI), pero otros no (arts. 14; 15; y 20, fracción II). Los legisladores emplean un término con una fuerte connotación negativa para referirse, indistintamente, a actividades subyugantes (aquellas previstas en tipos penales que contienen medios comisivos) y no subyugantes. Por tal motivo, no es claro si la *explotación* significa *subyugación* y *subordinación* (términos negativos) o si es sinónimo de *utilización* y *beneficio* (términos neutros).

La ambigüedad de la postura de los legisladores es aún más evidente en los artículos 13 y 15 de la ley federal de trata, que mencionan el término *explotación*. El tipo penal del artículo 13 (beneficio de la explotación de la prostitución ajena y otras actividades remuneradas) incluye medios comisivos; el artículo 15, no. Esto hace pensar que la *explotación* a que se refiere el artículo 13 significa simplemente *obtener un provecho o beneficio de las actividades de otros*, no *subyugar* o *subordinar* a otro. El sometimiento o subordinación viene indicado por los medios comisivos que contiene el artículo.⁷⁹ Por el contrario, el artículo 15, que sanciona la circulación de material pornográfico, sanciona a quien se “beneficie económicamente de la explotación de una persona” a través de la pornografía.⁸⁰ Parece que el artículo usa la *explotación sexual* como equivalente de *subyugación* o *subordinación*. *Explotar* a una persona es sólo posible si se destruye su voluntad y se le reduce a un objeto sobre el cual se puede ejercer alguna especie del derecho. Por ello, el uso del término *explotación* en un tipo penal que no incluye medios comisivos hace pensar que los legisladores conciben a la conducta prevista por el artículo (la distribución y comercialización del material pornográfico) como coactivo en sí.

La actual redacción de la ley complica la labor de los jueces, quienes están obligados a definir y acreditar la *explotación de la prostitución ajena* u *otras formas de*

⁷⁹ LGTP, art. 13, fracciones I a VI, supra nota 42

⁸⁰ Id., art. 15, supra nota 42.

explotación sexual caso por caso. En la práctica, la *explotación* se vuelve indeterminable y, ergo, inútil. Los jueces intentan deshacerse del término *explotación* y trabajar con términos más concretos. Por ejemplo, un juez penal definió la *explotación* como *la obtención de un beneficio*.⁸¹ En realidad, el tipo penal resultaba tautológico con esta definición, pues el juez convirtió el tipo penal *beneficio de la explotación* en *beneficio de la obtención de un beneficio*. Sin embargo, el juez ignoró la cuestión y continuó con la acreditación del tipo penal. Análogamente, dos jueces del Distrito Federal decidieron obviar el término *explotación* y se concentraron en definir y acreditar el término *sometimiento*.⁸² Los jueces interpretaron el *sometimiento* como subyugación o subordinación. Fueron estos últimos conceptos los que se dedicaron a probar. El término *explotación* nunca fue explorado, si bien apareció varias veces en la argumentación como el género al que pertenecía la especie *prostitución*. Como muestran estos casos, los jueces rehúyen a probar la *explotación*: prefieren definirla en otros términos (incluso repitiendo los verbos rectores del tipo penal) o ignorarla (y centrarse en otros elementos del tipo penal).

La concreción en la ley federal es una buena apuesta para mejorar el régimen penal de trata de personas. Por ejemplo, sustituir la *explotación* por la obtención de una *ganancia económica* o de un *beneficio económico* facilitaría la labor de los jueces.⁸³ Estos términos son más concretos. Los jueces pueden acreditar el beneficio económico

⁸¹ Por ejemplo, Causa Penal 120/2011, supra nota 65, en Páginas 3, 29.

⁸² Sentencia Definitiva a los autos de la causa 15/2014, supra nota 67, en Página 316 (Mx.); Amparo en Revisión 275/2010, supra nota 67, en Página 677.

⁸³ Diversas instancias han propuesto sustituir el término *explotación* por la *obtención de beneficios de cualquier tipo* o el *sometimiento*. Ver OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO [UNODC], LEY MODELO CONTRA LA TRATA DE PERSONAS, Número de Ventas. S.09.V.11, 21 (2010); *Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia y de Derechos Humanos, referente a la Minuta con Proyecto de Decreto que Reforma, Adiciona y Deroga Diversas Disposiciones de la Ley General Para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de esos Delitos*, Anexo II, Gaceta Parlamentaria 02/12/2014, Cámara de Diputados, LXII Legislatura (2014). Si bien parecen más concretos que el de *explotación*, los términos *beneficio de cualquier índole* y *sometimiento* dejan un amplio margen de interpretación para los aplicadores de la ley. Ninguno de los términos tiene un contenido definido ni es materialmente comprobable. Los jueces tienen que interpretar los términos sin parámetros legales que les señalen claramente hacia dónde ir. Las interpretaciones que los jueces hacen de estos términos pueden variar tanto como nuestras opiniones sobre qué es *beneficio*, qué es *sometimiento* y qué conductas pueden constituir un *beneficio* o *sometimiento*. De este modo, los nuevos términos no resuelven el problema de indeterminación que subyace en el uso del término *explotación*.

con la *materialización* misma de ese beneficio.⁸⁴ A diferencia de la explotación, el beneficio económico cuenta con una entidad material (el dinero) que demuestra su existencia y puede ser controvertida por la víctima y el acusado. Así, se reducen los márgenes de discreción de los aplicadores de la ley. La concreción abona a la seguridad jurídica, lo que constituye una herramienta de protección para la víctima y para el acusado.

El cambio terminológico no basta para hacer a la ley más respetuosa del trabajo sexual. Es importante que los legisladores adviertan la importancia de articular los nuevos términos con otros conceptos que existen en la ley de trata. Desde la perspectiva del reconocimiento del trabajo sexual, es importante que los verbos que rigen el tipo penal (por ejemplo, *obtener un beneficio económico*) estén bien articulados con los medios comisivos (engaño, amenaza, etc.). En aquellos tipos penales que contienen medios comisivos, el alcance de los verbos rectores se limita a las actividades coactivas.⁸⁵ Empero, en los tipos penales que no contienen medios comisivos, el alcance de los verbos rectores permite que se sancionen actividades voluntarias. Incluso los términos concretos no contienen criterios definidos para diferenciar entre actividades voluntarias y coactivas. Por ejemplo, supóngase que un tipo penal sanciona a quienes obtienen beneficios económicos a partir de la prostitución. En ausencia de medios comisivos, es difícil excluir de este tipo penal a quienes participan libremente de la prostitución. Los beneficios obtenidos por un tercero y que tienen origen en la prostitución de una persona son muy amplios:

⁸⁴ El penalista Miguel Ontiveros critica el uso del término *beneficio* por considerar que la acreditación de este elemento requiere que el beneficio efectivamente se materialice (lo cual deja en la impunidad aquellos casos en los que hubo sometimiento pero los presuntos responsables no obtuvieron ningún beneficio efectivo). Ver Miguel Ontiveros Alonso, *60 Errores de la Ley General contra la Trata de Personas*, Blog de Miguel Ontiveros (Mayo 13, 2015), http://www.miguelontiveros.com/home/expertos_miguel_12.php Se estima que esta preocupación es infundada. Que se sancione a quienes se benefician no se traduce en impunidad por al menos dos motivos. Una, la conducta se puede sancionar en grado de tentativa. Si se pretendía obtener un beneficio a través del sometimiento de una persona y éste no se obtiene, el delito no llega a cometerse pero la conducta existe como tentativa de explotación. Dos, no es necesario acreditar el beneficio por cada vez que la víctima es obligada a participar en una actividad sexual. Dado que la explotación es un delito continuado, el hecho de que se obtenga un solo beneficio configura el resultado global del delito de explotación.

⁸⁵ Por ejemplo, un tipo penal que sanciona a quien *se beneficia económicamente de las actividades sexuales ajenas* en caso de haber empleado medios comisivos sólo cubre los casos en que esos beneficios fueron producto del engaño, la amenaza, etc.

pueden abarcar desde las rentas pagadas por el inmueble en que se ejerce la prostitución o las cuotas que pagan las trabajadoras sexuales como miembros de una asociación, hasta la comida que recibe la familia de una trabajadora y que son pagados con ingresos derivados de la prostitución. Los tribunales no sostienen un criterio unánime, por ejemplo, respecto del carácter lícito o ilícito de las rentas recibidas por los arrendadores o arrendatarios de locales donde se ejerce formal o informalmente la prostitución.⁸⁶ Tratándose de sexo, todas las formas de organización del trabajo (voluntario, o no) corren el riesgo de ser consideradas trata. Es necesario que los legisladores, además de modificar la terminología de la ley, articulen los distintos elementos de los tipos penales para evitar que el trabajo sexual sea confundido con trata.

Para respetar el trabajo sexual, las reformas legales deben complementarse con una sólida argumentación por parte de los aplicadores de la ley, especialmente, los jueces. Muchos de los problemas no dependen de la redacción de la ley, sino de la difícil tarea de subsumir los hechos dentro de las hipótesis normativas. Un caso práctico ilustra este problema. En este caso, dos individuos enamoraron a varias mujeres jóvenes, entre ellas, una menor de edad. Los individuos obtuvieron credenciales apócrifas para sus víctimas y las condujeron a un hotel de la Ciudad de México. Los encargados del hotel donde las jóvenes presentaron las credenciales detectaron que éstas eran apócrifas. Sin embargo, les dijeron que pasaran al interior del hotel, que pagaran su cuota y que presentaran una credencial regular para la siguiente ocasión. Las jóvenes pagaban una cuota fija al hotel donde prestaban sus servicios. Los hombres que las habían reclutado (quienes, además, eran sus parejas sentimentales) recibían el resto de los ingresos de las jóvenes. El juez de primera instancia sentenció a los reclutadores por tres delitos: lenocinio agravado, trata de personas agravada y delincuencia organizada. También sentenció a los cuidadores y

⁸⁶ Por un lado, ver [TA]; 6a. Época; 1a. Sala; S.J.F.; Volumen XXI, Segunda Parte; Pág. 129, de rubro "LENOCINIO" y [TA]; 5a. Época; 1a. Sala; S.J.F.; Tomo CXI; Pág. 1540, de rubro "LENOCINIO, DELITO DE." Por otro lado, ver [TA]; 5a. Época; 1a. Sala; S.J.F.; Tomo CXIX; Pág. 2268, de rubro "LENOCINIO, DELITO DE" y [TA]; 5a. Época; 1a. Sala; S.J.F.; Tomo LXXXIV; Pág. 990, de rubro "LENOCINIO, DELITO DE (DUEÑOS DE HOTELES)". Ver también Proceso 193/2013-IV, supra nota 66 (la defensa aduce que el pago de rentas no es suficiente para acreditar que existe una organización criminal dedicada a captar y explotar a trabajadoras sexuales).

recamareros por los mismos delitos. Estos últimos presentaron un amparo. El juez de amparo confirmó la sentencia de primera instancia. El juez de amparo determinó que los cuidadores eran responsables por el delito de trata porque “realizaban funciones de seguimiento y monitoreo”.⁸⁷ Respecto de los empleados y recamareros del hotel, el juez razonó que, si bien esas personas realizaban actividades distintas al monitoreo y seguimiento, tenían conocimiento de que se ejercía el comercio sexual y no hicieron nada para impedirlo.⁸⁸ Los sentenciados nuevamente impugnaron la resolución. Los magistrados que respondieron el recurso estuvieron de acuerdo en amparar a los inconformes. A juicio de los magistrados, no se había demostrado la responsabilidad de estas personas a título de coautores del delito.⁸⁹ En otras palabras, aunque los elementos del tipo penal se habían demostrado, las personas acusadas no se habían involucrado como coautores en el delito y, por tanto, no podían ser responsables. La diferencia entre la decisión de sancionar a los presuntos responsables y no hacerlo no estuvo en el texto de la ley (que todos los jueces consideraron probado), sino en la valoración de los hechos a la luz de la dogmática penal (lo que no se discutió fue la coautoría). Como muestra el ejemplo, la solidez de la argumentación en el ámbito judicial es tan relevante como la ley para distinguir el trabajo sexual de la trata. La sólida argumentación desde la dogmática penal —junto con la buena técnica legislativa— es indispensable para dar certeza a quienes se involucran en las actividades sexuales remuneradas voluntarias.

En conclusión, la ley federal de trata caracteriza y sanciona como *explotación* a actividades sexuales voluntarias y coactivas. En este sentido, la ley genera confusión respecto al término. El problema de la ambigüedad legal se agrava al momento de aplicar la ley. Dado que el término es indeterminado en la práctica, su utilidad para los jueces es nula. En vista de su indeterminación e inutilidad, los legisladores deben considerar si vale la pena, o no, conservar el término *explotación*. Si se deciden a eliminar el término, los legisladores podrían sustituirlo por otros más concretos — como el *beneficio económico*. Alternativamente, si deciden conservar el término

⁸⁷ Amparo en Revisión 275/2010, supra nota 67, en Página 662.

⁸⁸ Id., en Página 663.

