



Revista de Estudios Sociales

ISSN: 0123-885X

res@uniandes.edu.co

Universidad de Los Andes

Colombia

Abadía, Gloria

Usos y abusos del sistema penal. Su uso como forma de emancipación femenina: un estudio de caso
del delito de trata de personas en Colombia

Revista de Estudios Sociales, núm. 42, abril, 2012, pp. 104-117

Universidad de Los Andes

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=81523235010>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Usos y abusos del sistema penal.

Su uso como forma de emancipación femenina: un estudio de caso del delito de trata de personas en Colombia*

por **Gloria Abadía****

Fecha de recepción: 9 de junio de 2010
Fecha de aceptación: 20 de diciembre de 2010
Fecha de modificación: 4 de junio de 2011

RESUMEN

Esta investigación pretende evidenciar lo que en la práctica judicial significó la modificación legislativa del delito de trata de personas, que con anterioridad a la reforma del año 2002 se encontraba descrito simplemente como una especie de proxenetismo, para luego ser modificada su ubicación sistemática en el Código Penal dentro de los delitos que pretenden proteger la autonomía personal y la libertad individual. Esta modificación consistió, en términos generales, en considerar que el bien jurídico vulnerado ya no sería la libertad sexual sino principalmente la autonomía y la libertad individual, ampliándose la conducta criminal no sólo para casos de prostitución forzada sino, al darse un énfasis legal a la autonomía personal y a la libertad individual, a todos los casos de explotación sexual, incluso consentida. A partir de un estudio de caso, el propósito del estudio fue descubrir ese funcionamiento en la práctica judicial y evidenciar cuáles son los efectos latentes y cómo predominan sobre los manifiestos o puramente simbólicos. Los resultados indicaron que existe una tendencia en el sistema penal a operar en la práctica bajo la misma lógica de la permisividad de la explotación de la prostituta en el comercio sexual, presumiendo, en consecuencia, la existencia de su consentimiento y, con ello, haciendo insustancial el esfuerzo legal por criminalizar todo acto, consentido o no, de explotación.

PALABRAS CLAVE

Tráfico de personas, derecho penal, prostitución, explotación sexual, proxenetismo.

Uses and Abuses of the Criminal Justice System Regarding Feminine Emancipation: A Case Study of the Crime of Trafficking in Persons in Colombia

ABSTRACT

This article examines what changes to the law regarding the crime of Trafficking in Persons has meant for judicial practice. Before the 2002 reform, this criminal offence was described simply as a sort of procuring. The reform moved the crime to a different chapter of the Penal Code: from the chapter on crimes against sexual freedom to the chapter on crimes against personal autonomy and individual freedom. This legislative change means that the crime is not only limited to cases of forced prostitution but also applies to cases of consensual sexual exploitation. Based on a case study, the aim of this article is to analyze how the legislative change has altered judicial practice. The findings presented here indicate that there is a tendency in the criminal justice system to continue operating under the previous logic of permitting the exploitation of sex workers during acts of prostitution, thus undermining the legal effort to criminalize all acts of sexual exploitation, whether consensual or not.

KEY WORDS

Immigration, European Union, Economic Crisis, Latin America.

* El artículo está basado en el trabajo de investigación doctoral, centrado en las relaciones entre feminismo, derecho penal y criminología feminista.

** Abogada y especialista en derecho penal y criminología de la Universidad Externado de Colombia. Máster en Teoría del Derecho y estudiante del doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes. Investigadora del Centro de Investigaciones Sociojurídicas (Cijus) y profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Correo electrónico: gm.abadia126@uniandes.edu.co

Usos e abusos do sistema penal. Seu uso como forma de emancipação feminina: um estudo de caso do delito de tráfico de pessoas na Colômbia

RESUMO

Esta pesquisa pretende evidenciar o que na prática judicial significou a modificação legislativa do delito de tráfico de pessoas, que, com anterioridade à reforma do ano 2002, encontrava-se descrito simplesmente como uma espécie de proxenetismo, para logo ser modificada sua localização sistemática no Código Penal dentro dos delitos que pretendem proteger a autonomia pessoal e a liberdade individual. Essa modificação consistiu, em termos gerais, em considerar que o bem jurídico vulnerável já não seria a liberdade sexual mas sim, e principalmente, a autonomia e a liberdade individual, ampliando-se a conduta criminal não só para casos de prostituição forçada mas também, ao se dar uma ênfase legal à autonomia pessoal e à liberdade individual, a todos os casos de exploração sexual, inclusive consentida. A partir de um estudo de caso, o propósito do estudo foi descobrir esse funcionamento na prática judicial e evidenciar quais são os efeitos latentes e como predominam sobre os manifestos ou puramente simbólicos. Os resultados indicaram que existe uma tendência no sistema penal a operar na prática sob a mesma lógica da permissão da exploração da prostituta no comércio sexual, presumindo, em consequência, a existência de seu consentimento e, com isso, fazendo insubstancial o esforço legal por criminalizar todo ato, consentido ou não, de exploração.

PALAVRAS CHAVE

Tráfico de pessoas, direito penal, prostituição, exploração sexual, proxenetismo.

Ante la creciente ola de tráfico de seres humanos con propósitos ilícitos adicionales a los considerados puramente sexuales, la comunidad internacional, mediante la suscripción de la Convención Internacional contra el Crimen Transnacional Organizado (2000), amplió el ámbito de aplicación del delito de trata de personas e incluyó también al tráfico con fines de explotación laboral, servidumbre, esclavitud o extracción de órganos.

Bajo tal visión, en Colombia aparece criminalizada la trata de personas como una protección al bien jurídico de la libertad individual, y no ya exclusivamente para proteger la libertad, integridad y formación sexuales, como estaba establecido con anterioridad a la reforma al Código Penal efectuada por la Ley 747 de 2002,¹ en

donde se enmarcaba esa conducta como una especie de proxenetismo. Bajo tal normatividad, se debía establecer como límite a la criminalización el que la víctima hubiese sido forzada o constreñida de alguna manera al comercio sexual, pues la prostitución consentida no es un delito en nuestra legislación.

Posteriormente, en 2005, operó en el país una nueva reforma legal (la Ley 985 de 2005), por medio de la cual se adoptaron medidas adicionales contra la trata de personas, así como para atender y proteger a las víctimas de la misma. En lo que corresponde al ámbito criminal, se modificó nuevamente el tipo penal de trata de personas, ampliándose otra vez la descripción que había presentado la Ley 747 de 2002. En esta nueva modificación legislativa se mencionó expresamente que el consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación no constituiría causal de exoneración de la responsabilidad penal.²

1 La Ley 747 de 2002, por medio de la cual se hicieron algunas modificaciones al Código Penal (Ley 599 de 2000), realizó la mencionada modificación al tipo penal de trata de personas, así: "Artículo 188-A. Trata de personas. El que promueva, induzca, constriña, facilite, financie, colabore o participe en el traslado de una persona dentro del territorio nacional o al exterior recurriendo a cualquier forma de violencia, amenaza, o engaño, con fines de explotación, para que ejerza prostitución, pornografía, servidumbre por deudas, mendicidad, trabajo forzado. Matrimonio servil, esclavitud con el propósito de obtener provecho económico o cualquier otro beneficio, para sí o para otra persona incurrirá en prisión de diez (10) a quince (15) años y una multa de seiscientos (600) a mil (1.000) salarios mínimos legales vigentes mensuales al momento de la sentencia condenatoria".

2 La nueva modificación hecha al artículo (efectuado por el artículo 33 de la Ley 985 de 2005) quedó así: "El que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación, incurrirá en prisión de trece (13) a veintitrés (23) años y una multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Para efectos de este artículo se entenderá por explotación el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante 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, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación. El consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación definida en este artículo no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal" (resaltado fuera de texto).

En el impulso modificador de estos tipos penales tuvieron también especial importancia las redes globales y regionales, así como organizaciones feministas que, alarmadas por la degradación de mujeres traficadas, han venido aunando esfuerzos por proteger a las víctimas, y para lo cual la herramienta punitiva sigue siendo una salida plausible para controlar el fenómeno delincuencia.

