

MORENO VELÁSQUEZ, CAROLINA. HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, Norberto, "Comentario a la sentencia T-236 de 2021 de la Corte Constitucional. Trata de personas versus inducción a la prostitución", *Nuevo Foro Penal*, 98, (2022)

Comentario a la sentencia T-236 de 2021 de la Corte Constitucional

Trata de personas versus inducción a la prostitución

Commentary on the judgment T-236, 2021 by the Constitutional Court. Human trafficking Vs induction into prostitution

CAROLINA MORENO VELÁSQUEZ*

NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ**

1. Antecedentes y estructura del documento

La decisión de tutela objeto de este comentario, permite abordar una situación derivada del fenómeno migratorio proveniente de Venezuela, que puede terminar re-victimizando a las mujeres, por el ejercicio errado en sede de adecuación típica, frente a conductas contra la autonomía personal. El expediente T-7.733.840 fue seleccionado el 16 de diciembre de 2019 y correspondió por reparto a la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional¹, que en decisión datada 23 de julio de 2021, confirmó parcialmente el fallo de tutela de segunda instancia y amparó los derechos fundamentales a la integridad personal, a la seguridad, al mínimo vital, a la salud y a la dignidad humana de la accionante y de su familia.

* Profesora de la Universidad de los Andes. Directora del Centro de Estudios en Migración (CEM). Correo electrónico: camoreno@uniandes.edu.co

** Profesor de la Pontificia Universidad Javeriana. Tutor del Semillero de Investigación en Derecho Penitenciario. Correo electrónico: norbertohernandezj@javeriana.edu.co

1 Integrada por los magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo (ponente), Paola Meneses Mosquera y Gloria Stella Ortiz Delgado.

La accionante, mujer nacional venezolana, llegó a Colombia con su familia, aceptando una promesa laboral que resultó ser falsa, siendo requerida en definitiva para prostituirse, a lo que ella no accedió. Tras ser asediada y manipulada sexualmente por el dueño del lugar donde había fijado su residencia, quien también acosó a su hija menor de 7 años, la accionante logró escapar del lugar y posteriormente instauró la correspondiente denuncia penal. La Fiscalía General de la Nación determinó que los hechos se adecuaban a la descripción típica del delito de inducción a la prostitución. Teniendo en cuenta esta tipificación, las autoridades negaron las medidas de asistencia inmediata y mediata previstas para las víctimas del delito de trata de personas, de acuerdo con la normativa sobre la materia.

Con base en esta situación fáctica, en este documento expondremos las diferencias dogmáticas que rodean la tipificación de una conducta como trata de personas e inducción a la prostitución, con miras a reprochar la adecuación típica (preliminar), realizada por la Fiscalía General de la Nación, que en el formato único de noticia criminal señala como “delito referente”: inducción a la prostitución¹. Esto a pesar de que en su relato del día 22 de febrero de 2019 (fecha en que se interpuso la denuncia), la denunciante señaló que la oferta laboral ligada a su traslado de Venezuela a Colombia era para que ella vendiera tintos y que su esposo trabajara en el sector de la construcción, resultando ser una promesa engañosa que culminó con la fluctuación de la actividad laboral hacia la prostitución. También se desconoce en el ejercicio de adecuación típica realizado de manera preliminar por la Fiscalía General de la Nación, la narrativa de la denunciante frente a los actos sexuales y el acoso sexual desplegados por el agresor.

Finalmente, abordaremos el estudio realizado por la Corte Constitucional en sede de tutela², cuyo enfoque de derechos humanos es indispensable en virtud del contexto migratorio actual que experimenta Colombia, debido a la llegada masiva de personas venezolanas a nuestro país y la necesidad de adoptar medidas de protección a su favor.

1 En el mismo sentido la repuesta de esta entidad accionada en el trámite de la acción de tutela. Cfr. fundamento 5.1 de la sentencia objeto de este comentario.

2 Un análisis de esta decisión en: Moreno C., Pelacany, G & Moya, L.M. (2021). *Bitácora jurisprudencial de la migración*. Bogotá. Universidad de los Andes, pp. 205-211.

2. El delito de trata de personas y su diferencia con la inducción a la prostitución

El delito de trata de personas implica una acción de desplazamiento de la persona del territorio nacional al exterior o viceversa (del extranjero a Colombia) e incluso dentro del mismo territorio nacional³. Se trata de un comportamiento doloso que exige como complemento subjetivo la finalidad de explotación. El mismo artículo 188A del Código Penal colombiano, en su inciso segundo, señala qué se entiende por explotación (complemento descriptivo), debiendo obtenerse un provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona.