⁸⁹ Id., en Página

explotación, los legisladores deben hacer un uso más cuidadoso de éste. La explotación tiene que ver con *ataques* a la vida, la libertad, la integridad y la seguridad de las personas:⁹⁰ con *coacción*. En ese sentido, si mantienen el término *explotación* dentro de la ley, los legisladores deben hacer una de tres cosas. Una: referir la *explotación* sólo a los tipos penales que implican condiciones abusivas (que incluyen medios comisivos). Dos: incluir medios comisivos en todos los tipos penales de trata con fines de explotación sexual, para que reflejen la connotación negativa del término *explotación*. Tres: eliminar todos aquellos tipos penales que no implican coacción, para que la explotación sólo quede referida a los tipos penales cuyas conductas realmente *afectan* los bienes protegidos por la ley federal de trata.

Asimismo, es necesario que los jueces cuiden su argumentación al llevar a cabo su valoración en los juicios penales sobre trata. Las pequeñas variaciones respecto del dolo y el grado de participación en el delito, por ejemplo, hacen la diferencia entre sancionar, o no, a personas que forman parte de los mercados sexuales voluntarios. Si los legisladores o los jueces no son suficientemente precisos, la existencia del régimen de trata acabará consumiendo al trabajo sexual.

c) Penalizando *toda* prostitución: el *abuso de poder* y el *aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad* de la víctima

De acuerdo con el Protocolo de Palermo, para que se configure el delito de trata, es necesario que el victimario haya recurrido a las amenazas, la coerción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o la obtención del consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra.⁹¹ Los medios comisivos implican reconocer que la víctima puede consentir a las condiciones del tratante, pero que esta aceptación aparentemente voluntaria puede ser resultado de la manipulación o la desinformación.⁹² Con la inclusión de los medios comisivos

⁹⁰ LGTP, art. 2, fracción IV, supra nota 42.

⁹¹ Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 3 a), supra nota 15.

⁹² LEY MODELO CONTRA LA TRATA DE PERSONAS, supra nota 83, en 16.

como parte del tipo penal de trata de personas, el Protocolo de Palermo distingue, por una parte, los casos en que el consentimiento de la víctima está viciado y entran dentro de su ámbito de aplicación y, por otra parte, los que no.

Ciertos grupos pugnaron porque los medios comisivos no se incluyeran como parte del tipo de trata con fines de explotación sexual.⁹³ Argumentaron que la prostitución es una violación de derechos humanos semejante a la esclavitud (sexual) y una expresión de violencia sexual extrema, independientemente de las condiciones en las que se ejerza.⁹⁴ Desde esta perspectiva, el Estado no debe legalizar *ninguna* forma de prostitución, ya que estaría legitimando la violencia contra las personas y, especialmente, las mujeres y los niños.

A pesar de que no pudieron impedir la adición de medios comisivos en el tipo penal de trata con fines de explotación sexual, estos grupos consiguieron que se incluyeran el *abuso de poder* y el *aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad* como medios para lograr la explotación de una persona.⁹⁵ Esta adición afirma la creencia de que las relaciones personales previas de las presuntas víctimas — especialmente, las mujeres— u otras circunstancias pueden dar lugar a dinámicas coercitivas que impiden que la voluntad sea plena en *cualquier* decisión.⁹⁶ Estos grupos lograron ampliar la definición del Protocolo de Palermo, pues el *abuso de poder* y el *aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad* permiten incorporar al ámbito de aplicación del protocolo aquellos casos que van más allá de las amenazas, la coerción, el rapto, el fraude, el engaño, y la obtención del consentimiento de una persona con autoridad. El Protocolo de Palermo no define ninguno de los términos y concede a los Estados un amplio margen de discrecionalidad para elaborar sus propias definiciones.

⁹³ Estos grupos conforman la llamada ala abolicionista, que se distingue de los grupos liberales, *pro sex work* y conservadores dentro de los debates internacionales sobre trata de personas. La característica del discurso abolicionista —informado por la teoría feminista radical— es que sostiene que *toda* prostitución constituye una forma de trata porque *necesariamente* reproduce y refuerza la subordinación de las mujeres hacia los hombres. Ver Janet Halley, et al., supra nota 38, en 359-360.

⁹⁴ Moshoula Capous, supra nota 38, en 59.

⁹⁵ Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 3 a), supra nota 15.

⁹⁶ Janet Halley, et al., supra nota 38, en 359.

La ley federal de trata adoptó el *abuso de poder* y el *aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad* en el artículo 13 —que sanciona a los terceros que se *benefician* de la prostitución ajena u otras actividades remuneradas y han recurrido a los medios comisivos enlistados en la ley.⁹⁷ La ley federal de trata define el *abuso de poder* como “el aprovechamiento (...) de una relación o vínculo (...) que implique dependencia o subordinación de la víctima respecto al victimario, incluyendo a quien tenga un cargo público o se ostente de él, o pertene[zca] a la delincuencia organizada”.⁹⁸ En paralelo, la ley define el *abuso de una situación de vulnerabilidad* como:

[la] condición particular de la víctima derivada de uno o más de las siguientes circunstancias que puedan derivar en que el sujeto pasivo realice la actividad, servicio o labor que se le pida o exija por el sujeto activo del delito: a) Su origen, edad, sexo, condición socioeconómica precaria; b) Nivel educativo, falta de oportunidades, embarazo, violencia o discriminación sufridas previas a la trata y delitos relacionados; c) Situación migratoria, trastorno físico o mental o discapacidad; d) Pertener o ser originario de un pueblo o comunidad indígena; e) Ser una persona mayor de sesenta años; f) Cualquier tipo de adicción; g) Una capacidad reducida para formar juicios por ser una persona menor de edad, o h) Cualquier otra característica que sea aprovechada por el sujeto activo del delito.⁹⁹

El problema de la disposición sobre el abuso de poder es su extensión indeterminada. Los términos relación, vínculo, dependencia y subordinación son problemáticos en sí mismos. La disposición no sólo se refiere a los vínculos jurídicos (como el parentesco o la relación laboral), sino a *todas* aquellas conexiones que se establezcan en el ámbito de las relaciones sociales.

En consecuencia, la aplicación de la ley se complica. Desde la perspectiva del trabajo sexual, un caso problemático se presenta con las *uniones de trabajadores sexuales*, cuya viabilidad jurídica fue reconocida recientemente por una juez de distrito en la Ciudad de México.¹⁰⁰ Las *uniones* son asociaciones de trabajadores independientes, con una estructura jerárquica y que pueden cobrar comisiones a sus

⁹⁷ Ver supra página 12.

⁹⁸ LGTP, art. 4, fr. XII, supra nota 42.

⁹⁹ Id., en art. 4, fr. XVII.

¹⁰⁰ Ver Juicio de Amparo 112/2013, supra nota 13.

miembros para sufragar los gastos de la unión.¹⁰¹ Al recibir las cuotas que pagan los asociados, ¿las uniones se benefician de la explotación de la prostitución de estos? Para que se configure el tipo penal del artículo 13 de la ley federal, sólo es necesario que un tercero (1) obtenga un beneficio de la explotación de la prostitución y (2) utilice alguno de los medios comisivos. El pago de las cuotas satisface el primer supuesto. También se satisface el segundo, porque la relación que se establece entre las uniones y sus miembros puede ser de dependencia —e incluso subordinación— no jurídica. Más aún, si las uniones tratan, además, de afiliar a más trabajadores sexuales, ¿están incurriendo en trata? La amplitud de la ley permite que el intento por afiliar trabajadores sexuales encuadre como trata: la conducta puede leerse como *captación*, y los medios y fines pueden probarse en los términos antedichos.

Los casos prototípicos que se quisieron abarcar con esta disposición son claros. Son aquellos casos en que alguien cercano, como un padre, un esposo o un líder de la comunidad, aprovecha su autoridad —jurídica, moral o social— sobre otra para tratarla.¹⁰² En la práctica mexicana, estos casos son comunes. La forma característica para *enganchar* víctimas consiste en que una persona se involucra sentimentalmente con ellas y, posteriormente, las convence u obliga a dedicarse a la prostitución.¹⁰³ La disposición abarca esos casos. Empero, la ley es *innecesariamente* amplia. Por un lado, estos casos también pueden encuadrar en las fracciones relativas a otros medios comisivos, como el engaño, la amenaza y el uso de la fuerza. Por otro lado, la disposición permite que las formas de organización del trabajo —como las *uniones de trabajadores sexuales*— sean sancionadas penalmente. Si bien los casos que la disposición pretende abarcar (prototípicos) quedan cubiertos, la redacción de la ley permite que también algunos supuestos de trabajo sexual entren en la definición legal de trata.

De modo muy similar al *abuso de poder*, la extensión indeterminada del *aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad* plantea problemas en la aplicación

¹⁰¹ Reglamento para los Trabajadores No Asalariados del Distrito Federal [RTNADF], arts. 15; 16; 20 fr. XIII(Mx.).

¹⁰² LEY MODELO CONTRA LA TRATA DE PERSONAS, supra nota 83, en 10.

¹⁰³ Ver, por ejemplo, Sentencia Definitiva a los autos de la causa 15/2014, supra nota 67, y Amparo en Revisión 275/2010, supra nota 67. Ver también DIAGNÓSTICO NACIONAL SOBRE LA SITUACIÓN DE LA TRATA DE PERSONAS EN MÉXICO, supra nota 6, en 119.

de la ley. La disposición no pone límites a la multiplicidad de interpretaciones asociables con la *vulnerabilidad* de la víctima. La disposición enlista una serie de características que, aunque comunes en las víctimas de trata, también es compartida por otros grupos de la población. Esto amplía peligrosamente el alcance del artículo. Los criterios de identificación más vagos son la edad, el sexo, la condición socioeconómica precaria, la falta de oportunidades, y la violencia o discriminación previa a la trata.¹⁰⁴ Por ejemplo, si el sexo se considera una situación de vulnerabilidad, una mujer no puede ejercer la prostitución voluntaria porque su condición de mujer (sexo) la hace una víctima, por definición. Además, la disposición contiene una cláusula abierta que permite al juzgador interpretar como situación de vulnerabilidad “cualquier otra característica que sea aprovechada por el sujeto activo del delito”.¹⁰⁵ Entonces, a pesar de que prácticamente cualquier persona satisface al menos uno de los criterios enlistados como situación de vulnerabilidad, la ley habilita a los jueces para hallar otras características de vulnerabilidad en las personas.

Este problema afecta desproporcionadamente a quienes ejercen la prostitución voluntaria. En México, estas personas suelen ser mujeres; de escasos recursos; transexuales o transgénero; y de origen indígena o extranjero.¹⁰⁶ En ese sentido, la prostitución *siempre* puede ser interpretada en el contexto de una situación de vulnerabilidad. En consecuencia, el ejercicio de la prostitución siempre puede ser interpretado como trata. Prueba de ello es la argumentación del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito:

[L]as agraviadas no se prostituyeron “en ejercicio de su libertad sexual”, sino en virtud de sus condiciones precarias, que las colocaron en condiciones de ser utilizadas como mero objeto en menoscabo de su dignidad como personas. Es así, porque en el caso de las pasivos (...) adujeron ser “sexoservidoras” por necesidad económica e ignorancia. En

¹⁰⁴ Otros criterios son el origen, la situación migratoria, el embarazo, el trastorno físico o mental, la minoría de edad o la pertenencia a un pueblo indígena. Para ver todos los criterios establecidos por la ley, LGTP, art. 4, fr. XVII, fracciones a) a g), supra nota 42.

¹⁰⁵ LGTP, art. 4, fr. XII, inciso h), supra nota 42.

¹⁰⁶ Ver E-mail de Jaime Montejo, Presidente, Brigada Callejera de Apoyo a la Mujer “Eliza Martínez”, a Claudia Torres, asistente de investigación, Área de Derechos Sexuales y Reproductivos del CIDE (Abril 29, 2015, 17:55 CST) (en archivo con la autora). Ver también RODOLFO CASILLAS, LA TRATA DE MUJERES, ADOLESCENTES, NIÑAS Y NIÑOS EN MÉXICO. UN ESTUDIO EXPLORATORIO EN TAPACHULA, CHIAPAS 119 (Comisión Interamericana de Mujeres, Organización de Estados Americanos, Organización Internacional para las Migraciones, Instituto Nacional de las Mujeres, Instituto Nacional de Migración, 2006).

efecto, la primera precisó que lo hizo porque era madre soltera con un hijo menor de edad y no tenía empleo; la segunda, porque intentó vender “discos compactos”, sin embargo “tuvo problemas” y necesitaba dinero; la tercera lo realizó ya que aun cuando trabajó en una fonda, le “pagaban muy poco” y también requería dinero; la cuarta, en virtud de que tenía dos hijos, con cuyo padre tuvo dificultades, además de que había estudiado sólo secundaria y no tenía trabajo; la quinta, dado que su familia era de “escasos recursos”; y, la última mencionó que tenía estudios hasta segundo de secundaria, ya que sus papás no tenían recursos para que los continuara, quienes además la “regañaban” y “no era “que le gustara ese trabajo, pero necesitaba el dinero”; circunstancias que ponen en evidencia que se dedicaron a esa actividad no en ejercicio pleno de su libertad sexual, sino porque se vieron obligadas dada su precaria condición económica, falta de empleo y escueto nivel educativo, colocándose en situaciones especiales de riesgo de sufrir violencia y malos tratos, que precisamente se tratan de erradicar con la tipificación de conductas como las que ahora nos ocupan (administrar lugares de concurrencia dedicados a la explotación sexual y facilitar los medios para que esto último acontezca), por ser incompatibles con el respeto a la dignidad de las mujeres (...).¹⁰⁷

Para el juez, la falta de oportunidades y la necesidad económica hacen vulnerables a las personas y les impiden tomar decisiones libres. Para el juez, las “circunstancias” obligan a las personas de la misma forma en que lo haría un tercero: al grado de anular la capacidad de decidir.¹⁰⁸ Estos argumentos son riesgosos porque desprenden

¹⁰⁷ Amparo en Revisión 275/2010, supra nota 67, en 1098- 1100.