Por otro lado, el descontrol de los grandes flujos de capital provenientes del tráfico ilícito de personas también fue otro factor que incidió en la ampliación de las conductas que ahora se consideran como trata de personas, así como en el incremento de las penas para este delito. Según el Comité Interinstitucional de Lucha contra la Trata de Personas, esta conducta es la tercera, luego del narcotráfico y del tráfico de armas, que genera más ganancias económicas, y, en consecuencia, se convierte en un mecanismo poderoso para el lavado de activos.³ De allí que Colombia, mediante la Ley 747 de 2002, haya incorporado al delito de lavado de activos las operaciones económicas asociadas a la trata de personas y al tráfico de inmigrantes. La cooperación en materia de lavado de activos fue vinculante para el país, y también lo fue el asignar especial atención a las denuncias por estos delitos, pues Estados Unidos, a partir de 2001, ha venido publicando un informe anual sobre los esfuerzos desplegados por los gobiernos extranjeros para eliminar estas formas delictuales. A partir de esos informes, el Gobierno de Estados Unidos podrá tomar medidas sancionatorias consistentes en eventuales retenciones de ayuda no humanitaria ni relacionada con el comercio contra los países que no tomen “medidas eficaces para contrarrestar estas conductas”.⁴

El interrogante que surge es acerca de lo que está sucediendo en la cotidianidad de la justicia penal, cuando todo ese ensamblaje persuasivo de lucha contra el crimen ya se ha asentado en leyes y corresponde a nuestros jueces y fiscales decidir los casos que ingresan al sistema penal. La idea es preguntarse no por los fines manifiestos de las

normas, sino por sus funciones latentes y por cómo operan en la práctica una vez han sido promulgadas.⁵

Y ello es significativo de cuestionar, pues el sistema penal, una vez puesto en funcionamiento, genera prácticas, resultados y desenlaces en muchas ocasiones diferentes a los asumidos por el legislador y grupos de presión, cuando se intenta, mediante un tipo penal, solucionar problemas sociales relevantes. El sistema penal, que en términos de Foucault es “un fenómeno social complejo”, no puede explicarse sólo por el derecho o la ética sino por la lógica de la política penal, “que más que castigar a los que delinquen tiende a preservar el orden social, con sus desigualdades, sus injusticias e inequidades” (Pegogaro 2004, 11). La ley penal despliega resultados que se alejan impensadamente de los ideales pretendidos, pues el sistema punitivo –la herramienta de control formal más drástica que tiene un Estado para reprimir las conductas que considera desviadas– no sólo no permite una solución del conflicto social sino que supone prácticas volubles y crea culpables diversos a los pretendidos para castigar en el momento de tipificar conductas (Baratta 1986; Hulsman, Bernat de Celis y Politoff 1984; Larrauri 1998; Zaffaroni 1991).

De allí que los efectos simbólicos del derecho penal,⁶ que le son consustanciales y siempre se ha servido de ellos para la obtención de sus fines, deben ser puestos en cuestionamiento cuando su intención preventiva

3 Comité Interinstitucional de Lucha contra la Trata de Personas. Informe. 2006. *Eje de persecución penal. Lineamientos generales sobre la trata de personas y tipologías de lavado de activos*. <http://www.tratadepersonas.gov.co> (última visita realizada el 2 de mayo de 2010).

4 Según el Informe sobre la Trata de Personas del Gobierno de los Estados Unidos, los países castigados tampoco podrán recibir financiamiento para la participación de empleados públicos en programas de intercambio educativo y cultural, e igualmente tendrán la oposición de Estados Unidos en casos de solicitud de ayuda de instituciones financieras internacionales, como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. Departamento de Estado de los Estados Unidos. 2009. *Introducción del Informe sobre la Trata de Personas*. <http://www.america.gov/st/hr-spanish/2009/> (Recuperado el 1 de marzo de 2010).

5 Debe aclararse que no toda la literatura plantea como absolutamente negativa la función simbólica del derecho penal. Hassemer, por ejemplo, explica que el derecho penal simbólico se puede dar bajo formas muy diversas, y que, en el caso del derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos, el fin preventivo de la pena (resocialización del delincuente; intimidación de la capacidad delictiva; reafirmación de las normas fundamentales) legitima la intervención punitiva: “cuanto más extensos sean los fines de la pena, más claramente aparece su contenido simbólico: persiguen, con la ayuda de una intervención instrumental del Derecho penal (en cierto modo acorde con esta práctica) transmitir (cognitiva y emotivamente) el mensaje de una vida de fidelidad al Derecho”. (Hassemer 1995, 23). Señala Hassemer (1995) que el lado crítico del derecho penal simbólico acaecería cuando el derecho penal está menos orientado a la protección de bienes jurídicos y más a efectos políticos más amplios como la satisfacción de necesidades de acción derivadas de la sociedad del riesgo (derecho penal simbólico como engaño).

6 El derecho penal moderno se cuestiona sobre cuándo resulta ilegítimo a sus fines y funciones el que una norma sobrepase los fines manifiestos, es decir, las puras condiciones objetivas de realización de la norma (función preventiva), frente a los latentes o falsamente aparentes (derecho penal simbólico, en sentido crítico o negativo), que son todas aquellas circunstancias que escapan en la práctica a esas condiciones objetivas generales de aplicación y se desvían de la pura protección de los bienes jurídicos de los coasociados. La literatura ejemplifica casos como la expedición de normas puramente declarativas de valores (como el aborto), o las leyes de crisis (como las antiterroristas, que buscan aplacar el miedo y la protesta pública), o aquellas con carácter de apelación moral (como las leyes criminales que buscan proteger el medio ambiente). Hassemer Winfried (1995) y Melossi (1996).

presente un choque evidente con los efectos materiales o instrumentales que puede conllevar la patentización de las mismas inequidades que las normas pretenden proteger por medio de la figura denominada en la dogmática penal continental como “bienes jurídicos”. Recuérdesse cómo ya desde los años sesenta las investigaciones producidas por la criminología crítica revelaron el alto grado de selectividad del sistema penal en su modo de funcionar: sólo atiende a una mínima parte de los eventos que debería administrar y lo hace en función de la condición social del infractor y de la víctima: la criminalización y la victimización son mayores en las clases más bajas, a pesar de que las normas están formalmente establecidas para todas las capas sociales (Baratta 1986).

Además, la selectividad del sistema penal implica que la ley penal funciona “mediada” por personas o instituciones, que son quienes ejercen la política penal y cuya lógica de acción tiene más que ver con las relaciones de fuerza existentes en la propia sociedad que con el enunciado del tipo penal (Pegogaro 2004). En este sentido, la selectividad no sólo indica que exclusivamente se criminaliza a sujetos débiles sino además que no se criminaliza a “sujetos poderosos” (Melossi 1996).

Esta investigación pretende sumarse a esos esfuerzos que nos imponen analizar cómo funciona nuestro sistema penal y encontrar en casos concretos las desarmonías de los efectos latentes frente a los fines declarados o simbólicos que evidencian las normas penales.⁷ Así, mediante un acercamiento a lo que ocurre en una dependencia de la Fiscalía General de la Nación que maneja asuntos relacionados con el tráfico de personas, se realiza un intento por desentrañar las dinámicas locales que surgen desde la ritualidad generada por la existencia de ese delito, y la forma en que ha operado en la práctica la modificación legal arriba señalada. A partir de un estudio cualitativo y empírico focalizado, el objetivo fue intentar descubrir algún significado preciso que se contraponga a la incuestionable finalidad preventiva de este tipo de conductas.

La hipótesis planteada es que existe discontinuidad entre el discurso global, el discurso de los movimientos de mujeres y feministas –que confluirían en la pretensión simbólica y preventiva de erradicar mediante la ley penal este tipo de conductas– y la práctica local en la aplicación del delito de trata de personas, cuyos efectos materiales distan de la pretensión legal de protección del bien jurídico “libertad y autonomía”, para casos de comercio sexual consentido.