A continuación, las situaciones descritas en la norma como explotación, que en todo caso no son taxativas, ya que al final se reconoce que cualquier clase de explotación puede dar cabida al complemento descriptivo del tipo:

- *Explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual*
- Trabajos o servicios forzados
- Esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud
- Servidumbre
- Explotación de la mendicidad ajena
- Matrimonio servil
- Extracción de órganos
- Turismo sexual

En el ámbito de la punibilidad⁴, la trata de personas tiene una pena máxima de 23 años de prisión, de conformidad con la reforma introducida por la Ley 985 de 2005. Ahora bien, aun cuando en virtud de esta norma jurídica, el mínimo punitivo es inferior al incremento que habría sufrido por la aplicación de la Ley 890 de 2004 (13.33 años), quedando en 13 años, con base en la reforma se consagra la prohibición de consentimiento, incluida en el último inciso, que es del siguiente tenor: “El consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación definida en este artículo no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal”.

Sobre esto último, Pabón⁵ señala lo siguiente: “(...) el mencionado contenido normativo parece innecesario, puesto que en realidad lo que se pretendió neutralizar,

3 Pabón, P. A. (2011). *Manual de Derecho Penal, Tomo II – Parte Especial*, 8° Ed., Bogotá: Doctrina y Ley, p. 220.

4 Esto había sido expuesto en: Hernández, N. (2018). *El derecho penal de la cárcel*. Bogotá: Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes y EAFIT, p. 261.

5 Ob. Cit., p. 252.

sin duda, fue el consentimiento generado por error, el engaño o la violencia o aquel emitido por sujetos incapaces, todo lo cual ya está recogido en la norma general, vale decir, que en su presencia no opera la justificante". Esto es importante para enfatizar que la conducta (compuesta alternativa) estipulada en el delito de trata de personas (constituida por los verbos captar, trasladar, acoger o recibir), no es una acción voluntaria y por eso está comprendida dentro de la protección que se brinda a la autonomía personal, como expresión de la libertad individual y no del simple ejercicio del trabajo sexual. Se sanciona así la cosificación⁶ de la persona, menoscabando su poder de decisión o su autonomía personal⁷ y es suficiente con la creación del peligro sobre el bien jurídico de la víctima (tipo de mera conducta y de peligro), siempre y cuando se demuestre el complemento subjetivo del tipo⁸.

Empero, la evolución legislativa de este delito⁹, con base en los parámetros contenidos en el bloque de constitucionalidad¹⁰ condujo a la reubicación de este tipo penal, anteriormente encuadrado dentro del bien jurídico "*libertad, integridad y formación sexuales*" y ahora en la "*libertad individual y otras garantías*".

Por su parte, en la inducción a la prostitución, prevista en el artículo 213 del Código Penal, el objeto material personal sobre quien recae la acción (inducir), consiente el ejercicio de la actividad (comercio carnal o prostitución), es decir que "se mantiene incólume el derecho del sujeto pasivo para decidir si realiza actos de prostitución o de comercio carnal"¹¹.

6 En este sentido ver fundamento 20 de la sentencia objeto de este comentario.

7 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Providencia SP5298-2018 [48629 (05-12-18), CSJ, Sala de Casación Penal].

8 En este sentido ver fundamento 21 de la sentencia objeto de este comentario.

9 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Providencia AP3633-2018 [52271 (29-08-18), CSJ, Sala de Casación Penal].

10 Cfr. artículos 12, 13, 16, 17 y 28 de la Constitución Política y artículos 4° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 8° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 6° de la Convención Americana de Derechos Humanos, 1° y preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos que en su preámbulo expresó las preocupaciones derivadas por la delincuencia organizada transnacional y la necesidad urgente de fortalecer la cooperación para prevenir y combatir esas actividades en el plano nacional, regional e internacional y 9° del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de mujeres y niños -Protocolo de Palermo-. (Ver fundamentos 14 y 16 de la sentencia objeto de este comentario)

11 Torres (2011). "Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales", En: *Lecciones de Derecho penal, Parte Especial*, 2° Ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 896.

Tabla No. 1. Diferencias trata de personas e inducción a la prostitución.

Características	Trata de personas	Inducción a la prostitución
Desvalor	Mera conducta	Mera conducta
Bien jurídico tutelado	Libertad individual – autonomía personal	Libertad, integridad y formación sexual – explotación sexual
	Peligro	Peligro
Naturaleza de la acción	Ejecución permanente ¹²	Ejecución instantánea
Finalidad típica	Finalidad de explotación	Ánimo de lucro o satisfacción de deseos lujuriosos de un tercero
Desplazamiento de lugar	Exige	No exige
Voluntad	Comprometida	No comprometida

Fuente tabla: Elaboración propia.