¹⁰⁸ El *aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad* trata de abarcar casos prototípicos en los que la víctima consiente a ser tratada de forma subyugante y subordinante. El miedo que subyace en esta disposición es permitir una conducta prohibida en sí y desvalorada, pero que la víctima ha aceptado como producto de la alienación. La clase de alienación que busca cubrir la ley se refleja en el siguiente comentario hecho por una trabajadora sexual: “Sobre los padrotes de Tena, miren no es como lo pintan algunas exageradas, yo estoy feliz con mi padrote y me llevo super bien, mientras ustedes no los engañen y no la caguen las trataran como princesas pues de verdad a muchas de nosotras nos conviene te aseguro que nunca tendrías nada que como ellos ahí veces que si son malos pero por eso portence bien amigas y serán felices no es nada del otro mundo de eso que lo des de a gratis aprende a sacarle provecho y sean felices con ellos y tontas las que piencen que son malos solo hechenle ganas y serán las efectivas y ganonas (sic)”. Ver EVANGELINA HERNÁNDEZ, TIERRA DE PADROTES. TLAXCALA, TENANCINGO, UN VELO DE IMPUNIDAD 59 (Tusquets, 2015). Es cierto que algunas de las víctimas de trata aceptan malos tratos por parte de sus tratantes por alienación, y no en ejercicio de una voluntad plena como la imagina el liberalismo. Empero, incluir supuestos que flexibilicen la ley penal para abarcar estos supuestos, aun en contra de la voluntad aparente de la víctima es una medida insatisfactoria. Por un lado, la aplicación de la ley no resuelve los problemas reales de la víctima. Aunque el tratante esté encerrado, la víctima carecería de todo lo que recibía de aquél y trataría de buscarlo en otra persona, probablemente en condiciones de alienación muy similares. Las necesidades y los problemas que llevaron a la persona a ser víctima de trata no pueden resolverse con la aplicación de la ley penal. En este sentido, el derecho penal es innecesario, pues hay medidas alternativas más eficientes que pueden ayudar a la víctima a resolver sus necesidades y problemas y, en todo caso, apoyar a la víctima a denunciar voluntariamente a su tratante. Por otro lado, el derecho penal sujeta a estas víctimas, involuntariamente, a un tortuoso

la criminalidad de hechos que concurren en todos los casos de ejercicio voluntario de la prostitución (e incluso cualquier otro trabajo), entre ellos, la necesidad de ingresos. Si bien la determinación de la existencia de la trata en el caso analizado fue congruente con las pruebas, preocupa que el razonamiento sea reproducible en *cualquier* caso de prostitución voluntaria.

La preocupación por la ambigüedad de la ley y la flexibilidad en la interpretación de los jueces se agrava al considerar la forma en que el Ministerio Público ejerce acción penal en los casos de lenocinio y trata de personas con fines de explotación sexual. Los *operativos sorpresa* y las detenciones en *flagrancia* son estrategias comunes para detener a presuntos responsables de dichos delitos.¹⁰⁹ Muchas veces, la policía falsea las declaraciones ministeriales o instruye a los trabajadores sexuales para que digan que son víctimas de explotación (de lo contrario, serán tratantes) o lenones/as. Asimismo, la policía utiliza condones y numerario en cajas para intentar acreditar la *explotación* sexual de las víctimas, en lugar de buscar probar medios comisivos como el engaño, la fuerza o la amenaza a través de una investigación sólida.¹¹⁰ Con el respaldo de las pruebas obtenidas, el Ministerio Público lleva ante el juez los casos en que se acredita, por ejemplo, la conducta de *beneficiarse de la explotación sexual* (artículo 13 de la ley federal de trata). Una vez que el Ministerio Público lleva estos casos de *explotación* al juez, la configuración del delito es sencilla. Basta que el juez encuentre alguna característica de vulnerabilidad en la víctima para tener probados los medios comisivos (pues la comisión de conductas típicas ya está respaldada por la investigación ministerial). En este sentido, la ley reduce los estándares de argumentación y prueba al grado de que los supuestos de prostitución voluntaria fácilmente pueden considerarse explotación sexual y trata.

proceso judicial. Esto se puede interpretar como revictimización (aunque la causa sea noble), lo cual atenta contra los derechos de las personas.

¹⁰⁹ Ver Procuraduría General de Justicia del Estado de Chiapas, 4 de Diciembre de 2014 (Mx.); Queja 109/2012/II y sus acumuladas, Comisión Estatal de Derechos Humanos, Oficio 1420/2002/II, 23 de Abril de 2012; y Causa Penal 28/2012, Juzgado Segundo Penal de Primera Instancia en el Distrito Judicial de Pachuca de Soto, Noviembre 20, 2012. Ver también Mirna Servín, *Bailarinas del Cadillac se manifiestan ante la Comisión de Derechos Humanos*, LA JORNADA UNAM, Julio 4, 2013, disponible en <http://www.jornada.unam.mx/2013/07/04/capital/038n1cap>

¹¹⁰ Los mejores ejemplos son la Causa Penal 28/2012 y la Queja 109/2012/II y sus acumuladas, supra nota 109.

A modo de conclusión, la inclusión del abuso de poder y la situación de vulnerabilidad de la víctima dentro de los medios comisivos del artículo 13 atendió al ánimo de abarcar *todos* los casos de trata dentro del tipo penal. Estos términos aumentan la probabilidad de consignar a los tratantes. No obstante, también aumentan las probabilidades de sancionar a personas que, de otra forma, ejercerían o se beneficiarían de la prostitución lícitamente. Estos términos reducen el estándar mínimo de argumentación y prueba para la policía, el Ministerio Público y los jueces. De este modo, se pone en riesgo la licitud del trabajo sexual. La argumentación y la prueba son garantías para quienes se involucran en el mercado sexual legítimamente. Facilitar la argumentación y la prueba al grado de anularlas redundaría en desprotección para quienes tienen fines legítimos. Por ello, hay que reevaluar la eliminación de los términos *abuso de poder* y *aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad*. Esto obligaría a los jueces a hacer argumentos más sólidos y, a la policía y el Ministerio Público, mejores investigaciones. Los estándares altos de prueba y argumentación funcionarían como una garantía adicional para quienes, injustificadamente, son sometidos a un juicio por trata. Aunque el interés en perseguir a los tratantes sea mucho, el Estado no debe olvidarse de las garantías que protegen a los ciudadanos del uso arbitrario de la ley.

d) Pornografía: una industria que emerge en medio del prohibicionismo

El Protocolo de Palermo no hace ninguna mención explícita de la pornografía. Sin embargo, la pornografía estuvo presente en el ámbito internacional mucho antes de la redacción del protocolo. En la Plataforma de Beijing (1995), varios Estados reconocieron que la pornografía es un factor que contribuye a que se perpetúe la violencia contra las mujeres y los niños.¹¹¹ Los Estados se comprometieron a eliminar la pornografía por contraria a la dignidad y el valor de la persona humana.¹¹² En consecuencia, los Estados acordaron adoptar medidas efectivas —incluso de carácter

¹¹¹ Por ejemplo, ver Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, Sept. 4- 15, 1995, *Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer* ¶ 117, U.N. Doc. A/CONF.177/20/Rev.1 (1996)..

¹¹² Id. ¶ 224.

legislativo— contra la pornografía.¹¹³ En Beijing, los Estados no distinguieron entre diversos tipos de pornografía: *toda* pornografía debía ser combatida y eliminada.

Aunque el Protocolo de Palermo no lo ordena, la ley federal de trata sanciona la pornografía en el contexto de la trata. Subyace en este intento la idea de que la pornografía *siempre* se asocia con la violencia contra las personas, particularmente las mujeres y los niños. Esta idea descansa sobre la premisa (ya conocida, gracias a la Convención de 1949) de que toda prostitución es trata.¹¹⁴ Según esta visión, la pornografía es una de las formas en que las personas —en especial las mujeres y los niños— son traficadas por sexo. Para producir las imágenes pornográficas, las mujeres, los niños y algunos hombres son utilizados para realizar actos sexuales comerciales.¹¹⁵ Entonces, la producción de pornografía crea demanda para la prostitución y, por tanto, la trata de personas. Además, el consumo de pornografía genera más violencia: la pornografía estimula al consumidor a utilizar a personas de la vida real para reproducir los actos que son erotizados y consumidos a través de la pornografía.¹¹⁶ Los defensores de este argumento afirman que el Protocolo de Palermo incluye a la pornografía como una especie de *explotación sexual*.¹¹⁷ Posiblemente, la ley federal de trata contiene disposiciones específicas sobre pornografía debido a la presión de los grupos que comparten esta interpretación.¹¹⁸

En la ley federal de trata, tres artículos contienen referencias a la pornografía: el artículo 13, que sanciona a quienes se beneficien de la explotación sexual ajena; el artículo 14, que sanciona el sometimiento de otro a la pornografía y la producción de material pornográfico; y el artículo 15, que sanciona la distribución y comercialización de material pornográfico. El artículo 13, más general, se describe y critica en otros sub-apartados.¹¹⁹ Por ello, este sub-apartado se enfoca en los artículos 14 y 15 de la ley federal de trata.

¹¹³ Id., ¶ 243, inciso f).

¹¹⁴ Ver supra nota 38 y el texto que la acompaña, así como nota 93.

¹¹⁵ CATHERINE A. MACKINNON, *WOMEN'S LIVES, MEN'S LAWS* 247 (Harvard University Press, 2007)..

¹¹⁶ Id.

¹¹⁷ Id., en 252, 253.

¹¹⁸ Estos grupos influyeron en la redacción de otro tipo de disposiciones, por lo que es posible que, también en esta disposición, hayan dirigido la pluma de los legisladores. Ver infra nota 164 y el texto que la acompaña.

¹¹⁹ Ver supra, apartado 2, sub-apartados *b* y *c* en 22 y siguientes.

El artículo 14 contiene seis conductas prohibidas distintas.¹²⁰ La primera y la segunda son las conductas de *someter y beneficiarse del sometimiento* de una persona para que realice actos pornográficos. La tercera y la cuarta son las conductas de *engañar y participar de engañar* a una persona para que preste servicios sexuales o realice actos pornográficos. La quinta y la sexta son las conductas de *producir o beneficiarse de la producción* de todo tipo de material pornográfico. Como se explica a continuación, el artículo 14 tiene dos grandes problemas.

El primer problema del artículo 14 es su innecesaridad. El artículo es innecesario respecto de las conductas de (1) *someter para la pornografía*; (2) *obtener un beneficio por someter a una persona a la pornografía*; (3) *engañar para la pornografía*; y (4) *participar de engañar para la pornografía*. Primero, respecto del tipo penal *someter*, se tiene que éste queda comprendido en los delitos 13 y 41 de la ley federal de trata. Quienes han interpretado el término, sostienen que *someter* implica subyugar o subordinar a otra persona.¹²¹ La subyugación o subordinación sólo puede ser producto de la realización de los medios comisivos. Sin ellos, no hay coacción: no hay subyugación ni subordinación. Entonces, la disposición sanciona a quienes ejecutan actos de subyugación o sometimiento, es decir, a quienes llevan a cabo los medios comisivos. No obstante, esta forma de participar en los delitos de explotación entra en el ámbito del artículo 41, que sanciona a quien “prepare, promueva, incite, facilite o colabore” en dichos delitos.¹²² Es innecesario que el artículo 14 de la ley federal de trata sancione a quienes serían partícipes del delito previsto en el artículo 13. Segundo, respecto del tipo penal *beneficiarse del sometimiento de una persona*, éste queda comprendido dentro del artículo 13 de la ley federal de trata. Si el *sometimiento* implica la realización de algún medio comisivo, quien se beneficia de ello incurre en la conducta tipificada por el artículo 13, pues obtiene un *beneficio de la explotación sexual ajena*. Esta parte del artículo 14 es una especie del delito previsto en el artículo 13. Tercero, respecto de quien *engañe o participe de engañar* a una persona para prestar servicios sexuales o realizar actos

¹²⁰ Ver texto que acompaña a notas 46 y 47, así como el texto que las acompaña.