Esos resultados tangibles y poco manifiestos resultan mayormente desconocidos por quienes se esfuerzan por insistir en el uso de lo punitivo como estrategia política de lucha. El fenómeno de la criminalidad que se hace visible en las sociedades contemporáneas, fácilmente esparcido por los medios masivos de comunicación como una amenaza potencial para todos, no da cuenta de los resultados que en concreto arroja el sistema punitivo una vez es puesto en funcionamiento, y ello es un asunto que ha de trascender en el momento de pensar cuándo y cómo debiera entrar en escena la herramienta punitiva.

El desplazamiento de la reflexión es, por lo tanto, hacia la realidad judicial punitiva y cómo se interrelaciona con los casos que llegan a su conocimiento, protagonizados por seres humanos reales, que, ya sea en su condición de víctimas o procesados, son los que terminan siendo objeto de observancia y corrección en el entretendido del sistema judicial y de las prácticas de control social penal. Un trabajo empírico que dé cuenta de esas prácticas es una manera plausible de hacer evidentes esas asimetrías entre la búsqueda emancipatoria mediante las normas penales y las pérdidas o ganancias que con tal búsqueda se pueden generar en el campo del sistema punitivo en países como el nuestro. En las líneas que siguen se presenta una lectura de lo observado. La segunda parte del escrito está dedicada a presentar las conclusiones de la investigación.

La práctica judicial del delito de trata de personas

Fundamento metodológico

Los datos que sustentan la investigación se basan en un examen detallado de una Fiscalía Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario⁸ y sus actuaciones desplegadas durante el período 2008-2010.⁹ Este despacho, conformado por la fiscal titular y su auxiliar judicial, tiene a su cargo el manejo y conocimiento de procesos relacionados con los delitos de trata de personas y tráfico de migrantes. Cuatro fiscalías adicionales a este despacho también conocen de delitos de trata de personas. Sin embargo, para efectos representativos, los procesos correspondientes a la fiscalía

7 En este mismo sentido, puede consultarse Almeda (2008).

8 La Unidad Nacional de Fiscalías de Derechos Humanos fue creada por el Fiscal General de la Nación mediante la Resolución número 0-2725 del 9 de diciembre de 1994 y tiene como función adelantar las investigaciones por violaciones graves a los derechos humanos.

9 Escogí este período, dadas las limitaciones temporales, puesto que su ampliación hubiera supuesto un espacio de tiempo mucho mayor del que disponía para la elaboración de la presente investigación.

observada reproducen adecuadamente las imágenes que pretendo evidenciar, ya que la asignación de los casos es aleatoria y corresponde al mismo número y periodicidad.

El enfoque metodológico se centró en entrevistas a profundidad a la Fiscal y a su asistente judicial. De manera paralela, se revisaron los casos (audio-videos) que cursan en la actualidad en la etapa de juicio y se realizaron entrevistas a jueces y litigantes. También se efectuó un rastreo de estadísticas y cifras que se manejan en relación con este delito. Por otro lado, se realizaron entrevistas a miembros de ONG interesados en el tema de tráfico de personas (Fundación Esperanza, Codhes, Mujeres Colombianas por la Paz, Sisma Mujer).

Descripción y análisis de lo observado

La primera vez que entrevisté a la Fiscal, me explicó de manera muy entusiasta que lo primero que debía comprender era que, por el cambio legislativo, la tipificación del delito de la trata de personas no hacía referencia únicamente a la pretensión de proteger a las mujeres víctimas de tráfico sexual, sino que se aspiraba proteger por igual a hombres y mujeres y niños por conductas como la explotación laboral o servil, dentro o fuera del territorio nacional. Me explicó también que no era un delito “muy conocido”¹⁰ y que en su práctica profesional debía “lidiar” con los jueces, quienes siempre relacionaban la conducta con la inducción a la prostitución, y que por ello le correspondía actuar, en ocasiones, más que como fiscal, como “formadora” de los mismos profesionales del derecho. Pese a su insistencia en que el delito no sólo comprendía asuntos de tráfico sexual, lo que mostraron las estadísticas de su despacho fue que, de los 14 juicios que se llevaban, tan sólo uno correspondía a explotación laboral. Al parecer, existe una constante en cuanto a que en la práctica la mayoría de procesos terminen siendo por comercio y tráfico sexual. Me explicó que los otros fiscales también mostraban la misma tendencia, no sólo respecto al escaso número de casos en juicio, sino también en la propensión a que la absoluta mayoría lo fuera por comercio sexual.

De acuerdo con el informe estadístico, para el período comprendido entre 2008 y 2010, esa Fiscalía tenía a su cargo un total de 105 actuaciones asignadas. De ese número, tan sólo cinco procesos correspondían a otros

delitos no relacionados con la trata de personas. Respecto del delito de trata de personas, los siguientes fueron los datos relevantes: 100 casos totales por trata de personas, 14 en etapa de juicio y 86 en indagación preliminar.¹¹ Esta tendencia a que el ingreso de delitos por trata de personas al sistema punitivo lo sea mayoritariamente por explotación sexual aparece también reflejada en la información presentada por la Organización Internacional para las Migraciones OIM, período 2008-2009, para el caso de Colombia (ver el cuadro 1).

Cuadro 1. Información estadística del Centro Operativo Anti Trata (COAT)

Modalidad	2008	2009	Total
1. Trata externa (desde Colombia hacia el exterior)			
Explotación sexual	31	60	91
Servidumbre	1	-	1
Explotación laboral	2	12	14
Matrimonio servil	-	2	2
En consulta	-	3	3
No aplica / NS	4	1	5
Total	38	78	116
2. Trata interna (dentro del país)			
Explotación sexual	13	11	24
Explotación laboral	1	1	2
Explotación sexual comercial	-	1	1
Explotación sexual, laboral y unión servil	1	-	1
Explotación sexual y mendicidad	1	-	1
Mendicidad	2	1	3
Servidumbre, abuso sexual y adopción ilegal	1	-	1
Servidumbre	-	1	1
Extracción de órganos	-	1	1
Sin identificar	-	3	3
Total	19	19	38

¹¹ La indagación preliminar corresponde, en el proceso oral acusatorio, a aquella etapa en la cual la Fiscalía General de la Nación (FGN), ante el conocimiento de un delito, dedica su atención al recaudo de evidencia física. Durante esta etapa, que no tiene un término definido por la ley, el fiscal desarrolla un programa metodológico que asigna a los investigadores de la Policía Judicial para que recauden evidencias que sustenten o rebatan de manera contundente su hipótesis inicial del caso. Estas diligencias son reservadas y no se conocen para el eventual procesado hasta que se eleva una solicitud ante el juez de garantías formulando la imputación. Puede pasar un término indefinido durante el cual “la carpeta” quede a disposición de la Policía Judicial y la FGN, sin que el posible acusado tenga mayores posibilidades de conocer lo que se investiga en su contra.

¹⁰ Este desconocimiento del tipo penal resulta coincidente con los hallazgos de una investigación recientemente publicada por la Universidad del Rosario con relación al delito de trata de personas, según los cuales, de acuerdo con 38 entrevistas realizadas en el país, existían funcionarios judiciales que desconocían en gran medida la estructura del tipo (Londoño *et al.* 2009).

Por su parte, el *Informe Mundial sobre la Trata de Personas de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (Unodc)* para el período 2006-2009, encontró que la explotación sexual es la forma de trata de personas detectada con más frecuencia (79%), seguida del trabajo forzado (18%). Ese organismo internacional llamó a ello un sesgo en las estadísticas y lo atribuyó al hecho de que, a diferencia de otras formas de explotación, la de la mujer suele ser visible, y por ello ha pasado a ser el tipo de trata más documentado en las estadísticas globales.