De conformidad con la tabla anterior, un elemento diferenciador de los delitos de trata de personas y la inducción a la prostitución es la existencia de voluntad en este último, la cual fue menoscabada en el primero, sumado al desplazamiento de la persona de un lugar a otro.

3. Juicio de tipicidad y titularidad del *ius puniendi*

El juicio de tipicidad es la valoración que declara la anti-normatividad del comportamiento del autor¹³, adaptando la conducta puesta en conocimiento del ente acusador, a la descripción contenida en la parte especial del Código Penal. El Estado, como titular del *ius puniendi* actúa a través de la Fiscalía General de la Nación¹⁴, y esta entidad es la encargada de realizar la adecuación típica de la conducta.

12 Cfr. Providencia AP721-2015 [Rad. 45388 (18-02-15), CSJ, Sala de Casación Penal],

13 POSADA, R. (2015). *Delitos contra la vida y la integridad personal*. Tomo II, Bogotá: Grupo Editorial Ibañez y Universidad de los Andes, p. 32.

14 El acto legislativo 6 de 2011 desmonopolizó la titularidad de la acción penal, habilitando estas funciones en cabeza de las víctimas, dentro de situaciones particulares. BERNAL, J. Y MONTEALEGRE, E. (2013). *El proceso penal. Estructura y garantías procesales*, 6° Ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 57.

Así lo ha reconocido nuestra Corte Suprema de Justicia, señalando que:

“(..) el *nomen iuris* de la imputación compete a la Fiscalía, respecto del cual no existe control alguno, de tal forma que de ninguna manera se puede discutir la validez o el alcance de la acusación en lo sustancial o sus aspectos de fondo. La tipificación de la conducta es una atribución de la Fiscalía que no tiene control judicial, ni oficioso ni rogado. La ley y la jurisprudencia han decantado igualmente que, a modo de *única excepción*, al juez, bien oficiosamente, bien a solicitud de parte, le es permitido adentrarse en el estudio de aspectos sustanciales, materiales, de la acusación, que incluyen la tipificación del comportamiento, cuando se trata de *violaciones a derechos fundamentales*¹⁵.¹⁶

Este ejercicio no se limita al momento procesal de la imputación, siendo imprescindible el correcto encuadramiento de la conducta desde el conocimiento de la misma, con miras a concretar una buena investigación en la fase de indagación.

En este marco de competencia, resulta preocupante el desconocimiento por parte de la Fiscalía General de la Nación, de los elementos contenidos en la descripción de los delitos consagrados en la parte especial del Código Penal, al igual que la omisión frente a los hechos puestos a su disposición en la noticia criminal. Esto es así, por ejemplo, cuando no tiene en cuenta el contenido sexual de una conducta¹⁷ y termina tipificándola como un delito contra el patrimonio económico (extorsión), omitiendo también el complemento subjetivo del tipo (propósito de obtener provecho ilícito o cualquier utilidad ilícita o beneficio ilícito)¹⁸, o la existencia de violencia frente a un comportamiento sexual en el cual se encuentra vinculado un menor de 14 años, lo que degenera en un acceso o acto sexual violento, en vez de un acto o acceso carnal abusivo, supuesto este último que implica un consentimiento que no es válido¹⁹.

15 SP14191-2016.

16 Providencia STP12631-2021 [11604 (21-09-21), CSJ, Sala de Casación Penal – Sala de decisión de tutelas No. 2].

17 La situación fáctica contenida en la providencia SP4573-2019 [Radicación 47234 (24-10-19), CSJ, Sala de Casación Penal], corresponde a un sujeto que sostenía conversaciones a través de *Facebook* con una menor, quien tras conseguir que esta última le enviara fotografías suyas en ropa interior, le pidió desnudarse y masturbarse [actos sexuales diversos al acceso carnal] frente a la cámara del chat, amenazándola con publicar las fotos que ya le había mandado. En virtud de la amenaza, la menor accedió al requerimiento de explícito contenido libidinoso

18 Este caso es analizado en HERNÁNDEZ, N. (2019). Comentario a la sentencia del 24 de octubre de 2019 [SP4573-2019 (Radicación 47234)] de la Corte Suprema de Justicia Cibersexo, delito y teoría de las actividades cotidianas. *Nuevo Foro Penal*, 15(93), 255–262.