¹²¹ Sentencia Definitiva a los autos de la causa 15/2014, supra nota 67, en Página 316 (Mx.); Amparo en Revisión 275/2010, supra nota 67, en Página 677.

¹²² LGTP, art. 41, supra nota 42.

pornográficos, resulta que el engaño es un medio para *subordinar* o *subyugar* a las personas. En este sentido, el tipo penal merece las mismas consideraciones hechas en el párrafo anterior respecto del primer tipo penal —que sanciona el *sometimiento*. Se trata de un tipo penal comprendido dentro de los artículos 13 y 41 y, por ello, no debe tener existencia autónoma.

El segundo problema del artículo 14 es su prohibicionismo. A los tipos penales sobre *producir* o *beneficiarse de producir* material pornográfico, subyace una prohibición que, por al menos cuatro motivos, es absoluta.¹²³ Primero, la prohibición se despliega sobre *todos* los terceros que *se benefician* de la producción del material pornográfico. El artículo no pone límites para determinar quiénes son susceptibles de beneficiarse de la producción de la pornografía y qué tipo de beneficio debe ser considerado. Por esto, según el artículo 14, pueden ser sancionados desde el director y el productor hasta el camarógrafo y los consumidores. El problema de amplitud es semejante al del artículo 13 de la ley federal de trata,¹²⁴ salvo que el artículo 14 no contiene medios comisivos. Así, formalmente y no sólo en los hechos, la prohibición alcanza a *todos* los terceros involucrados en la producción del material pornográfico, incluso cuando ésta se da en condiciones de respeto y profesionalismo.

Segundo, la prohibición no sólo incluye a los terceros que se benefician de las actividades ajenas: abarca a las personas que producen pornografía a partir de su propia imagen. La prohibición se dirige a quien produzca y se beneficie de la producción de material pornográfico: no de material pornográfico *ajeno*. El tipo penal no distingue a los trabajadores sexuales del resto de los sujetos objeto de la pena. Si una persona se graba a sí misma y decide convertir su video en material pornográfico, la amplitud del artículo 14 de la ley federal de trata permite que esta persona sea sancionada. La ley amenaza a los trabajadores sexuales independientes de esta industria, pues una persona no puede dedicarse a la pornografía *lícitamente* ni siquiera por cuenta propia.

¹²³ El prohibicionismo no es el único problema de los tipos penales. Comparte la innecesaridad de los demás tipos penales del artículo 15, pues encuadran como participación o autoría respecto del tipo penal *de beneficiarse de las actividades sexuales remuneradas ajenas* (artículo 13).

¹²⁴ Ver supra apartado 2, sub-apartado *b* en 22 y siguientes (en relación con la definición judicial de la explotación).

Tercero, para configurar el tipo penal bajo análisis, las condiciones en que los actos pornográficos se llevan a cabo son irrelevantes: la coacción o la voluntad no es criterio que le importe a la ley. Tratándose de pornografía, la naturaleza de la actividad determina su ilicitud. Esta disposición contradice la lógica del artículo 13 de la ley federal de trata, que sanciona a quienes se benefician de la utilización de personas en actividades sexuales a través del engaño, la amenaza y otros medios comisivos. Esta contradicción genera inseguridad jurídica, pues la ley permite sostener, simultáneamente, que producir pornografía voluntaria está permitido (según el artículo 13, *a contrario sensu*) y prohibido (según el artículo 14).

Cuarto, el contenido del material pornográfico también es irrelevante. La prohibición presume que toda la pornografía es igual: que toda la pornografía es *mala*. No obstante, la pornografía no es ni una sola ni siempre mala. En México, es posible encontrar pornografía de todo tipo. Como dice Gustavo Reyes —actor, productor y director porno—, “la pornografía es reflejo de la sexualidad. La sexualidad humana es demasiado amplia. Hay gente a la que le gusta el porno violento, y otra que no. Por tanto, hay pornografía muy violenta y otra que no lo es”.¹²⁵ Es posible producir material sexualmente explícito en el que los actores representen a individuos que merecen respeto, y que experimentan y disfrutan el sexo. También es posible hacer porno violento, sexista o racista. Sin embargo, en lugar de enfrentar la diversidad creativa a través de la regulación (tanto de la industria pornográfica como de la educación sexual), el ordenamiento jurídico mexicano lo prohíbe todo. En concreto, la ley federal de trata prohíbe que cualquier tipo de material pornográfico sea *lícitamente* producido.

Esta prohibición absoluta es injustificada, al menos, por tres razones. Primera: la prohibición desconoce la realidad de la industria pornográfica. El trabajo sexual está mal regulado, pero no está prohibido en absoluto.¹²⁶ Las prohibiciones que existen en materia de prostitución y pornografía vetan el ejercicio de estas actividades bajo ciertas condiciones, pero no la actividad en general. Entonces, dado que ninguna

¹²⁵ Entrevista con Gustavo Reyes, Director, LATPORN, en Aguascalientes, Mx. (Mayo 11, 2015).

¹²⁶ Ver la descripción sobre el marco legal que rige a las actividades sexuales remuneradas, supra Sección I, en pág. 3.

ley lo prohíbe explícita y absolutamente, el trabajo en la prostitución, la pornografía y otras actividades sexuales remuneradas está protegido por el artículo 5º constitucional (libertad de trabajo). Sin embargo, la ley de trata ignora que los trabajadores sexuales no suelen trabajar solos. No sancionar a los trabajadores sexuales, pero sancionar a los productores y a quienes se benefician de la producción de material pornográfico, es soslayar la forma en que los trabajadores sexuales participan en la industria pornográfica. En esta industria, los trabajadores sexuales colaboran con otros técnicos y profesionistas para la elaboración del material pornográfico.¹²⁷ Tratar a estas personas como *tratantes* merma el funcionamiento de la cadena productiva y afecta, en última instancia, a los trabajadores sexuales. Puesto que se trata de una actividad que beneficia a los trabajadores sexuales y a otros participantes de un sector productivo emergente,¹²⁸ los legisladores deben reevaluar el alcance de esta prohibición.

La segunda razón es que la Constitución reconoce el *principio de legalidad*, que comprende el de *lesividad*.¹²⁹ Según este principio, para que una norma penal pueda válidamente restringir una conducta, es necesario que ésta última *lesione* objetiva, material y evidentemente un bien jurídico.¹³⁰ En otras palabras, para que haya una sanción penal, la conducta prohibida debe causar *daño*. Cuando se desempeña sin

¹²⁷ De acuerdo con Gustavo Reyes —actor, productor y director de la empresa LATPORN—, el equipo de producción de un video porno se integra por el director, el camarógrafo y los actores. Gustavo atribuye el reducido tamaño del equipo necesario (que contrasta mucho con lo que sucede en Estados Unidos, por ejemplo) al carácter emergente de la industria pornográfica en México. Ver Entrevista con Gustavo Reyes, supra nota 125.

¹²⁸ En México, a pesar de que existen prohibiciones en la ley federal de trata, varios periódicos y revistas nacionales muestran imágenes de carácter sexual sin recibir sanciones. Es el caso de *Publimetro*, *El Metro*, *Express*, *La Prensa* o *H para Hombres*. Asimismo, existen empresas mexicanas que, informalmente y sin impedimentos por parte de la autoridad, se dedican a producir y comercializar pornografía. Es el caso de LatPorn y MatlaRock Producciones. Ello no quiere decir que estos grupos estén tratando de evadir o efectivamente evadan la ley. Como indica Gustavo Reyes: “lo que nosotros hacemos es legal. Nosotros no nos estamos escondiendo, no estamos tratando de operar a la sombra de la ley”. Ver Entrevista con Gustavo Reyes, supra nota 125. Más bien, quiero decir que la norma es completamente ineficaz (lo cual, dicho sea de paso, habla de su innecesaridad) y eso ha permitido que emerja una tímida industria pornográfica en México. Aunque pequeña, esta industria participa de los mercados económicos, ya que es fuente de empleo para los trabajadores sexuales, los camarógrafos, los directores, los productores y los distribuidores.

¹²⁹ Ver [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 14, Enero de 2015, Tomo I; Pág. 777. 1a. XXIX/2015 (10a.).

¹³⁰ Ver LUIGI FERRAJOLI, DERECHO Y RAZÓN. TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL 464 a 467 (Editorial Trotta, 1995).

coacción, la pornografía no causa ningún daño objetivo, material y evidente.¹³¹ Sancionar la pornografía sin atender a las condiciones en las que se desarrolla es contrario al principio de lesividad y, en consecuencia, a la Constitución. La prohibición de la pornografía va más allá de la lógica constitucional que debe regir la ley federal de trata. Los legisladores deben revisar la ley (no sólo esta disposición) tomando en cuenta que las conductas deben ser prohibidas *si y sólo si* causan daño.

Por último, la pornografía puede exhibir imágenes de violencia, racismo y sexismo. No obstante, la violencia, el racismo y el sexismo no son consustanciales a la pornografía. La pornografía puede prescindir de las representaciones en que las personas son meros objetos (no sujetos) sexuales. Incluso, la pornografía puede servir para cuestionar las jerarquías sexuales y heteronormativas.¹³² La ley invisibiliza una parte de la pornografía y de su potencial, al tratar a ésta como si tuviera un desvalor en sí. El contenido del material pornográfico importa. Los legisladores deben buscar distinguir entre distintos tipos de material pornográfico. *Diferenciar* no significa *permitir todo*. De acuerdo con su contenido y otras características, la pornografía puede ser fomentada, permitida, limitada o prohibida. *Diferenciar* permitirá a los legisladores encontrar el mejor enfoque para regular adecuadamente la pornografía.

Como corolario del actual enfoque prohibicionista del artículo 14, se encuentra el artículo 15 de la ley federal de trata. El artículo 15 sanciona a quien se *beneficie económicamente de la explotación* de una persona mediante el comercio, la distribución, la exposición, la circulación o la oferta de material pornográfico.¹³³ El artículo tiene, al menos, dos problemas principales. El primer problema del artículo es su ambigüedad. Aunque acotado al *beneficio económico*, el artículo no define si la pornografía cuya distribución está prohibida es aquella producida bajo coacción. Esto se debe a que el artículo añade al verbo rector (beneficiarse económicamente) el

¹³¹ Para muestra, Gustavo Reyes afirma que, durante el tiempo ha trabajado en la industria pornográfica, ninguna persona ha mencionado sentirse agraviada o avergonzada del trabajo que ejerce. Gustavo explica que esto tiene que ver con el hecho de que “desde que se contacta a la gente, saben a qué vienen”. Dice Gustavo que las personas que preguntan cómo involucrarse en la pornografía están convencidas e incluso entusiasmadas por hacerlo, y se mantienen así hasta que voluntariamente deciden retirarse de la industria. Ver Entrevista con Gustavo Reyes, supra nota 125.

¹³² Constance Penley et al., *The Politics of Producing Pleasure*, Introduction to TRISTAN TAORMINO, ET AL. (eds.), *THE FEMINIST PORN BOOK. THE POLITICS OF PRODUCING PLEASURE*, 10- 11(The Feminist Press, 2013).

¹³³ LGTP, art. 15, primer párrafo, supra nota 42.

término *explotación*. Como ya se ha mencionado en sub-apartados anteriores, los legisladores no son claros respecto de qué significa la *explotación*.¹³⁴ Esto ocasiona que los jueces lo interpreten bien como mero *beneficio*, bien como *subordinación* o *subyugación*. El segundo problema del artículo depende de la definición que se adopte. Si la explotación se interpreta como *beneficio*, el artículo 15 sanciona la distribución y comercialización de pornografía *independientemente* de la coacción. Entonces, el segundo problema del artículo 15 es que refuerza el prohibicionismo del artículo 14. Igual que el artículo 14, el artículo 15 no distinguiría entre distintos tipos de pornografía: *todos* los prohibiría.¹³⁵ Por ello, las mismas críticas hechas en los párrafos anteriores en torno al artículo 14 se reproducen para el artículo 15. En contraste, si la *explotación* se interpreta como *sometimiento*, el artículo 15 sanciona la distribución y la comercialización de material pornográfico *sólo* en casos coactivos. Entonces, el segundo problema del artículo 15 es que puede subsumirse en el artículo 13 (que sanciona todo beneficio obtenido de la *explotación sexual ajena* en condiciones de coacción). El artículo 13 y el artículo 15 podrían aplicar igualmente para sancionar la distribución y la comercialización de pornografía producida bajo coacción. Esta duplicidad conlleva inseguridad jurídica.

A modo de conclusión, los legisladores deben pensar en corregir el problema de innecesaridad de los artículos 14 y 15. Más importante todavía, si deciden conservar los tipos penales contenidos en ambos artículos como delitos autónomos, los legisladores deben revisar su extensión. La extensión de estos artículos es tal que prohíbe absolutamente el trabajo sexual en la pornografía. De no llevarse a cabo esta revisión, la ley federal de trata estaría limitando innecesaria e injustificadamente la libertad individual de los trabajadores sexuales y los terceros que se involucran en la industria pornográfica.