El predominio de los casos conocidos por el sistema judicial en torno al comercio sexual¹² contrasta con las elevadas cifras que muestra la comunidad internacional respecto al tráfico y explotación laboral de seres humanos. Según el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef), cada año 1,2 millones de niños son víctimas de trata, cifra que aumenta a los 2 millones cuando se contabilizan las mujeres migrantes.¹³ Por otro lado, de acuerdo con lo expuesto en la Séptima Conferencia Sudamericana sobre Migraciones (OIM), pese a señalarse que en Colombia continúa siendo difícil cuantificar la dimensión del fenómeno y el número de víctimas afectadas, el Estado colombiano se perfila como un país de origen en que el delito ocurre con diversas finalidades diferentes a la de la explotación sexual de adultos, en especial el trabajo infantil forzado y el reclutamiento forzado de menores para los grupos armados ilegales.

La criminalidad que ingresa al sistema parecería entonces oscurecer esa realidad descrita por los organismos internacionales. Además de lo dicho por la Oficina de las Naciones Unidas, otra explicación plausible de ello es que Colombia es básicamente un país “exportador” de mujeres destinadas a ejercer la prostitución,¹⁴ y, en esa medida, resultaría lógico intuir que el delito siga operando como un tema de proxenetismo.¹⁵ Una aproximación,

a primera vista, tan obvia requiere, sin embargo, escrutinios más particulares en torno a las prácticas judiciales, para comprender de qué manera ese giro que parece tan elemental se vuelve factible dentro del campo jurídico local, caracterizado por un fuerte conceptualismo dogmático que impone a sus operadores judiciales enmarcarse en los parámetros legales, y que en este caso le están imponiendo entender el tema, no ya como un ataque contra la libertad e integridad sexual, o de explotación sexual, sino, más que todo, como la protección al bien jurídico *de libertad individual y autonomía personal*. Y ello es un límite hermenéutico que cada operador jurídico, por lo general, pretende cumplir muy de cerca, atendiendo tendencias fundamentales del derecho penal moderno que le imponen legal y jurisprudencialmente vincular estrechamente la protección del bien jurídico que la norma penal pretende proteger (en este caso, la *libertad individual y la autonomía personal*) con el tipo penal en concreto (lo que se conoce como el requisito de la antijuridicidad material), y cuya omisión genera la ausencia del injusto penal, es decir, una absolución penal.

A continuación se describe la manera en que la Fiscal maneja el concepto de la *explotación* y su relación con el delito de trata de personas, a fin de entender cómo esos escasos procesos que llegan a judicializarse formalmente limitan o amplían la aplicación del tipo penal bajo la nueva legislación.

La explotación exigida por la ley penal

La Fiscal me habló del contenido con el cual, a su juicio, se debe colmar el requisito de la *explotación* de las mujeres como elemento necesario para que se pueda imputar el delito de trata de personas.¹⁶ En primer lugar, me señaló, y ello también fue reiterativamente expuesto por su asistente judicial, que los jueces, con la sola evidencia de que el caso tenía que ver con comercio sexual, consentido o no por la mujer, tendían a insistir en la continuación de los juicios por la adecuación típica del delito de trata de personas. Y ello es, en su criterio, un “mal

12 La investigación realizada por la Universidad del Rosario sobre el delito de trata de personas igualmente encontró que, entre todos los casos que tuvo a su disposición, tan sólo uno estuvo referido a una modalidad distinta a la explotación sexual.

13 Para mayor información al respecto, consultar: www.boletinunicef.org.

14 Colombia es considerado como un país de origen y de tránsito de la trata de personas. En el ámbito transnacional, los principales países de destino de las víctimas colombianas son Japón, España, Panamá, Ecuador, República Dominicana, Estados Unidos, China, Venezuela, Costa Rica, Filipinas y México. Ministerio del Interior y de Justicia. www.tratadepersonas.gov.co.

15 El delito de inducción a la prostitución fue incluso relacionado por la Corte Constitucional, en sentencia C-636 de 2009, como un dispositivo jurídico creado por el legislador para combatir la prostitución y la trata de personas. Esta imagen de la trata de personas como un asunto predominantemente de connotación sexual fue referida por la fiscal entrevistada, quien evidenció su preocupación al señalar que

en varias ocasiones, cuando acude ante los jueces, muchos de ellos “no conocen del tema”. “Bueno, al fin y al cabo son prostitutas” es una respuesta frecuente de los jueces, y con la que tiene que enfrentarse usualmente esta fiscal.

16 Debe tenerse presente que el delito de trata de personas exige (como elemento subjetivo del tipo penal) probar en el victimario un propósito de explotación, entendido éste legalmente como la obtención de cualquier provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona causado por cualquier forma de explotación sexual o laboral, sea ésta consentida o no. Si no se comprueban fines de explotación, la conducta se convierte en atípica, es decir, no reprochable penalmente.

entendimiento” de la norma penal. Su lectura es que los bienes jurídicos de la *libertad y autonomía personal* no resultan vulnerados si la mujer que ejerce la prostitución obtiene una ganancia “adecuada” y razonablemente proporcionada. El provecho económico o cualquier otro beneficio para el “intermediario” desdibujaría la antijuridicidad de la conducta si la autonomía o la libertad individual no se vieron vulneradas.¹⁷ La explotación sexual (inducción a la prostitución) sin ese ánimo ni finalidad de explotación en aquel otro sentido está prevista, en todo caso, en el Código Penal, en el título correspondiente a los delitos *contra la libertad, integridad y formación sexuales* (explotación sexual), como constreñimiento o inducción a la prostitución, y con una penalidad inferior a la de trata de personas.

Debe resaltarse que el consentimiento dado por la víctima ya no es una causal para exonerar al acusado de responsabilidad penal por el delito de trata de personas. Cuando la trata de personas era una modalidad de proxenetismo (antes de 2002), el consentimiento de una mujer mayor de edad no suponía la comisión de un delito para el “intermediario” entre el cliente y la mujer, pues se entendía que era el ejercicio propio de su autodeterminación. Sin embargo, ante la constatación de reclusiones de mujeres que aceptan condicionadas por penosos escenarios económicos, este elemento dejó de ser un obstáculo para castigar a los grupos delincuenciales que recluyen mujeres que aparentemente aceptan de manera voluntaria ejercer la prostitución fuera de su país de origen o trasladarse de ciudad en ciudad.

Uno de los casos narrados por la Fiscal, y que le servía para explicar el contenido que daba a la explotación, consistió en el traslado de una prostituta de Colombia hacia Perú. Esta mujer, en circunstancias aún poco claras para la investigación, resultó asesinada luego de mantener por un período más o menos prolongado una relación casi amorosa con su “cliente”, al parecer un narcotraficante residente en ese país. Las acusadas del delito de trata de personas eran dos mujeres que sirvieron como intermediarias para concretar la “cita” entre la mujer y el “cliente”. Para la Fiscal, en este caso no hubo explotación, sino un típico caso de prostitución, en el que el derecho penal no debía intervenir. Para el fiscal que llevaba este caso antes de que a ella se lo asignaran, sí se presentaba un caso de explotación sexual propio del delito de trata de personas. Cuando terminé la investigación pude constatar que

la Fiscal logró que el juez absolviera a las dos mujeres imputadas por este caso. El juez encontró que, al no existir la explotación, bajo ese entendimiento, no existió delito.

Bajo otra mirada, otros jueces entienden que la finalidad de explotación es consustancial a todo caso de tráfico y se ve materializada con cualquier conducta que suponga tráfico de personas dentro o fuera del país. A lo largo de la cadena de la “industria del sexo”,¹⁸ esta mirada supone una ampliación del control punitivo al incluir como eventuales sujetos de control a todos quienes se vean involucrados en el traslado de mujeres prostitutas. La prostitución, por su propia naturaleza violenta, es algo que, bajo esta perspectiva, siempre merece ser observado y controlado por el sistema punitivo.