19 Cfr. *Ámbito Jurídico*. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/penal/constitucional-y-derechos->

En esta misma línea, la ausencia de voluntad de la víctima para ejercer la prostitución, sumado a su desplazamiento de un lugar a otro, no admite la adecuación de este comportamiento como inducción a la prostitución. Esto no solo es una afrenta contra los derechos de la víctima, sino que constituye un flagrante desconocimiento de los instrumentos internacionales relacionados con la trata de personas, e incluso ignorancia de la normatividad contenida en nuestro Código Penal. En definitiva, esto degenera en el levantamiento de barreras para el acceso a la justicia.

4. Enfoque de derechos humanos frente al delito de trata de personas con base en la sentencia T-236 de 2001.

De conformidad con la decisión objeto de este comentario, la trata de personas es un delito que vulnera los derechos humanos de la víctima, a quien se le debe brindar especial atención y protección, desprovista de barreras administrativas y judiciales que terminen posponiendo su cuidado a escenarios en los que se hagan nugatorias o poco efectivas las medidas estatales, en detrimento de su dignidad humana.

Las víctimas del delito de trata de personas sufren la afectación de innumerables derechos, lo que las impacta física, psicológica y socialmente, en tanto delito pluriofensivo. En consecuencia, es necesario brindarles una protección integral que no se limite a permitirles escapar de sus captores y que los mismos sean condenados penalmente. También se les debe facilitar enfrentar el impacto y las secuelas de la vulneración de cara a su recuperación y reinserción a la sociedad.

La amplia afectación y la multiplicidad de fenómenos que rodean la conducta, hacen que la protección deba iniciar incluso, antes de que la Fiscalía pueda tener conocimiento de la comisión del respectivo delito, sin estar sujeta a los resultados del proceso penal que se adelante. Lo anterior, en línea con una perspectiva que integre un enfoque de derechos humanos, alejado de tratamientos discriminatorios que impidan a las víctimas recibir una atención integral.

Las autoridades están en la obligación de proteger y asistir a las víctimas de trata de personas y no imponer barreras, límites o exigencias que, en lugar de garantizar los objetivos del Estado, generan mayores vulneraciones que impiden a las víctimas su recuperación e inclusión social, revictimizándolas.

Las obligaciones de protección y de asistencia de las autoridades se derivan de la Carta Política y de lo dispuesto en el Protocolo de Palermo (art. 2, literal b), de la Ley 985 de 2005 (art. 1 y 2, numerales 1 y 2), del Decreto 1069 de 2014 (art.

1) y del objetivo general del Anexo Técnico 2 del Decreto 1818 de 2020. Para el cumplimiento de dichas obligaciones, las autoridades deben coordinarse y colaborar entre ellas de manera armónica y articular su trabajo con otros Estados.

El Estado colombiano adquirió unos compromisos internacionales, principalmente, en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños -Protocolo de Palermo-, aprobado mediante la Ley 800 de 2003. Con el propósito de cumplir esos compromisos, el legislador expidió la Ley 985 de 2005, “por medio de la cual se adoptan medidas contra la trata de personas y normas para la atención y protección de las víctimas de la misma”, que incluye medidas de prevención, protección y asistencia, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos y el fortalecimiento del Estado para lograrlo. Con la Ley 985 de 2005 se procuró, entre otras, (i) adoptar medidas de prevención y un componente de protección y asistencia a las víctimas y posibles víctimas, de modo que (ii) se les garanticen sus derechos humanos y se (iii) fortalezca la acción del Estado contra ese delito.

Según el artículo 7 de la Ley 985 de 2005, a las víctimas -directas e indirectas- del delito de trata se les debe garantizar protección y asistencia, con un enfoque que se encamine a otorgarles medidas que garanticen el aseguramiento de su recuperación física, psicológica y social, con fundamento en la protección de sus derechos fundamentales. Dicho programa de protección y asistencia contiene medidas inmediatas y mediatas. Las medidas inmediatas incluyen: (i) retorno de las víctimas a su lugar de origen si estas lo solicitan; (ii) seguridad; (iii) alojamiento adecuado; (iv) asistencia médica y psicológica; (v) asistencia material; (vi) suministro de información y asesoría jurídica respecto a los derechos y procedimientos legales a seguir. Por su parte, las medidas mediatas se encaminan a garantizar el acceso a la oferta institucional para lograr el restablecimiento de los derechos de la víctima, a través de: (i) capacitación y ayuda en la búsqueda de oportunidades de empleo y (ii) acompañamiento jurídico durante todo el proceso legal para exigir la reparación de los daños que han sufrido las víctimas.