¹³⁴ Ver supra Sección II, apartado 2, sub-apartado *b*, en 22 y siguientes.

¹³⁵ El artículo 15 sólo hace una excepción: las imágenes sexuales pueden divulgarse, siempre y cuando se utilicen para la ciencia, el arte o la educación. LGTP, art. 15, segundo párrafo, supra nota 42. Esta salvedad no impide hacer una crítica al prohibicionismo implícito en el artículo. El artículo presupone que toda conducta erótica es mala a menos que exista una razón específica (no sexual) que la salve. En este caso, los justificantes son el conocimiento científico, la experiencia estética y la revelación de (ciertas) verdades sexuales. Aunque las imágenes difundidas en el arte, la ciencia y la educación demuestren igual inteligencia, curiosidad y creatividad que en la pornografía, el artículo impone que estas capacidades se ejerciten fuera de la pornografía. Dentro de la pornografía, la prohibición es total.

e) Contratos sexuales (artículos 19 y 20)

Los artículos 19 y 20 hablan de contratos. El artículo 19 se refiere a contratos u ofertas de contratación cuyo objeto original no es la prestación de servicios sexuales pero que, mediante engaño, adquieren carácter sexual.¹³⁶ Por el contrario, el artículo 20 prohíbe los contratos originalmente sexuales cuyas cláusulas establecen: (1) la naturaleza, la frecuencia y las condiciones específicas de la prestación del servicio; (2) la permanencia en el lugar donde se prestan servicios; (3) la permanencia en el trabajo; (4) la imposibilidad de salir del lugar de residencia; (5) el endeudamiento en virtud de la prestación de servicios sexuales. A diferencia del artículo 19, el artículo 20 desprende la ilicitud no de las circunstancias de contratación, sino de las cláusulas del contrato. En otras palabras, el artículo 20 presupone que hacer pactos en torno a las cuestiones (1) a (5) es tan coactivo como hacerlos en el supuesto de engaño del artículo 19. En el fondo, el artículo 20 prohíbe los contratos en que las partes pactan la renuncia de libertades por parte del prestador de servicios —aún cuando éste acepte con conocimiento de causa.

El artículo 19 tiene dos problemas. El primer problema del artículo 19 es que está desarticulado. El artículo contiene un párrafo introductorio y seis fracciones. Sólo la fracción I está realmente relacionada con el párrafo introductorio: de hecho, lo agota. El párrafo introductorio dispone que sea sancionado quien “contrate a una persona u oferte un trabajo distinto a los servicios sexuales y la induzca a realizarlos, bajo engaño en cualquiera de las siguientes circunstancias (...)”.¹³⁷ A continuación, el artículo enlista seis circunstancias. La primera circunstancia es el engaño respecto de que el acuerdo o el contrato comprenden la prestación de servicios sexuales.¹³⁸ Este supuesto agota la hipótesis del párrafo introductorio según la cual se le dijo a una persona que el contrato comprendía servicios distintos a los sexuales y, posteriormente, se le indujo a realizar estos últimos. Aunque el párrafo introductorio

¹³⁶ Ver texto que acompaña a las notas 50 a 54.

¹³⁷ LGTP, art. 19, primer párrafo, supra nota 42.

¹³⁸ Id., art. 19, fr. I.

pretende vincularse con las seis fracciones, las últimas cinco no implican —como dice el párrafo introductorio— que la víctima haya sido contratada o requerida para prestar servicios distintos a los sexuales y, posteriormente, haya sido engañada e inducida a prestarlos. Más bien, las fracciones II a VI del artículo 19 parecen hipótesis de engaño respecto de cláusulas específicas de un contrato que, desde el principio, versó sobre servicios sexuales —no uno que cambió de objeto debido al engaño.

El segundo problema del artículo es que no sanciona una conducta autónoma. El artículo 19 sanciona el reclutamiento engañoso para prestar servicios sexuales, sea que se celebre un contrato o no. No obstante, si se dan los elementos para probar el artículo 19, se puede probar el artículo 10 (delito de trata) en relación con el 13 (delito de beneficio de la explotación sexual). Por ejemplo, en un caso, una mujer se comunicó a un lugar en el cual solicitaban promotoras de artículos para centros comerciales. La mujer acudió a la entrevista de trabajo. Durante la entrevista, el entrevistador recibió llamadas de otro hombre, quien afirmó ser *contador* y comentó que llegaría pronto. Una vez que llegó a la oficina donde se encontraba la mujer, el *contador* llamó a un tercer hombre. Este último colocó una cámara frente a la mujer y el *contador*. El *contador* violentamente ordenó a la mujer que se cambiara la ropa, que lo tocara y le practicara sexo oral. El *contador* finalmente violó a la mujer. Una vez que terminó de abusar de ella, le dio un sobre con dinero y le dijo que regresara a la mañana siguiente.¹³⁹ En este caso, se configuran los elementos típicos tanto del artículo 19 como de los artículos 10 y 13.¹⁴⁰ El artículo 19 de la ley federal de trata queda subsumido dentro de los artículos 10 y 13 de esa ley —que son más generales.

¹³⁹ CUARTO INFORME DEL OBSERVATORIO CONTRA LA TRATA DE PERSONAS CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL Y VIOLENCIA FEMINICIDA EN EL DISTRITO FEDERAL 46, 48 (CAM, CNDH, CCFD, 2014).

¹⁴⁰ Por un lado, el artículo 19 se configura cuando (1) hay un contrato u oferta de contratación (2) de carácter no sexual que (3) engaña a las personas respecto de (4) que el verdadero objeto del contrato u oferta es la prestación de servicios sexuales. En el caso se configura el delito porque, a pesar de que la (1) oferta era (2) para desempeñarse como promotora, (4) el objeto real del contrato era dedicar a una persona a la pornografía. Esto implica (3) engaño en sí mismo. Por otro lado, en términos del artículo 10, hay trata con fines de explotación sexual cuando alguien (1) capta a una persona para (2) beneficiarse de la explotación de las actividades remuneradas ajenas mediante (3) el uso del engaño, la amenaza u otros medios comisivos. En el caso, (1) la oferta de trabajo como promotora fue un medio de captación y (3) un engaño. (2) La obtención de un video pornográfico fue el beneficio obtenido de la explotación sexual ajena.

Por tanto, el artículo 19 no aporta nada a la ley federal de trata y, más bien, genera confusión típica.

El artículo 20 también tiene dos problemas. El primero de ellos es que el artículo se contradice: el artículo permite el trabajo sexual pero lo restringe casi al grado de anularlo. El párrafo introductorio permite que los intermediarios y empleadores contraten *lícitamente* a los trabajadores sexuales y se beneficien del trabajo de estos.¹⁴¹ Esto implica que los intermediarios y empleadores pueden firmar contratos sexuales con los trabajadores siempre que no concurren engaños, amenazas u otros medios comisivos.¹⁴² No obstante, el artículo 20, en relación con la fracción II del artículo 19, prohíbe que las partes pacten la naturaleza, la frecuencia y las condiciones específicas de la prestación del servicio.¹⁴³

La fracción II del artículo 19 de la ley federal de trata, en relación con el artículo 20, limita la autonomía de los contratos sexuales como en ningún otro campo técnico o profesional. Dicha fracción considera ilícito establecer la naturaleza, frecuencia y condiciones específicas de los contratos de prestación de servicios sexuales. Dado que la fracción no delimita sus alcances, podrían considerarse ilícitas las cláusulas esenciales del contrato —relacionadas con lo que los abogados llaman la *naturaleza del contrato*, es decir, el consentimiento y el objeto.¹⁴⁴ Igualmente, podría considerarse ilícito establecer cláusulas accidentales —que los abogados relacionan con el modo, el tiempo o el lugar de ejecución del contrato. Si consideramos que la autonomía de la voluntad es la regla fundamental de los contratos, la ley de trata incurre en una contradicción cuando permite el contrato sexual pero niega la posibilidad de pactar la naturaleza, la frecuencia y las condiciones de *lo sexual*.

¹⁴¹ Ver LGTP, art. 20, primer párrafo, supra nota 42. El artículo habla de *beneficio económico* y no de otro tipo de beneficio. Así, el artículo parece excluir de su ámbito de aplicación a los clientes de quienes ejercen la prostitución, pues el provecho que ellos reciben no es de carácter económico sino sexual.

¹⁴² Aparentemente, el artículo hace referencia a la contratación *lícita* de servicios sexuales por oposición al artículo 19, en que el contrato se celebra por medio del engaño. Asimismo, el artículo excluye la fracción I del artículo 19 de su ámbito de aplicación. Esto significa que los contratos lícitos que, en términos de la fracción I del artículo 19 de la ley federal de trata, “comprenden servicios sexuales” no están prohibidos por la ley.

¹⁴³ LGTP, art. 20, en relación con el artículo 19, fr. II, supra nota 42.

¹⁴⁴ Código Civil Federal [CC], art. 1794 (Mx.)

En los hechos, esta contradicción se traduce en inseguridad jurídica para los trabajadores sexuales y los terceros que se benefician del trabajo sexual ajeno. Los particulares que celebran un contrato de servicios sexuales no pueden saber *al momento de negociar* si su contrato constituye, o no, trata de personas. Por ejemplo, ¿sería ilícito establecer una jornada laboral para las trabajadoras sexuales? ¿Lo sería pactar el precio al que se va a ofrecer el servicio a un tercero? ¿Qué tal acordar las condiciones para el uso del espacio, precios, horarios, e incluso vestimenta? Y, ¿requerir a los actores que realicen ciertos actos sexuales, que repitan escenas o que utilicen determinado vestuario? Al sancionar los acuerdos sobre la naturaleza, la frecuencia y las circunstancias del trabajo sexual, la ley impide que la autonomía de las partes se despliegue con certeza de las consecuencias jurídicas que ello conlleva. De este modo, la ley condena a todas las actividades sexuales no independientes a la informalidad (clandestinidad) o al riesgo de ilicitud.

Es cierto que los tratantes fijan condiciones que versan sobre la naturaleza, la frecuencia y las condiciones de la prestación de servicios sexuales.¹⁴⁵ Sin embargo, no todas las personas que fijan esa clase de condiciones son tratantes. La ley confunde a las primeras con los segundos. La ley no debe sancionar toda clase de acuerdos por temor a que algunos de ellos puedan ser un medio para tratar personas. Como sucede en otros campos profesionales, deben sancionarse las cláusulas contractuales que indebidamente restringen la libertad de los trabajadores sexuales, mas no *todo tipo* de cláusulas. De lo contrario, la ley federal de trata vulneraría el derecho de las personas a dedicarse a una actividad productiva y a llevar a cabo su proyecto de vida.¹⁴⁶

El segundo problema del artículo 20 radica en su innecesidad. De acuerdo con las fracciones III a V del artículo 19 de la ley federal de trata, en relación con el artículo 20, los contratos sexuales *lícitos* no pueden restringir la libertad para abandonar el lugar, dejar el trabajo o salir del lugar de residencia a cambio de la prestación de servicios sexuales.¹⁴⁷ Mediante un contrato sexual *lícito*, el prestador de

¹⁴⁵ LGTP, art. 20, en relación con el artículo 19, fr. II, supra nota 42.

¹⁴⁶ Ver infra nota 166 y el texto que la acompaña.

¹⁴⁷ LGTP, art. 20, en relación con el artículo 19, fr. III a V, supra nota 42.

servicios tampoco puede contraer una deuda para pagarla a través de la prestación de servicios sexuales.¹⁴⁸

Los contratos sexuales que prevé el artículo 20, en relación con las fracciones III a VI del artículo 19, parecen variantes de los contratos prohibidos por el artículo 5º constitucional *in fine*. El artículo 5º constitucional prohíbe la celebración de pactos en que una persona renuncia a su libertad. Las libertades de residencia, tránsito y profesión se verían comprometidas si el titular celebrara un contrato cuyas cláusulas lo *obliguen —sin importar nada más—* a no abandonar un lugar, no salir de su residencia o no dejar de desempeñar un trabajo. La prohibición constitucional se justifica, mas no así el uso del derecho penal para regular esta clase de relaciones.

Los contratos sexuales que prevé el artículo 20, en relación con las fracciones III a VI del artículo 19, son contratos *lícitos*. De acuerdo con esta terminología, se trata de contratos en los que no hubo coacción de por medio. Esto significa que una de las partes del contrato *libremente* renunció a sus libertades. La celebración de un contrato sexual en el que una parte renuncia a sus libertades no lesiona los bienes que la ley de trata protege. El derecho penal no busca preservar un estado de cosas, sino sancionar la disposición indebida de un bien defendido por su titular. El tercero que firma este contrato no está lesionando la vida, el libre desarrollo, la integridad y la seguridad de su contraparte, pues ésta *voluntariamente elige* comprometer su libertad de tránsito, de residencia y de profesión. En ese sentido, el sujeto pasivo del delito abandona sus intereses y, en ese sentido, renuncia a la protección del derecho penal.¹⁴⁹

Esto no significa que los contratos de renuncia de libertades deban estar permitidos. Una persona no debe ser obligada por un contrato (ni siquiera uno que ella haya firmado libremente) a realizar una actividad que no desea desempeñar más. El punto es que la prohibición constitucional no se traduce necesariamente en prohibición penal. Los legisladores pueden instituir diversos esquemas para regular esta clase de contratos. Por ejemplo, pueden usar el esquema que rige en el campo laboral o el campo civil. En éstas áreas, los contratos de este tipo traen aparejadas la

¹⁴⁸ Id., artículo 20, en relación con artículo 19, fr. VI.