El contenido de lo que significa la explotación, o incluso la prostitución, puede ser llenado con variedad de suposiciones, no todas aún muy afines en torno a lo que por ese término entienden quienes están involucrados en el sistema penal. La misma dinámica que termina por adquirir en la práctica local la idea de este delito, su íntima vinculación con el comercio sexual y, por consiguiente, el control disciplinar hacia toda la actividad que rodea a la prostitución (Foucault 1993) pueden acabar colmando el requisito de la explotación con factores incluso ni siquiera imaginados como abuso por las propias mujeres prostitutas. El término explotación, como requisito necesario para considerar delito una conducta de tráfico de personas, se torna indeterminado en la práctica judicial.

Sin embargo, creo que esta indeterminación no sólo puede traducirse en un puro problema interpretativo de la norma o de debate dogmático penal. Considero que el análisis que llevo a cabo puede dar cuenta de cómo los efectos latentes del derecho penal (o simbólicos, en un sentido crítico) se patentizan cuando cierto tipo de conductas criminalizadas, como la trata de personas, terminan manteniendo la presunción –si se quiere, desde una visión liberal– de la lógica de la prostitución consentida (las mujeres prostitutas que salen del país o viajan en su interior para atender clientes, lo hacen autónomamente, y no son ellas las víctimas) y, bajo ese entendido, dejando por fuera del sistema, selectivamente, a aquellas mujeres explotadas.

17 A manera de aclaración, debe señalarse que en la dogmática penal la demostración de que la conducta no vulnera ningún bien jurídico, en este caso la autonomía personal, hace que la conducta también escape del ámbito penal.

18 La expresión *industria del sexo* comenzó a utilizarse en los años ochenta. La OIT la incluyó como categoría de análisis para un mercado de oficios que comprende la industria matrimonial, la prostitución femenina, masculina, homosexual e infantil, y la pornografía. Cada una de esas conductas puede estar o no asociada con la forma de explotación de la trata.

Lo que evidencian los casos que observé en etapa de juicio por este delito,¹⁹ y que tenían connotación sexual, es que no existe una coherencia razonable en términos argumentativos que permita desligar la criminalización contra los traficantes de personas y el control disciplinario estatal, a través de la victimización, de quienes ejercen la prostitución. El enfoque y centro de atención de los casos aparecen continuamente dados por esa relación entre mujer víctima y su ejercicio de la prostitución.

Además, otro factor propio de la dinámica de juzgamiento del delito de trata de personas supone que la mujer que ejerce la prostitución no sólo esté presente en el juicio en su condición de víctima, sino también durante todo el recorrido punitivo, que comienza desde que los organismos policiales conocen el caso. Desde ese primer contacto con el sistema punitivo, la mujer es objeto de control, en cuanto es estigmatizada como prostituta. Esta situación hace que mujeres que deben ganarse la vida de algún modo pero que igualmente han sido explotadas se alejen del sistema punitivo. De hecho, de acuerdo con la investigación empírica, en casi el 60% de los casos las mujeres que ejercían la prostitución no estaban interesadas en acudir al juicio.

Si bien una amplia mayoría de los casos que ingresan al sistema judicial se deben a la misma denuncia que presenta la mujer desde el exterior, estas denuncias, sin embargo, obedecen muchas veces a facilidades que los consulados, en virtud de convenios de cooperación, otorgan a las mujeres para los tiquetes de regreso, en su calidad de víctimas. Una vez las mujeres regresan, no parecen interesadas en hacer valer esa condición. Lo que ellas entienden por autonomía, capacidad de decidir y libertad se desdibuja y diluye en la práctica judicial, que es quien se apropia de su contenido y lo dirige, y con fundamento en ello decide qué o quiénes deben o no entrar formalmente a un juicio criminal.

La percepción también se tornaba en un elemento importante para la Fiscalía al intentar distinguir cuándo se trataba de una explotación con connotación suficiente para ser considerada como trata de personas o cuándo de un caso de explotación sexual o inducción a la prostitución (proxenetismo). La Fiscalía señalaba que, por la dificultad

de conseguir pruebas en el exterior,²⁰ tenía muchas veces que confiar en la “buena fe de lo que le contaban las mujeres” y, a partir de cómo sucedían los hechos, intuir, según “su criterio y experiencia”, si realmente fueron objeto de una explotación o si su situación pudo ser la de mujeres indocumentadas que, sin ver limitadas su *autonomía* o su *libertad de locomoción*, resultaban deportadas como inmigrantes ilegales. La “sagacidad” de la mujer para escapar de sus sitios de trabajo o para negociar el dinero que iban a percibir permitía a la Fiscalía deducir si era una “prostituta no explotada” o una víctima del delito de tráfico de personas.

Según la Organización de las Naciones Unidas–Oficina contra la Droga y el Delito– los indicadores de explotación sexual pueden ir desde aspectos tales como el traslado constante de un burdel a otro, el trabajar muchas horas por día, hasta el de tener muy pocas prendas de vestir. El contenido de la explotación sexual, que pareciera ser un aspecto muy evidente y de sentido común, no lo es tanto cuando el sistema punitivo entra en acción. La dialéctica judicial juega con los contenidos que tiene a su alcance, con las limitaciones impuestas por las normas legales y procesales y con los imaginarios que cada una de las personas adopta cuando asume su posición de juez, fiscal o abogado defensor. La voz de la mujer objeto de control penal, aunque legalmente no se le llame *procesada* o *acusada*, no es tan clara en ese juego. La forma jurídica adoptada por el derecho penal no da chances de escuchar lenguajes diferentes.²¹

El contenido de la explotación varía de circunstancia en circunstancia. El significado no podrá ser el mismo para una mujer explotada sexualmente que el que el aparato judicial le da, por ejemplo, a una mujer explotadora de menores. En este caso, el giro argumentativo para reprimir y castigar la conducta de la mujer cambia según

19 Por cuestión de espacio, me resulta imposible narrar y describir todos y cada uno de los casos observados. Sin embargo, para efectos del presente escrito, baste anotar que en aquellos casos que tenían involucradas prostitutas, la tendencia era fijar la atención en escudriñar a estas mujeres y dejar por fuera de la “protección penal” a aquellas que se habían trasladado y obtenido cualquier tipo de ganancia económica. “Ellas saben a lo que van; que ahora no vengan a presentarse como unas puras víctimas”, me dijo un operador judicial con quien conversaba sobre el tema.

20 La dinámica del sistema acusatorio no ha logrado aplicar con éxito los mecanismos de intercambio probatorio y cooperación judicial con los países receptores del comercio sexual. Ello, no sólo por la inexistencia en algunos casos de acuerdos de cooperación suscritos entre países, sino también por la dificultad presupuestaria de traer testigos del exterior a rendir testimonio en el juicio oral. Si el testigo no está presente en el juicio oral, la perspicacia de los fiscales en demostrar sus hipótesis debe aumentar para dar por probable un caso de explotación. Las percepciones terminan por cumplir un papel fundamental en el momento de decidir una acusación criminal.

21 Según Larrauri, investigaciones empíricas han demostrado que la demanda de pena más severa se produce generalmente por parte de gente que no ha sido directamente victimizada. “La propia víctima, como han mostrado estas mismas investigaciones, en ocasiones quiere renunciar a la pena a cambio de una reparación, pero es precisamente el Estado y la concepción de la pena pública la que fuerza su imposición. En estos casos parece difícil sostener la afirmación que el derecho penal representa una disminución de la violencia respecto de la respuesta privada” (Larrauri 1998, 41).

la percepción que construya la fiscalía o la defensa de la mujer acusada criminalmente. Éste es un caso que se llevaba en la fiscalía observada, en el que se acusaba a una mujer ecuatoriana perteneciente a una tribu indígena de su país pero residente en Colombia. La mujer fue detenida y enfrentó cargos por traficar con una menor de edad también perteneciente a esa tribu indígena, a quien contrató y trajo de Ecuador para que cuidara de su hijo de un año. En su lengua nativa intentó explicar a la defensora pública que ella había hecho un arreglo monetario con la mamá de la menor indígena, y que ello hacía parte de las costumbres propias de su comunidad; por ello, además de no entender el español, le costó no sólo comprender la acusación que le hacía el juez sino también por qué fue llevada a la cárcel del Buen Pastor y por qué su hijo menor fue trasladado al Instituto de Bienestar Familiar.