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional precisa en sus consideraciones que, las entidades competentes para ejecutar el programa de asistencia y protección a las víctimas son: (i) a nivel nacional: Ministerios de Relaciones Exteriores, Interior, Salud y Protección Social y Trabajo, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), Policía Nacional–Interpol, Fiscalía General de la Nación, Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, Defensoría del Pueblo, Registraduría Nacional del Estado Civil, Servicio Nacional de Aprendizaje

(SENA) e Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior (ICETEX); (ii) a nivel territorial: departamentos, distritos, municipios y sus entidades descentralizadas; (iii) también se establecieron funciones a los órganos de control como lo son la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República.

La asistencia inmediata y mediata deberá prestarse sin necesidad de denuncia, pues basta con la recepción de la información proveniente de cualquier fuente, siempre que constituya un indicio del que se infieran fines de explotación. En Sentencia C-470 de 2016 se estableció que las medidas de asistencia -inmediatas y mediatas- para las víctimas del delito de trata de personas, en tanto mecanismo de protección integral, deben ser garantizadas sin supeditarlas a la presentación de la denuncia, al éxito de la investigación o al avance del proceso penal.

El delito de trata de personas es de investigación oficiosa, de manera que el Estado no puede trasladarle esa carga a la víctima y, menos aún, impedirle acceder a los programas de protección y asistencia que debe garantizar, pues *“constituye una medida desproporcionada, innecesaria y lesiva de los derechos fundamentales”*.

Se insiste en que para garantizar la investigación penal no es indispensable ni necesaria la denuncia de la víctima, pues existen medios alternativos para reemplazarla, que hacen posible el conocimiento de los hechos delictivos por parte de la Fiscalía General de la Nación. Ello, por cuanto la exigencia de denunciar penalmente supone riesgos significativos para la víctima, debido a las constantes amenazas y eventuales retaliaciones a las que se vería sometida. Exigir la denuncia previa supone el favorecimiento de la perspectiva penal y, en los casos de trata de personas, la que prevalece es la perspectiva de derechos fundamentales.

Concretamente en relación con la población migrante procedente de Venezuela, la sentencia bajo análisis deja claro que esta se halla expuesta a un riesgo mayor de ser víctima del delito de trata, pues padece unas condiciones de pobreza extrema, abandono estatal y condiciones migratorias irregulares que la expone a padecer situaciones de explotación, lo que no puede determinarse por el índice de casos denunciados debido a las barreras que impiden identificarlo y ponerlo en conocimiento de las autoridades.

5. Solución al caso concreto

La Corte Constitucional amparó los derechos fundamentales a la integridad personal, a la seguridad, al mínimo vital, a la salud y a la dignidad humana de la accionante y de su familia. En lo que atañe a la adecuación típica de la conducta, le

ordenó a la Fiscalía General de la Nación verificar la investigación adelantada por los hechos expuestos en la denuncia de la accionante, a efectos de establecer la posible comisión de los delitos trata de personas y actos sexuales abusivos.

La indebida adecuación típica degeneró en vulneración de derechos fundamentales de la accionante por otras entidades, al supeditar su inclusión en el programa de asistencia y protección a víctimas de la trata de personas (Comité Municipal de lucha contra la trata de personas), a la actuación penal y a la supuesta irregularidad de la situación migratoria de las víctimas. Lo anterior, omitiendo que, de acuerdo con lo establecido en la jurisprudencia constitucional, la presentación o no de la denuncia y el plan metodológico que la Fiscalía defina para adelantar la investigación no pueden servir de fundamento para negar la inclusión en dicho programa. Además, impuso una exigencia no prevista en el marco normativo para que una persona sea incluida en el programa de protección y asistencia, pues sometió el reconocimiento a la adecuación típica de la conducta investigada por la Fiscalía.

En el presente caso, dicho Comité desconoció que es víctima del delito de trata de personas, quien haya sido -captada, trasladada, acogida o recibida- con fines de explotación, con independencia de que se identifique, procese o condene al autor del delito. Además, impidió la activación del programa de protección y asistencia para el cual basta la mera recepción de la información proveniente de cualquier fuente, que constituya indicio de los fines de explotación. Haber supeditado la protección y asistencia al trámite judicial y a la regularización migratoria, desconoce el enfoque de derechos humanos que se impone al momento de enfrentar situaciones que podrían configurar el delito de trata de personas.

Por lo anterior, le ordenó al Comité Municipal de lucha contra la trata de personas, incluir a la accionante y a su familia en el programa de protección y asistencia fijada en el Decreto 1069 de 2014, así como iniciar los trámites para suministrarles todas las medidas en el previstas. Igualmente le ordenó abstenerse de dar prevalencia a la investigación penal sobre el enfoque de derechos humanos, de modo que siempre que haya indicios de que la conducta podría ser constitutiva de trata de personas, active el programa de protección y asistencia a las víctimas.