¹⁴⁹ Sobre el consentimiento como causa de atipicidad o antijuridicidad, ver ENRIQUE DIAZ ARANDA, TEORIA DEL DELITO (DOCTRINA, JURISPRUDENCIA Y CASOS PRÁCTICOS) 246 y siguientes (Straf, 2006).

inexistencia o la nulidad —mas no la imposición de sanciones penales.¹⁵⁰ Al carácter *excepcional* de la sanción penal en los contratos sexuales, subyace una idea religiosa de que el sexo erótico (más aún, un contrato erótico) es un pecado especialmente atroz, merecedor de los castigos más duros.¹⁵¹ Si consideramos que nuestro ordenamiento jurídico se inspira en una moralidad democrática,¹⁵² el tratamiento diferenciado del sexo y su penalización son injustificables.

A modo de conclusión, en relación con el artículo 19 de la ley federal de trata, los legisladores deben evitar repeticiones. El artículo 19 queda cubierto con los artículos 10 y 13 de la ley federal de trata. En tanto estos últimos artículos sigan teniendo el alcance que ahora tienen, el artículo 19 no aporta nada y, más bien, genera confusión típica. Por ello, es necesario eliminar el artículo o dotarlo de contenido autónomo (evitando tipos penales innecesarios). En relación con el artículo 20, los legisladores deben evitar contradicciones: si los legisladores van a reconocer el trabajo sexual, deben hacerlo total y consistentemente. Dicho artículo se contradice al reconocer el trabajo sexual, pero limitar excesivamente la autonomía de las partes y desconocer las condiciones en que se da el trabajo sexual. Por tal razón, es necesario limitar el alcance de la prohibición contenida en el artículo 20 de la ley federal de trata, en relación con la fracción II del artículo 19. Además, los legisladores deben reevaluar si se justifica el uso del derecho penal para sancionar los contratos sexuales en los que una de las partes renuncia a sus libertades. Dado que no hay lesión a los bienes jurídicos que la ley federal de trata protege, es necesario explorar enfoques alternativos para regular esa clase de contratos.

f) Consentimiento

¹⁵⁰ Ver, por ejemplo, Ley Federal del Trabajo, art. 5 (Mx.) (sobre la nulidad de las estipulaciones que establezcan una jornada laboral excesiva, un salario inferior al mínimo, la renuncia de prerrogativas o derechos laborales, etc.) y Código Civil Federal, art. 2224- 2228 (sobre la inexistencia de los contratos cuya materia no puede ser objeto de los contratos y la nulidad de los contratos de objeto ilícito).

¹⁵¹ Gayle Rubin, *Reflexionando sobre la sexualidad*, en Carole Vance, *PLACER Y PELIGRO: EXPLORANDO LA SEXUALIDAD FEMENINA* 134 (Revolución: 1989).

¹⁵² La prueba más simple de ello es que el artículo 1º no condiciona los derechos de las personas a la religión o las opiniones que sostengan. Ver CPEUM, art 1, supra nota 27.

El debate sobre el consentimiento en el contexto de la trata con fines de explotación sexual es uno de los más duraderos y controversiales en el ámbito internacional. El debate comenzó a finales del siglo XIX y principios del XX cuando ciertos grupos argumentaron que la prostitución era una práctica análoga a la esclavitud y que, en consecuencia, nadie podía consentir ejercerla. Entre 1904 y 1949, estos grupos lograron plasmar su perspectiva en varios instrumentos internacionales, entre ellos, la multicitada Convención de 1949.¹⁵³ En todos estos instrumentos, el consentimiento se considera irrelevante para efectos de determinar si existe, o no, el delito de *explotación de la prostitución ajena* o el de *trata*.¹⁵⁴

Estos grupos tuvieron mucho éxito en difundir su postura en los foros internacionales.¹⁵⁵ No obstante, la perspectiva de que el consentimiento es irrelevante no primó en la redacción del Protocolo de Palermo. Impulsado por grupos con otros intereses, el texto del Protocolo de Palermo establece que el consentimiento resulta irrelevante *si y sólo si* se prueba que el tratante empleó algún medio comisivo.¹⁵⁶ Con ello, el Protocolo admite que el consentimiento puede ser válido siempre que no esté viciado por la fuerza, el engaño u otras circunstancias análogas. Más aún, de acuerdo con el protocolo, una persona puede *consentir su explotación*, siempre que haya decidido sobre una base de libertad y plena información.¹⁵⁷ Si la decisión se toma sin que concurren medios comisivos, el delito de trata no se configura. Sólo en caso de que el consentimiento esté viciado, resultan aplicables las disposiciones sobre trata y explotación contenidas en el protocolo.

¹⁵³ Los demás instrumentos son: (1) Acuerdo Internacional del 18 de mayo de 1904 para la Represión de la Trata de Blancas, modificado por el Protocolo firmado en Lake Success el 4 de mayo de 1949; (2) el Convenio Internacional del 4 de mayo de 1910 para la Represión de la Trata de Blancas, modificado por el precitado Protocolo; (3) Convenio Internacional del 30 de septiembre de 1921 para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños modificado por el Protocolo aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de octubre de 1947, y (4) Convenio Internacional del 11 de octubre de 1933 para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad, modificado por el precitado Protocolo.

¹⁵⁴ Por ejemplo, ver Convención para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, art 1, supra nota 18.

¹⁵⁵ Por ejemplo, ver Declaración y Plataforma de Acción de Beijing ¶ 122 supra nota 111. Ver también Recommendations and Commentary for December 1997, Dic. 1-12, 1997, *Prep. Com. On the Establishment of An International Criminal Court*, <http://www.iccnw.org/documents/5PrepComRecommWomensC.pdf>.

¹⁵⁶ Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 3 b), supra nota 15.

¹⁵⁷ Oficina de las Naciones Unidas para la Droga y el Delito, supra nota 76, en xix.

En términos del Protocolo de Palermo, la inclusión de una cláusula sobre el consentimiento en las legislaciones nacionales es obligatoria. Sin embargo, una nota interpretativa del Protocolo abre la posibilidad de que los Estados modifiquen la redacción literal del protocolo.¹⁵⁸ En otras palabras, los Estados pueden legislar sobre el consentimiento para adaptarlo mejor a su derecho interno, siempre que la cláusula no contravenga al protocolo.

Específicamente, México ha tenido muchas dificultades para definir su postura frente al consentimiento. En la iniciativa de la primera ley de trata (2007), el Senado propuso que el consentimiento fuera en absoluto irrelevante, pero los diputados modificaron la propuesta para que el consentimiento se rigiera por el esquema aplicable a los demás delitos —en términos del artículo 15 del Código Penal Federal.¹⁵⁹ En 2012, cuando se impulsó una nueva ley de trata, algunos integrantes del partido Nueva Alianza sugirieron que el consentimiento fuera irrelevante. Ellos argumentaron que, dado que el libre desarrollo de la personalidad —que tutela el tipo de trata— es un bien indisponible, todo consentimiento está viciado por definición.¹⁶⁰ La ley de trata emitida en 2012, aún vigente, dispone que el consentimiento otorgado por la víctima no excluye la responsabilidad penal del presunto tratante; en pocas palabras, es irrelevante.¹⁶¹

En su disposición sobre el consentimiento, la ley federal de trata vigente adopta la visión de los grupos que, a finales del s. XIX, pugnaron por que los instrumentos jurídicos no tomaran en cuenta el consentimiento de las víctimas como una cuestión relevante en los juicios sobre trata de personas. La disposición sobre la irrelevancia del consentimiento materialmente impide que la *víctima* consienta —incluso sobre la base de una voluntad plena, informada y demostrable— la

¹⁵⁸ Ver Nota Interpretativa de las Naciones Unidas 19, en ANN JORDAN, GUÍA ANOTADA DEL PROTOCOLO COMPLETO DE LA ONU CONTRA LA TRATA DE PERSONAS 13 (Global Rights, 1ª edición, 2005).

¹⁵⁹ Ver Minuta Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas; y se reforma y adiciona la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada y el Código Federal de Procedimientos Penales; y reforma, adiciona y deroga el Código Penal Federal, Comisiones Unidas de Justicia, de Derechos Humanos y de Estudios Legislativos de la Cámara de Diputados, LX Legislatura (2007).

¹⁶⁰ Ver Iniciativa que reforma el artículo 6 de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, a Cargo de la Diputada Cora Cecilia Pinedo Alonso, del Grupo Parlamentario de Nueva Alianza, Cámara de Diputados, LXI Legislatura, Gaceta Parlamentaria No. 2870-II (2011).

¹⁶¹ LGTP, art. 40, supra nota 42.

realización de las conductas *descritas por los tipos penales pertinentes*.¹⁶² La teoría que subyace a esta disposición afirma que el consentimiento que dan quienes se involucran en la prostitución o la pornografía *nunca* puede ser *realmente* válido. Según esta teoría, una aparente voluntad plena e informada no es más que el reflejo de la ausencia de alternativas reales, el abuso previo, la desesperación, la necesidad económica, entre otras situaciones.¹⁶³ En México, dicha visión contó con el apoyo de algunas organizaciones de la sociedad civil durante la elaboración de las leyes sobre trata.¹⁶⁴

La disposición vigente sobre el consentimiento tiene, al menos, dos problemas importantes. El primero es de carácter teórico y el segundo es de carácter práctico. El problema teórico de la disposición radica en que se olvida de todo el valor que el ordenamiento jurídico mexicano y el derecho penal otorgan a la voluntad de las personas. En general, el ordenamiento jurídico mexicano actual se orienta por la idea de que todos los seres humanos tienen derechos inherentes a su condición humana. La Constitución y los tratados internacionales reconocen esta idea al incluir los *derechos humanos* como parte del derecho positivo. Esta idea tiene al ser humano en el centro. La imagen del ser humano con derechos inherentes presupone a un

¹⁶² Tratándose de los delitos de explotación sexual, el consentimiento tiene que ver con permitir que terceros se apropien de los frutos del trabajo sexual ajeno (arts. 13, 14 y 19) y, en algunos tipos penales, involucrarse en el trabajo sexual (como en el caso del art. 15 y 20).

¹⁶³ CATHERINE A. MACKINNON, *supra* nota 115 en 248.

¹⁶⁴ Las organizaciones tuvieron —y aún tienen— incidencia en los procesos de discusión de las leyes nacionales sobre trata y al interior de las instituciones de gobierno. Por ejemplo, la Directora Regional de CATLAW, la mexicana Teresa Ulloa, aparece citada en la iniciativa de ley federal de trata de 2012. Ver Iniciativa que reforma el artículo 6 de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, a Cargo de la Diputada Cora Cecilia Pinedo Alonso, del Grupo Parlamentario de Nueva Alianza, *supra* nota 160. Más aún, junto con Instituto de las Mujeres del Distrito Federal, CATLAW elaboró un proyecto para el programa nacional contra la trata de personas en el Distrito Federal. Ver Diagnóstico de las causas estructurales y sociales de la trata de personas en la Ciudad de México (CATLAW, INMUJERES D.F., 2012). Y aunque CATLAW no elaboró un proyecto similar a nivel federal, su iniciativa local se encuentra citada en el Programa Nacional de Combate contra la Trata de Personas. Ver Programa Nacional para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos 2014-2018, D.O.F. 30/04/2014 (2014). Otro ejemplo: Rosy Orozco, ex-diputada federal y actual Presidenta de la Comisión Unidos Contra la Trata, no sólo impulsó la aprobación de leyes de trata en el país sino que ha suscrito acuerdos con importantes fuerzas políticas en el país para asegurar que la trata continúe dentro de la agenda política. Ver *Unidos Vs la Trata y Morena Firman Convenio de Colaboración Contra la Trata de Personas*, COMISIÓN UNIDOS CONTRA LA TRATA (23 DE MARZO, 2015), <http://comisionunidosvstrata.org/unidos-morena/>; *Movimiento Ciudadano y la Comisión Unidos contra la Trata, A.C., firmaron un compromiso de colaboración para la erradicación de la trata de personas*, COMISIÓN UNIDOS CONTRA LA TRATA, <http://comisionunidosvstrata.org/mov-ciuda/>

individuo capaz de discernir y elegir: con voluntad. Esto se refleja, por ejemplo, en la protección que el artículo 1º constitucional da al libre desarrollo de la personalidad.¹⁶⁵ Lo que busca esta protección es que las autoridades y los particulares respeten la capacidad del individuo de “elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida”.¹⁶⁶ La voluntad individual es el presupuesto fundamental para llevar a cabo esa elección. En ese sentido, la voluntad es la base de la protección del artículo 1º constitucional. Otros artículos constitucionales —como el 5º, que prevé la libertad de trabajo— parten de la misma lógica.¹⁶⁷ Cuando la ley federal de trata considera irrelevante al consentimiento, los legisladores transgreden el derecho que tienen las personas a exteriorizar su voluntad: a decidir.