Por su parte, la estrategia de la defensora pública no apuntaba a que se reconociera la inimputabilidad de la mujer (la diversidad sociocultural es causal de inimputabilidad y, por tanto, de ausencia de responsabilidad penal) ni la jurisdicción indígena a esta mujer, lo que supondría la terminación inmediata del juicio y la recuperación de la libertad por parte de la procesada. El propósito de la abogada era más bien “ganar” el proceso en la justicia ordinaria al intentar demostrar una causal de inculpabilidad penal por ignorancia de la ley. Esta “jugada” del lenguaje dogmático penal significaba, en términos prácticos, que se alargase el juicio en el tiempo (y, por lo tanto, la privación efectiva de la libertad de la mujer) hasta que se lograra argumentar y probar esta teoría del caso. La abogada me explicó que no había perdido ningún caso, y por supuesto luchaba incansablemente para “ganar” éste en la justicia ordinaria, pues optar por la estrategia de solicitar ausencia de jurisdicción le implicaría que ya no fuera ella la defensora pública y que le fuera quitado de sus manos un caso “interesante”. La Fiscal, por su parte, no creía en la inocencia de la acusada y percibía que “eso de que no entienda español” era una simple estrategia para evitar el rigor penal y la primacía que el ordenamiento jurídico da a los niños. La doble victimización de la mujer acusada no es algo, por supuesto, sobre lo que se permita legítimamente debatir dentro del proceso penal.

Cada integrante del juego procesal defenderá así la posición que deba asumir en esos roles asignados por el aparato judicial. La retórica empleada para convencer al juez está llena de contenidos incontrolables, dispares, pero siempre tan acordes con esa imagen compartida de la mujer pobre prostituta, por un lado, y la de mujer criminal explotadora, por el otro. El contenido del sujeto mujer, en todo caso, nunca deja de causar escozor dentro del sistema criminal.

En el siguiente aparte describo la percepción que por su lado tienen algunos movimientos de mujeres que trabajan en el país con el tema del tráfico de personas, y en especial su posición sobre la apuesta legislativa consistente en haber modificado y ampliado el tipo penal, cuya ubicación sistemática está dada por el bien jurídico de la *autonomía personal*, y en donde, de acuerdo con lo visto, la práctica judicial pareciera centrarse en la balanza exclusión-inclusión del control punitivo de mujeres involucradas en la cadena de la industria sexual.

La explotación percibida por los movimientos de mujeres

En el grupo focal, en el que participaron varios miembros de organizaciones no gubernamentales dedicadas al tema migratorio, se puso sobre la mesa la relación entre el uso del derecho penal y la lucha política como estrategia para evitar la violencia contra seres humanos sujetos al tráfico de personas. Ninguna de estas organizaciones descartó la herramienta penal como estrategia de movilización política, pese a reconocer su uso meramente simbólico.²² Un miembro de estas organizaciones reconoció “que existen varios efectos nocivos en la penalización del fenómeno”. Pese a ello, mencionó la importancia simbólica de la utilización de los mecanismos punitivos dentro del ámbito de lo político. Señaló que con la penalización, “el Estado demuestra que se está haciendo algo”. Esta visión del crimen abordada por este miembro de una ONG es muy propia de las sociedades contemporáneas que asumen posiciones muy pragmáticas de criminalización de conductas y aumento de penas privativas de la libertad, tanto desde la izquierda como desde la derecha, para generar sensaciones de tranquilidad en la función de control social que se le atribuye al Estado (Garland 2001).²³

En todo caso, este entrevistado dejó en claro que no son unos “fetichistas legales” ni, sobre todo, “fetichistas penales”.²⁴ Subrayó que el objetivo de la incidencia política es desarrollar una burocracia de atención migratoria

22 Por ejemplo, la organización Humanas Colombia evidencia la necesidad de la herramienta penal para la defensa de los derechos de las mujeres víctimas de violencia. www.humanas.org.co

23 Garland explica que durante la mayor parte del siglo XX era virtualmente tabú la expresión abiertamente asumida de sentimientos vengativos en el uso del derecho penal, pero que, “en los últimos años los intentos explícitos de expresar la ira y el resentimiento públicos se han convertido en un tema recurrente de la retórica que acompaña la legislación y la toma de decisiones en materia penal. Actualmente, se invocan frecuentemente los sentimientos de la víctima o de la familia de la víctima o de un público temeroso e indignado para apoyar nuevas leyes o políticas penales” (Garland 2001, 43).

24 Sobre el fetichismo legal, puede consultarse a Lemaitre (2009).

más relacionada con el desarrollo de procesos administrativos y trámites gubernamentales para el manejo del fenómeno, antes que con la coacción. Para ellos, importa poco lo penal. No tienen ninguna relación con la fiscalía en estos temas, y su conexión con las víctimas se da de manera exclusiva por las redes informales de prevención o por los programas de apoyo, pero nunca por medio de comunicaciones formales penales.

La percepción respecto a lo criminal resulta, en todo caso, ambivalente. Reconocen que existen riesgos de que el sistema penal termine culpabilizando a la víctima pero siempre, en lo que tiene que ver con el uso en general del derecho penal, se cree que “mientras se resuelven los problemas estructurales hay que hacer tareas coyunturales”.²⁵ Por otro lado, piensan que el sistema judicial colombiano es ineficiente,²⁶ y alguno de los participantes, que se declaró promotor de la reforma del delito de 2002, se mostraba incómodo, pues decía no conocer la primera sentencia por tráfico de personas. La desconexión con la práctica criminal parece ser lo imperante.

En relación con la explotación como requisito legal para que se configure la trata de personas, ésta fue una discusión casi ajena al grupo focal, pues el cuestionamiento sobre su contenido en la práctica judicial penal parecía no tener manera de vincularse con el profundo conocimiento que tenían sobre el problema migratorio en términos generales. Uno de los miembros comentaba que las únicas que se podían emancipar eran “las prostitutas del Primer Mundo”, y que, en lo que se refería al delito de trata de personas, debía entenderse como un tema de “prostitución forzada, incluso con consentimiento”. ¿Esta perspectiva de imaginar el tratamiento que debe darse al delito pudiera entenderse como la intención de cerrar la puerta a cualquier mecanismo que de una u otra forma reconociera que la prostitución es un trabajo o una elección laboral, o por lo menos algo en donde el derecho penal no debiera intervenir? ¿Qué significaba para el entrevistado la prostitución forzada? Eso fue algo sobre lo que no dio respuesta. Para otra participante, el tipo

penal, desde el punto de vista formal, es muy impreciso, por lo que, en términos prácticos, se acaba confundiendo con la esclavitud sexual. La vinculación del concepto esclavitud pareciera vincular de nuevo la idea de la explotación. Sin embargo, ello también fue algo que quedó flotando en la conversación.

Estos entendimientos sobre lo que contiene el tipo penal de trata de personas contrastan con la posición de Carmen Millán de Benavides (2006), para quien la trata no es un asunto de prostitución ni tampoco de tráfico internacional de personas. Para esta autora, es “una forma de delito altamente organizada, rentable y en crecimiento, que puede tener o no entre sus fines la explotación de personas en el mercado sexual, y que puede o no, involucrar traslado de personas entre países” (Millán de Benavides 2006, 18). Parece acá confluír una lectura latente del tipo penal que, siguiendo la clasificación de las diversas formas simbólicas del uso del derecho penal que describe Hassmer (1995) –en este caso, el uso de la herramienta penal–, podría corresponderse con aquella que denomina *leyes de compromiso* y que corresponde a tipificaciones suscritas por el país ante la indudable presión de la comunidad internacional para luchar contra los grandes flujos de capitales incontrolados que subyacen a la industria del sexo.