En particular, el derecho penal mexicano recoge esta idea en el Código Penal Federal.¹⁶⁸ Este instrumento considera al consentimiento de la víctima como una causa de exclusión del delito. La idea que subyace en estos artículos es que, cuando la supuesta víctima ha consentido en que se realice una conducta típica, el bien que tutela el tipo penal no está siendo realmente lesionado. A pesar de que los supuestos de la ley se satisfacen formalmente, el sujeto pasivo del delito ha abandonado la defensa de los bienes que le pertenecen y, en ese sentido, la disposición de dichos bienes no genera *daños*. El derecho penal no tiene que intervenir en los casos en que no hay lesión de los bienes protegidos por la ley, porque la violencia derivada del uso del derecho penal excede la derivada de la afectación a dichos bienes.

El problema práctico está en que, respecto de los tipos penales particulares *que no contienen medios comisivos*, la mera realización de una actividad sexual remunerada —aunque voluntaria— constituye un delito.¹⁶⁹ El consentimiento de la *víctima* no impide que el delito se configure porque, por mandato legal, éste no

¹⁶⁵ [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Diciembre de 2009; Pág. 8. P. LXV/2009.

¹⁶⁶ [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXX, Diciembre de 2009; Pág. 7. P. LXVI/2009.

¹⁶⁷ El artículo 5º prevé la libertad de trabajo. El trabajo se entiende una libertad porque las personas tienen el derecho a elegirlo sin intervención del Estado, siempre que —en términos del artículo 5º— se trate de una actividad ilícita; que no se afecten derechos de terceros, y que no se afecten derechos de la sociedad en general. En ese sentido, la voluntad de las personas se respeta en un primer momento. Sólo si se exceden ciertos límites, el Estado está facultado para restringir esa libertad.

¹⁶⁸ Ver CPF, art. 15, fr. I, *supra* nota 36. Ver (aunque su entrada en vigor esté pendiente hasta el año próximo) también Código Nacional de Procedimientos Penales [CNPP], art. 405, fr. I y II (Mx.).

¹⁶⁹ No pasa lo mismo en los delitos que contienen medios comisivos porque la mera acreditación del tipo penal implica que el consentimiento está viciado.

excluye la responsabilidad penal del tratante. Esto implica asimilar el trabajo sexual con la trata de personas.

Los casos más preocupantes son dos: (1) la producción y la distribución de material pornográfico (artículos 14 y 15) y (2) la celebración de contratos lícitos en los que se pactan la naturaleza, la frecuencia y las condiciones de los servicios sexuales (artículo 20). En ambos supuestos, la ley no considera importante que los prestadores de servicios y los terceros que se benefician del trabajo sexual ajeno mantengan condiciones de respeto y profesionalismo. El bienestar y la aquiescencia de quienes trabajan con o para otras personas dentro del mercado sexual son legalmente *irrelevantes*. Aunque los trabajadores sexuales y los terceros involucrados consientan participar en el mercado sexual, la ley califica sus actividades como delito sin importar que todos ellos *quieran* realizarlas. Ni los trabajadores sexuales ni los terceros involucrados pueden alegar en contra de la aplicación de la ley de trata en casos de consentimiento válido: materialmente, la ley los deja sin defensa.

Frente a este escenario, este documento propone que la ley federal de trata considere que el consentimiento es relevante para excluir el delito, siempre y cuando sea válido. Para que sea válido, el consentimiento debe ser libre. Un consentimiento es libre cuando carece de vicios y, además, es otorgado por alguien con capacidad para consentir, con comprensión del acto y en pleno uso de sus facultades. El consentimiento no puede excluir el delito si concurren vicios o la persona que lo otorga es incapaz, no comprende el significado del hecho o no está en uso de sus facultades mentales. Además, el consentimiento no es algo que se da de manera definitiva. Todo consentimiento inicial debe anularse en el momento en el que se presentan signos de engaño u otros medios comisivos, o la persona haya perdido su capacidad para consentir o comprender una conducta.

El esquema anterior se antoja viable en México por razones jurídicas, por un lado, y razones prácticas, por otro. Jurídicamente, el consentimiento es la clave para distinguir entre dos terrenos que la Constitución reconoce. El primer terreno es el de las libertades. Como se menciona unos párrafos arriba, los artículos 1º y 5º constitucionales reconocen la libertad que tienen las personas para elegir qué hacer y cómo hacerlo. El segundo terreno es el de las prohibiciones. Si una persona ve

mermada su voluntad a través del engaño, las amenazas u otros medios, el caso particular —mas no las actividades sexuales en general— no merece la protección del régimen de las libertades (pues no hay libertad en absoluto). Sólo en el momento en que los terceros que se involucran en las actividades sexuales pasan por encima de la voluntad de una persona, dicho involucramiento se debe sancionar por constituir esclavitud o una restricción indebida de los derechos de las personas. Estos hechos dejan de formar parte del terreno de las libertades y se trasladan al de las prohibiciones, también reconocidas en el artículo 1º y 5º constitucionales. El artículo 1º prohíbe la esclavitud y el 5º dice que será restringida la actividad de trabajo cuando se afecten derechos ajenos o intereses de la sociedad.

Para ser congruentes con la Constitución, es necesario distinguir el trabajo, por un lado, y la esclavitud o la restricción indebida de los derechos de terceros, por el otro. La voluntad de las personas para participar en una actividad es la clave de esta distinción. Prohibir una actividad que no ocasiona los daños descritos en los artículos 1º y 5º constitucionales implica trasladar, injustificadamente, una libertad al terreno de las prohibiciones. Puesto que soslaya la voluntad de las personas, esta prohibición también implica vulnerar los bienes que el derecho penal protege: el libre desarrollo de la personalidad, por mencionar un ejemplo. Ejercer el trabajo sexual o involucrarse como tercero en la industria sexual puede formar parte del proyecto de vida de una persona. En este caso, un régimen penal que prohíbe las actividades sexuales e ignora la voluntad individual lastima (no protege) los derechos de las personas. La regulación sobre el consentimiento debe garantizar que la voluntad de las personas sea plena, no anularla de plano.

Fácticamente, quienes defienden la irrelevancia legal del consentimiento afirman que esta disposición tiene dos ventajas en los procedimientos contra tratantes y proxenetas. Una: la carga de la prueba no recae sobre las víctimas. Dos: la policía puede realizar una investigación sin necesidad de demanda ni de cooperación de la víctima.¹⁷⁰ Sin embargo, la afirmación es imprecisa y problemática.

¹⁷⁰ Iniciativa que reforma el artículo 6 de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, a Cargo de la Diputada Cora Cecilia Pinedo Alonso, del Grupo Parlamentario de Nueva Alianza, supra nota 160.

Es imprecisa porque introducir una cláusula que condicione la validez del consentimiento a la inexistencia de los medios comisivos no tiene el efecto de, simplemente, pasar a la víctima la carga de la prueba. El Ministerio Público y la víctima tendrían que probar la existencia de medios comisivos. No obstante, el principal efecto de la cláusula es que el presunto tratante tendría que probar la existencia del consentimiento libre de la víctima. Más aún, el Ministerio Público ya está obligado a probar los medios comisivos —al menos en los tipos penales que los contienen (arts. 13, 14 y 19). Al respecto, una cláusula condicionante del consentimiento no crea obligaciones adicionales para el Ministerio Público o la víctima. La diferencia está en que el presunto tratante tendría que probar que la víctima consintió a las conductas descritas por los tipos penales de la ley federal de trata.¹⁷¹ Las consecuencias de esta nueva carga son distintas, según se trata de los tipos penales que contienen medios comisivos o de aquellos que no los tienen. Tratándose de los tipos penales que contienen medios comisivos, el consentimiento, aunque probado, se vuelve irrelevante una vez que los medios comisivos hayan sido evidenciados.¹⁷² Sin embargo, desde la perspectiva del trabajo sexual, la función (hasta hoy, inexistente) más importante del consentimiento se da en aquellos tipos penales que no contienen medios comisivos. En estos casos, el delito actualmente se configura cuando se demuestra que la supuesta víctima *desempeñó* una actividad

¹⁷¹ Los acusados por el delito de trata suelen presentar, como defensa, el consentimiento de la víctima para participar en las actividades sexuales remuneradas, pero no para acceder a las *condiciones abusivas* que va a implicar la actividad. Ver Sentencia Definitiva a los autos de la causa 15/2014, supra nota 67; Amparo en Revisión 275/2010, supra nota 67; Proceso 193/2013-IV, supra nota 66. Este no es el tipo de consentimiento que la ley de trata exigiría demostrar si se aceptara el consentimiento para excluir la responsabilidad penal. No se trata, sin más, de haber aceptado entrar en la industria sexual, sino de efectivamente haber aceptado la *comisión del delito, tal como lo describe el tipo penal respectivo*.

¹⁷² Es necesario aclarar que introducir una cláusula que condicione la validez del consentimiento a los medios comisivos obliga al Ministerio Público a armar sus casos con mayor solidez. Es decir, los tratantes tendrían el incentivo de argumentar que la víctima consintió a la explotación plenamente, es decir, que la víctima *dijo sí al abuso libremente*. Para evitar que el juez sólo tenga a la mano dos pruebas contradictorias entre sí para resolver el caso (la declaración del presunto tratante y el testimonio de la presunta víctima), el Ministerio Público tiene que mejorar sus investigaciones. Hasta ahora, el método típico de detención de presuntos tratantes ha sido la flagrancia. La investigación del Ministerio Pobre es pobre, porque se alimenta de las pruebas recaudadas durante el proceso penal y no de una investigación profunda (que incluya distintos tipos de pruebas). Esta disposición obliga al Ministerio Público a abandonar sus métodos tradicionales de hacer justicia. En ese sentido, la cláusula en comento sí impone una carga adicional al Ministerio Público. No obstante, esta es la carga mínima que deben tener los órganos acusadores en un Estado que respeta las garantías del acusado tanto como las de la víctima (Estado constitucional de derecho).

sexual remunerada. Con una cláusula que permita reconocer el consentimiento, los acusados podrían defenderse al probar que la víctima *quiso desempeñar* dicha actividad. Los jueces, primero, tendrían que estimar la validez de las pruebas del Ministerio Público relacionadas con los medios comisivos; después, tendrían que estudiar las pruebas de la defensa, para ver si éstas refutan la evidencia del Ministerio Público.

La afirmación también es imprecisa porque la oficiosidad de la investigación, persecución y sanción de un delito es independiente de la regulación del consentimiento de la víctima. El artículo 7º, fracción III, de la ley federal de trata establece que el Ministerio Público y la policía pueden iniciar, de oficio, la indagatoria por el delito de la trata. En los delitos que se investigan de oficio, la acción penal no se extingue por voluntad de la víctima. La razón es que el Estado tiene un interés especial en la persecución y sanción de esos delitos; de ahí que permita a la autoridad iniciar la investigación sin que haya denuncia o querrela. Contrario a lo que afirman los defensores de la irrelevancia del consentimiento, el consentimiento no puede extinguir la acción penal.

Asimismo, la afirmación es problemática porque no toma en cuenta la forma en que se llevan a cabo las detenciones en casos que involucran trata con fines de explotación sexual. Las detenciones involucran operativos sorpresa, detenciones en flagrancia, siembra de evidencia, uso incorrecto de las pruebas y otra clase de irregularidades.¹⁷³ Ante este escenario, incluir una disposición que valide el consentimiento bajo ciertas circunstancias puede balancear el proceso penal a favor de los presuntos responsables y las supuestas víctimas. Probar el consentimiento puede evitar que los trabajadores sexuales y otras personas que participan respetuosa y profesionalmente en la industria del trabajo sexual sean calificados como víctimas e, incluso, tratantes y explotadores.

A manera de conclusión, la cláusula sobre la irrelevancia del consentimiento en la ley federal de trata transgrede las libertades de las personas y plantea problemas en la interpretación y aplicación de la ley. En aquellos delitos que no contienen medios

¹⁷³ Ver supra notas 109 y 110.

comisivos, la disposición vigente sobre la irrelevancia del consentimiento deja *sin defensa* a quienes participan voluntariamente en el mercado sexual. La existencia de una cláusula que tome en cuenta los medios comisivos y otras cuestiones para descartar el consentimiento permite que los trabajadores sexuales demuestren que desempeñan actividades sexuales remuneradas *voluntariamente*. Es necesario que los legisladores consideren que la disposición sobre *consentimiento* debe estar relacionada con los *medios comisivos* y la capacidad para consentir y comprender un hecho. El consentimiento se debe descartar *porque* existen pruebas de su invalidez: *no porque* existe una disposición que lo desacredite por definición.