En una abierta divergencia con los diferentes imaginarios sobre lo que se supone el uso del derecho penal, una investigación de la Universidad del Rosario (Londoño *et al.* 2009) señaló que una dificultad que unánimemente identificaron las ONG hacía referencia a la orientación que se le ha dado en Colombia al delito de trata de personas, consistente en dar mayor peso a lo criminal, “dejando de lado el enfoque integral de derecho humanos”, que de existir permitiría darles primacía a los derechos de las víctimas. No se presenta, sin embargo, ninguna evidencia en las conclusiones de esa investigación acerca de cómo podría desligarse el concepto de mujer víctima del ámbito de lo punitivo. Es más, dicho estudio defiende más bien “más derecho penal”, pues no sólo presenta recomendaciones sobre cómo interpretar el tipo penal y mejorar la eficiencia del sistema punitivo, sino que también recomienda modificar la legislación penal, con el fin de tipificar, como una conducta constitutiva de trata, la demanda o solicitud de actos que incentiven o promuevan la explotación de las personas explotadas, así como adoptar una legislación nacional en la cual se considere como sujetos plausibles del delito a las personas jurídicas. En suma, para esa investigación, la ampliación de la intervención punitiva, mediante su uso “adecuado”, es una perspectiva recomendable para controlar el tráfico de personas y lograr la consecución “de la tan anhelada paz social”.

25 Una de las participantes relataba su apoyo al referendo por la cadena perpetua para violadores de menores “porque esa gente no tiene capacidad de recuperación. Ahí toca criminalizar [...] porque hay temas tan complejos, porque si vamos a resolverlo estructural, mientras tanto hay que hacer tareas coyunturales”. El Director de Fundación Esperanza señaló que “[...] la criminalización es fundamental; yo tampoco estaba de acuerdo con la cadena perpetua, pero cuando la escuché me convenció; es un uso para abrir un debate y generar conciencia [...]”.

26 Una de las participantes en el grupo focal, abogada litigante en temas de violencia contra la mujer, explicaba que, desde su experiencia en Colombia, la investigación de los delitos sexuales era un tema de casi total impunidad.

Por otro lado, el estudio de la Universidad del Rosario coincidió con la verificación empírica en torno al escaso número de sentencias que por este delito se profieren en el país. Sobre este último punto me concentraré en el apartado siguiente.

La escasez de los casos que por el delito de trata de personas ingresan al sistema penal

Otro aspecto relevante fue el escaso número de sentencias por el delito de trata de personas en Colombia.²⁷ De acuerdo con estadísticas de la Fiscalía General de la Nación (2008), el número de personas condenadas en 2008 por ese delito en el sistema penal acusatorio²⁸ es mínimo, e incluso aparece por debajo de delitos como el aborto y el incesto (ver el cuadro 2).

Cuadro 2. Estadísticas de la Fiscalía General de la Nación

Delito	Condenas
Tráfico de estupefacientes	5.227
Hurto calificado	2.812
Tráfico, porte de armas de fuego	1.433
Homicidio	425
Acto sexual violento con menor de 14 años	136
Violencia intrafamiliar	104
Acceso carnal violento	69
Aborto	19
Incesto	12
Trata de personas	5

²⁷ Entre 2000 y 2004, los casos del régimen inquisitivo (Ley 600 de 2000) reportados por la Fiscalía General de la Nación fueron 278. De ellos, se dictaron, 10 sentencias condenatorias, 15 sentencias anticipadas y 76 sentencias absolutorias. Del sistema penal acusatorio (Ley 906 de 2004), entre marzo de 2005 y febrero del 2006, la Fiscalía General de la Nación reportó 80 casos, de los cuales se dictó una sentencia condenatoria por aceptación total de los cargos, una solicitud de orden de captura del juez, dos archivadas por inexistencia del hecho, veinte se encuentran en programa metodológico, una en apertura de la etapa de indagación y una archivada por conducta atípica. De los 278 casos del sistema penal inquisitivo, reportados por la Fiscalía General de la Nación, 164 de las víctimas eran mujeres, 14 eran hombres, y en 96 de los casos no se identificaba el sexo. Consultar datos en la página de equidad presidencial <http://equidad.presidencia.gov.co/>

²⁸ Consultar la página de la Dirección Nacional de Fiscalías. www.fiscalia.gov.co

Esta tendencia a encontrar un mínimo de sentencias condenatorias por el delito de trata de personas, también se refleja en una estadística de enero de 2005 a agosto de 2006 del Consejo Superior de la Judicatura, en la que incluso el delito de trata de personas está incluido en la categoría “otros” (ver el cuadro 3).

Cuadro 3. Estadísticas del Consejo Superior de la Judicatura

Delito	%	Casos
Hurto	36,90	23.017
Lesiones personales	12,10	7.548
Fabricación, importación y tráfico de armas	11,80	7.361
Tráfico y consumo de estupefacientes	6,00	3.743
Homicidio	4,60	2.869
Falsedad	4,30	2.682
Receptación	3,40	2.121
Sexuales	2,60	1.622
Defraudación derechos de autor	1,80	1.123
Estafa	1,39	867
Fabricación, tráfico, porte de prendas uso FF. MM.	1,32	823
Daño bien ajeno	1,23	767
Inasistencia alimentaria	1,10	686
Extorsión	0,80	499
Violencia intrafamiliar	0,75	468
Secuestro	0,70	437
Concierto para delinquir	0,69	430
Violencia contra servidor público	0,54	337
Otros	7,98	4.978
Total	100	62.378

Para el período 2010, el número de sentencias condenatorias relacionadas por la fiscalía observada en la presente investigación fue de siete. Varias de las razones expuestas por la ya mencionada investigación promovida por la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el

Delito (UNODC), la Universidad del Rosario y el Ministerio del Interior y de Justicia 2009²⁹ se referían a: i) falta de una adecuación típica correcta de la conducta que tiende a confundirse con otros delitos, ii) ausencia de representación adecuada de las víctimas en las distintas fases del proceso penal, iii) debilidad en las actuaciones de algunos sujetos procesales y iv) existencia de prejuicios y estereotipos que denotan discriminación y revictimización, además de la ausencia de medidas efectivas de protección a las víctimas y sus familias.

El cuestionamiento por la ausencia y añoranza de mayores sentencias condenatorias se deduce de la problemática encontrada dentro del mismo sistema. Se propone, por parte de esos investigadores, una solución desde adentro: el mejoramiento del sistema. A partir de tal premisa, esto es, la del progreso del sistema penal, se infiere no sólo que aumentarán las sentencias sino que también las víctimas dejarán de ser discriminadas y obtendrán la justa reparación por los daños. Se olvida, sin embargo, que el sistema penal, en cualquier caso, y tenga la forma que tenga, construye relaciones de subordinación, construye género, ya sea discriminando o igualando (Bodelón 2008), y ello con independencia de que el contacto con el sistema sea como criminal o como víctima.³⁰ El problema surge al presumir que una mejor redacción de la norma limitará las capacidades discursivas dentro del sistema penal y lo despojará de su propia aleatoriedad.

El reducido número de casos que ingresan al sistema judicial invita a reflexionar por la tensión que evidencia la importancia que la agenda internacional y los movimientos de mujeres otorgan a la apuesta por la criminalización, y la minúscula intervención que en la práctica los jueces tienen sobre este delito, más allá de la sabida ineficiencia del aparato punitivo estatal. El fenómeno migratorio y la contención de los países industrializados por frenar este fenómeno pueden estar generando discursos globales en torno a la necesidad

de utilizar el sistema punitivo para aliviar el temor por ese *otro* nuevo poblador. La criminalidad transnacional, concretada en casos como el narcotráfico, el lavado de activos, el tráfico de armas, es una seria amenaza para aquellos países receptores del fenómeno migratorio. Las ganancias derivadas del tráfico de personas, y el consiguiente discurso de las víctimas, se convierten en un tema atractivo para poner en la agenda internacional la necesidad de desplegar esfuerzos legislativos dirigidos a que el sistema punitivo entre en acción, seleccionando de antemano quiénes serán sujetos de control y quiénes invariablemente quedarán por fuera de él.