Además, es importante que el Ministerio Público y los jueces entiendan el significado del consentimiento en el contexto de la trata. También es importante que conozcan la fenomenología del delito y estén sensibilizados ante la perspectiva de género y los derechos humanos. Es posible que los tratantes intenten alegar, indebidamente, que sus víctimas consintieron a la explotación en cualquier caso. La policía, el Ministerio Público y los jueces deben estar preparados para detectar aquellos casos en que el consentimiento de la víctima es una defensa genuina y aquellos casos en que no lo es.

III. Conclusiones

A lo largo de este texto, se muestran los problemas de redacción (ambigüedades) y aplicación (complejidades) de la ley federal de trata. Todos estos problemas tienen en común que obstaculizan el reconocimiento pleno del trabajo sexual. El texto reúne dichos problemas en seis grupos. El primer grupo de problemas tiene que ver con la penalización del delito de trata y los delitos conexos en la ley federal de trata. La falta de claridad sobre el carácter autónomo del delito de trata y los delitos conexos plantea problemas de subinclusión y suprainclusión en la aplicación de la ley. Este problema se agrava, en el ámbito local, por la falta de homogeneidad de las leyes locales sobre trata, las cuales no siempre distinguen entre trata y delitos conexos. El problema también se agrava por la falta de armonía entre estos delitos y las categorías delictivas relacionadas. Por ejemplo, el delito de lenocinio igual puede concurrir, o no, con los

delitos de trata y explotación o puede sustituirlos —según el criterio del juez. Esto se traduce en inseguridad jurídica para quienes se involucran en el mercado sexual, pues no son claras las consecuencias que acarrearán las actividades sexuales remuneradas (voluntarias o coactivas). Mientras esta falta de claridad se mantenga, será imposible involucrarse en el trabajo sexual con la certeza de que el derecho ampara dicho involucramiento.

El segundo grupo de problemas tiene que ver con el uso de los términos *explotación de la prostitución ajena* y *explotación sexual* en la ley federal de trata. No queda claro qué quieren decir los legisladores cuando hablan de *explotación sexual* — y, su variante, la *explotación de la prostitución ajena*—, pues utilizan este término para referir actividades tanto voluntarias como coactivas. El problema es que la indeterminación del término *explotación* ocasiona que su contenido sea definido por la discrecionalidad de los jueces. ¿El trabajo sexual es *explotación*? Algunos jueces pueden responder que sí; otros, que no. Igual que con el primer grupo de problemas, quienes se involucran en el trabajo sexual no pueden tener la certeza de que su actividad es lícita.

El tercer grupo de problemas se refiere a la penalización de *toda* prostitución mediante el *abuso de poder* y el *aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad* de la víctima. La extensión indeterminada de ambos conceptos plantea problemas prácticos, porque los casos que, de otro modo, serían lícitos caen dentro del espectro de la ley federal de trata. Este problema afecta desproporcionadamente a las personas que se involucran en el trabajo sexual. Prácticamente, siempre se puede considerar que los terceros que se benefician del trabajo sexual *abusan de su poder* sobre los trabajadores. Del mismo modo, casi siempre se puede considerar que los trabajadores sexuales se encuentran en una *situación de vulnerabilidad*. La ambigüedad de la ley y la consecuente flexibilidad en la interpretación judicial se agravan por la forma en que se llevan a cabo las detenciones e investigaciones en materia de trata y delitos afines. Esto plantea un riesgo latente para quienes se involucran en el trabajo sexual, pues su involucramiento prácticamente siempre se puede interpretar como un delito.

El cuarto grupo de problemas se limita al campo de la pornografía: una industria que trata de emerger en medio del prohibicionismo de la ley federal de trata.

Los artículos 14 y 15 tienen un enfoque prohibicionista absoluto frente a la producción, la distribución y la comercialización de material pornográfico. Mientras estas disposiciones no se modifiquen, el trabajo sexual en la pornografía siempre podrá interpretarse como trata de personas.

El quinto grupo de problemas afecta la celebración de contratos sexuales y se ubica en los artículos 19 y 20 de la ley federal de trata. Por una parte, el artículo 19 tiene dos problemas. El primer problema del artículo 19 es que está desarticulado. Otro problema es que no sanciona una conducta autónoma. Por su parte, el artículo 20 también tiene dos problemas. El primer problema es que el artículo se contradice: permite el trabajo sexual pero lo restringe casi al grado de anularlo. El segundo problema radica en la innecesaridad del artículo. El artículo 20 sanciona conductas que no dañan el bien jurídico que la ley protege. Sancionar penalmente conductas inocuas es innecesario. Desde la perspectiva del trabajo sexual, ¿por qué esto está mal? El artículo 19 da inseguridad jurídica, pues no queda claro qué pena corresponde a la conducta prevista en dicho artículo y en los artículos 10 y 13 de la ley federal de trata. Además, el artículo 20 restringe excesivamente la libertad de las partes en los contratos sexuales o la sanciona innecesariamente.

Por último, el sexto grupo de problemas se encuentra en la disposición sobre el consentimiento. Uno de estos problemas, de carácter teórico, radica en que la disposición se olvida de todo el valor que el ordenamiento jurídico mexicano y el derecho penal otorgan a la voluntad de las personas. El segundo problema, de carácter práctico, consiste en que la mera realización de una actividad sexual remunerada —aunque voluntaria— constituye un delito, respecto de los tipos penales particulares que no contienen medios comisivos. A través de la disposición del consentimiento, la ley impide que los trabajadores sexuales y los terceros que se benefician del trabajo sexual ajeno exijan que sus actividades (lícitas) se distingan de la trata de personas.

En vista de este ambiguo y complejo escenario, a lo largo de este texto, se formulan algunas recomendaciones para que la ley federal de trata sea más respetuosa del trabajo sexual. Estas recomendaciones se enlistan a continuación:

- Es necesario regular los delitos de explotación de forma independiente en la ley penal sustantiva o, en su defecto, considerarlos plenamente en la denominación y las disposiciones específicas de la ley de trata.
- Es necesario que los códigos penales y las leyes de trata locales armonicen criterios en relación con la existencia autónoma de los delitos de trata y explotación.
- Es necesario revisar la congruencia entre el delito de trata, el de explotación y las categorías delictivas afines (como el lenocinio), a efecto de evitar confusión típica.
- Dada su indeterminación práctica, es necesario reevaluar la existencia del término *explotación* en la ley federal de trata. La *explotación* puede ser sustituida por términos más concretos, como el *beneficio económico*. Empero, en caso de mantener el término, sería conveniente referirlo sólo a los tipos penales que incluyen medios comisivos; incluir medios comisivos en todos los tipos penales de trata con fines de explotación sexual; o eliminar los tipos penales que no contienen medios comisivos.
- Es necesario capacitar a los aplicadores de la ley. Es imposible diseñar un derecho penal tan exhaustivo y completo que excluya la necesidad de interpretar la ley. La policía, el Ministerio Público y los jueces deben entender cabalmente el delito de trata y los delitos conexos desde la perspectiva de la dogmática penal. También deben conocer la fenomenología del delito y estar sensibilizados ante la perspectiva de género y los derechos humanos.
- Es necesario reevaluar la existencia del *abuso de poder* y el *aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima*, ya que reducen al mínimo los estándares de argumentación y prueba en los juicios sobre trata.
- Es necesario corregir los artículos 14 y 15. En especial, los legisladores deben revisar la extensión de ambos artículos, pues actualmente prohíben la producción, la distribución y la comercialización de *todo* material pornográfico.
- Es necesario eliminar el artículo 19 o dotarlo de contenido autónomo (evitando tipos penales innecesarios), pues actualmente dicho artículo se subsume en los

artículos 10 y 13 de la ley federal de trata. En caso de conservarlo como delito autónomo, es necesario revisar la congruencia interna del artículo.

- En relación con el artículo 20, los legisladores deben evitar contradicciones: si se va a reconocer el trabajo sexual, esto se debe hacer total y consistentemente. Los legisladores deben reevaluar la fracción II, por un lado, y las fracciones III a VI, por el otro. Respecto de la fracción II, es necesario que los legisladores definan los límites que la fracción impone a la autonomía de las partes. Respecto de las demás fracciones, los legisladores deben preguntarse si se justifica el uso del derecho penal para sancionar los contratos sexuales en que una de las partes renuncia a sus libertades.
- Es necesario que los legisladores consideren que el consentimiento no debe considerarse irrelevante por definición. La disposición sobre consentimiento debe estar relacionada con los medios comisivos, por una parte, y la capacidad para consentir y comprender un hecho, por otra parte.
- Es necesario que la policía, el Ministerio Público y los jueces sean capacitados respecto de la importancia del consentimiento en el contexto de la trata.

Estas son algunas recomendaciones. No obstante, la lista no es exhaustiva. Se trata de incorporar la perspectiva del trabajo sexual a lo largo de toda la ley de trata, no sólo de hacer algunas adecuaciones semánticas. Incorporar la perspectiva supone hacer preguntas que replanteen la existencia misma de los delitos sobre explotación sexual. Por ejemplo: ¿por qué sancionar la explotación sexual aparte, y no como una especie de la explotación laboral o el trabajo forzado? Responder esta clase de preguntas permitirá articular mejor los regímenes de trata y trabajo sexual. Además, incorporar la perspectiva del trabajo sexual no sólo debe conllevar un cambio en el texto legal: los impartidores de justicia deben internalizar que el trabajo sexual no es trata de personas y que, al sancionarlo como tal, se pervierte el uso del derecho penal. Los impartidores de justicia deben estar claros en que, independientemente de nuestra opinión individual sobre el trabajo sexual, el derecho no está para imponer morales particulares. En se sentido, mientras el trabajo sexual (la prostitución voluntaria)

exista y no dañe a las personas, todas las personas debemos exigir que se respete a través —y aun en contra— de la ley.

Regresando al párrafo inicial de este texto: recientemente, han sido presentadas muchas propuestas para legalizar el trabajo sexual. Sin embargo, al no proponer reformas complementarias en la ley federal de trata, los legisladores condenan al incipiente régimen de trabajo sexual al fracaso. Dado que la ley de trata vigente no siempre reconoce y respeta las actividades relacionadas con el trabajo sexual, legalizar tendría un efecto mínimo (si alguno) en las condiciones en que las personas ejercen el trabajo sexual o se benefician del trabajo sexual ajeno. Hay que entender que el régimen del trabajo sexual no puede subsistir si no se articula con el régimen de trata. La legalización no va a acabar con el abuso a los trabajadores sexuales y a los terceros que se benefician del trabajo sexual ajeno. En este contexto, el régimen de trata serviría para hacer valer la *libertad* de estas personas para involucrarse en el mercado sexual.

Al tiempo en que es apoyado por el régimen de trata, el régimen del trabajo sexual podría ayudar a la implementación de la ley de trata. Por ejemplo, las normas sobre trabajo sexual podrían fijar estándares para saber cuál es la expectativa de comportamiento *lícito* de los trabajadores sexuales, los terceros que se benefician del trabajo ajeno y los clientes. Por debajo de los mínimos permitidos, se podría discutir si se justifica el derecho penal para sancionar las conductas en que incurren las personas. Sin embargo, por encima de ese mínimo, las partes estarían en aptitud de pactar sin la esquizofrénica amenaza del régimen penal.

**Ambigüedades y complejidades:
la ley de trata con fines de explotación sexual y el no reconocimiento del
trabajo sexual en México**

Índice

- I. El marco legal sobre trata de personas con fines de explotación sexual en México. **Página 3**
 - a. *Las asistemáticas reglas sobre trabajo sexual.* **Página 3**
 - b. *La amplitud del régimen de trata.* **Página 5**
 - c. *Presiones desde fuera: el impulso al delito de trata.* **Página 11**
- II. Ambigüedades y complejidades de la ley federal de trata de personas: una mirada desde el reconocimiento del trabajo sexual. **Página 12**
 - 1. La trata con fines de *explotación de la prostitución ajena* y otras formas de *explotación sexual* (arts. 4, fr. XII y XVII; 10; 13 a 20; y 40). **Página 12**
 - 2. Problemas del diseño y la aplicación de la ley federal de trata en el ámbito sexual: un obstáculo para el pleno reconocimiento del trabajo sexual. **Página 17**
 - a. Separados y desiguales: la penalización del delito de trata y los delitos conexos. **Página 17**
 - b. La terminología importa: *explotación* de la prostitución *ajena* y otros delitos de *explotación sexual*. **Página 22**
 - c. Penalizando *toda* prostitución: el *abuso de poder* y el *aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad* de la víctima. **Página 29**
 - d. Pornografía: una industria que emerge en medio del prohibicionismo. **Página 36**
 - e. Contratos sexuales (artículos 19 y 20). **Página 44**
 - f. Consentimiento. **Página 49**
- III. Conclusiones. **Página 58**

* Área de Derechos Sexuales y Reproductivos, CIDE. Agradezco a Marta Lamas y Mario Luis Fuentes por invitarme a participar en la Cátedra Extraordinaria “Trata de Personas” (UNAM). Agradezco a Alejandro Madrazo (CIDE), Eloy Morales (UAA) y Daniel García por su asesoría y sus observaciones.