Otro aspecto interesante de resaltar es la prácticamente inexistente derivación de procesos por lavado de activos que resultan de la trata de personas. Ninguno de los procesos penales que terminaron en condena en la fiscalía observada, esto es, ocho, derivó en una investigación por lavado de activos. Ello podría dar nuevas pistas acerca de la insistencia del derecho penal centrado no más que en mantener a la mujer que ejerce la prostitución como continuo objeto de control punitivo, y de la exigüidad del simbolismo de amenazar con cárcel y pérdida de bienes a quienes participen en la intermediación del tráfico de mujeres.

Conclusiones

La nueva regulación del delito de trata de personas conlleva dos lecturas latentes y muy relacionadas con el efecto simbólico que estos dispositivos penales pretendieron comportar en el momento de su expedición. Ninguna de estas dos lecturas se compagina con la otra, y considero que más bien son excluyentes y responden a lógicas de actuación claramente diferentes. La primera lectura es que la mayor punición y la ampliación del tipo penal a casos relacionados con el trabajo forzado, la esclavitud o el matrimonio servil, fueron el reflejo del clamor de los movimientos sociales preocupados por los temas de explotación sexual y laboral de los inmigrantes en países industrializados. La segunda lectura es que en su implementación tuvo un peso significativo y trascendental la presión de la comunidad internacional por frenar el lavado de activos y los flujos de dinero que se derivan de la comisión de estas conductas. En cuanto al primer aspecto, y siguiendo la clasificación de las diversas formas simbólicas del uso del derecho penal que describe Hassemer (1995), en este caso el uso de la herramienta penal podría corresponder a un tipo de *declaración de valores*. Su legitimidad pretende ser derivada de la exigencia moral proclamada

29 La publicación se basó en 38 entrevistas hechas en varias regiones del país, que documentaron la experiencia de funcionarios con competencias en el tema de trata de personas y formularon recomendaciones “para lograr el incremento de las sentencias” (Londoño *et al.* 2009, 145).

30 “La figura de la mujer prostituida se ha vinculado tradicionalmente con la de la mujer ‘capaz de cometer los peores delitos’. Esta percepción en el imaginario social aumenta el riesgo de criminalización de las mujeres inmigrantes trabajadoras del sexo, que además resultan muy visibles (fundamentalmente las de fenotipo no europeo) para los dispositivos de control policial por lo que su detención y enjuiciamiento puede producirse con frecuencia”. <http://site.ebrary.com/lib/bibliotecauniandes> (Consultado el 1 de junio de 2009).

activamente por organizaciones no gubernamentales para que no se esclavice ni laboral ni sexualmente a las mujeres. La segunda lectura latente podría ser aquella que se denomina *leyes de compromiso*, suscritas por un país ante la presión de la comunidad internacional.

En segundo término, esta conjunción de lecturas muestra una relación de discontinuidad entre ellas mismas, y de ellas frente a la práctica evidenciada en el ámbito local, cuyo eje central de persecución penal y control disciplinario continúan siendo las mujeres que ejercen la prostitución, y ello con la ambigüedad en torno a lo que contiene el término explotación en el campo penal. El mantenimiento de esta lógica comporta la tensión entre la lucha por la descriminalización y la criminalización de la prostitución. No existe claridad sobre cuándo una mujer que ejerce la prostitución va a resultar victimizada en el ámbito del discurso de la trata de personas o cuándo va a ser tomada como “una simple prostituta” víctima de un proxeneta.

La brecha entre funciones simbólicas y la práctica judicial concreta resulta un terreno fértil para evidenciar la aleatoriedad del sistema punitivo “en acción”. El traslado, acogida o captación de personas dentro del país o hacia el exterior es una conducta primordialmente relacionada en el campo penal con la prostitución. No niego que no exista explotación laboral. Mi punto fue más bien simplemente describir, a partir de un estudio de caso, cómo la práctica cotidiana punitiva termina alejándose de esos imaginarios colectivos y sigue trayectorias distantes de aquellas percibidas por quienes conciben al derecho penal como herramienta de lucha política, aun limitándola a sus efectos puramente simbólicos.

La tercera conclusión tiene que ver con la ausencia de diálogo entre algunos movimientos de mujeres y grupos feministas que luchan por la erradicación de cualquier forma de violencia contra la mujer, y, por otro lado, con aquella perspectiva crítica que cree que el derecho penal es tan violento como la misma violencia que se pretende erradicar. Janet Halley (2008) se pregunta si esos esfuerzos de lucha política mediante el uso de lo criminal no se estarán convirtiendo en un nuevo “feminismo carcelario”. La conciencia del uso simbólico del derecho penal, pero la inconsciencia de las prácticas que se tejen dentro

del engranaje punitivo una vez puesto en acción, podrían dar por supuestos triunfos parciales pero derrotas inadvertidas para mujeres que no quieren, por la razón que fuere, que el aparato punitivo se inmiscuya en su contexto personal, o que a otras mujeres se rechace la protección por ser consideradas las “otras”, las prostitutas.

Referencias

1. Almeda, Elisabeth (Ed.). 2008. *Mujeres y castigo: un enfoque socio-jurídico y de género*. Madrid: Dykinson.
2. Baratta, Alessandro. 1986. *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*. México D.F.: Siglo XXI Editores.
3. Bodelón González, Encarna. 2008. *Mujer inmigrante y sistema penal en España. La construcción de la desigualdad de género en el sistema penal. Mujeres y castigo: un enfoque socio-jurídico y de género*. Madrid: Dykinson.
4. Foucault, Michel. 1993. *Vigilar y castigar*. Madrid: Siglo XXI Editores.
5. Garland, David. 2001. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa.
6. Halley, Janet. 2008. Rape in Berlin: Reconsidering the Criminalization of Rape in the International Law of Armed Conflict. *Melbourne Journal of International Law* 9: 78-124.
7. Hassemer, Winfried. 1995. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. En *Pena y Estado*, ed. Juan Bustos Ramírez, 23-36. Santiago: Jurídica Conosur.
8. Hulsman, Louk, Jacqueline Bernat de Celis y Sergio Politoff. 1984. *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*. Barcelona: Ariel.
9. Larrauri, Elena. 1998. *Criminología crítica: abolicionismo y garantismo*. Talca: Red Ius et Praxis.
10. Lemaitre, Julieta. 2009. *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes.

11. Londoño, Beatriz, Antonio Varón, Mateus Rugeles, Beatriz Eugenia Luna y Mauricio Venegas. 2009. *Aspectos jurídicos del delito de trata de personas. Aportes desde el derecho internacional, Derecho penal y las organizaciones no gubernamentales*. Bogotá: Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC) – Universidad del Rosario – Ministerio del Interior y de Justicia.
12. Melossi, Darío. 1996. Ideología y derecho penal, garantismo jurídico y criminología crítica: ¿nuevas ideologías de la subordinación? *Revista Nueva Doctrina Penal* A: 75-86.
13. Millán, Carmen. 2006. Industrias perversas. La trata de personas. *Revista Observatorio de Asuntos de Género* 7: 18-21.
14. Organización Internacional para las Migraciones (OIM). 2009. *Informe anual presentado por la Delegación de Colombia en materia de lucha contra la trata de personas ante la OEA*, 26 de marzo de 2009, en Buenos Aires, Argentina.
15. Organización Internacional para las Migraciones (OIM). 2007. *Trata de personas en la región sudamericana*. Compilación de actividades realizadas por OIM y sus contrapartes, 2 y 3 de julio, en Caracas, Venezuela. <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5575.pdf> (Recuperado el 20 de mayo de 2010).
16. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (Unodc). 2009. *Informe Mundial sobre la Trata de Personas de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito*. http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Executive_summary_spanish.pdf (Recuperado el 20 de mayo de 2010).
17. Pegogaro, Juan S. 2004. La sociología del sistema penal. *Revista N Cultura El Clarín*. <http://www.revistaenie.clarin.com> (recuperado el 28 febrero de 2004).
18. Zaffaroni, Eugenio. 1991. *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico penal*. Bogotá: Temis.