

“Trata de Personas: Comparativa entre Brasil y Colombia Frente a su Tratamiento Penal”²

RESUMEN

Mediante este artículo académico se realiza un ejercicio de confrontación jurídica utilizando un método cualitativo-deductivo, llevando a cabo un análisis en abstracto entre las instituciones procesales y sustantivas penales colombianas y brasileras respecto del delito *Trata de Personas*, consagrado en el artículo 188 A del Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000), y a su vez señalado en el Código Penal brasileiro (Decreto Ley 2848 de 1940) en el artículo 149 A, estudiado en el marco de las ponencias realizadas en asocio con la Pontificia Universidad Católica de Rio de Janeiro, alrededor del *Primer Congreso Internacional Colombo – Brasileiro, en torno al Tratamiento Penal de la Corrupción y los Delitos Comunes*, con el fin de dilucidar cuál es el tratamiento jurídico penal y procesal dado al mencionado delito entre las dos legislaciones, cuyo objetivo general radica en realizar la comparación típica y normativa del tipo analizando sus elementos, procedimiento y graduación de la pena, para finalmente y como objetivos específicos, dar cuenta de los compromisos internacionales adquiridos en esta materia por los dos Estados y su materialización en el derecho interno.

PALABRAS CLAVE

Trata de personas, Derecho Penal colombiano, Derecho penal brasileiro, tratamiento penal, delitos comunes, graduación, pena.

ABSTRACT

Through this academic article, it has been made an exercise of legal confrontation, carried out using a qualitative-deductive method, employing an abstract analysis between Colombian and Brazilian criminal procedure and substantive institutions regarding the Trafficking in Persons crime, enshrined in the article 188 A of the Colombian Criminal Law Code (Law 599 of 2000), and indicated in the Brazilian Criminal Code (Decree Law 2848 of 1940) in its article

¹ Abogada y especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás de Bogotá D.C., Maestranda en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás de Tunja. Abogada sustanciadora en procesos sancionatorios administrativos de la Secretaría Distrital de Bogotá, en la Subdirección de Control e Investigaciones al Transporte Público, y abogada en temas de asesoría del Departamento Administrativo de la Función Pública en el Grupo de Servicio al Ciudadano Institucional.

Contacto: laura.gonzalezf@usantotomas.edu.co

² Aprobado el 02 de diciembre de 2019.

149 A, studied in the framework of the presentations made in association with the Pontifical Catholic University of Rio de Janeiro , around the *First Colombo - Brazilian International Congress, about the Criminal Treatment of Corruption and Common Crimes*, in order to elucidate what is the criminal and procedural legal treatment given to the aforementioned crime between the two laws, whose general objective lies in the typical and normative comparison of the crime analyzing its elements, procedure and graduation. Finally, and as specific objectives, it is intended to give an answer of the international commitments acquired in this subject by the two States and their materialization in their domestic law.

KEYWORDS

Trafficking in persons, Colombian Criminal Law, Brazilian Criminal Law, criminal treatment, common crimes, graduation, penalty.

INTRODUCCIÓN

La Trata de Personas, se ha considerado a luz de la comunidad internacional, como un crimen interno o transnacional, donde se capta y traslada (acción) a una persona o grupo, mediante amenaza, fuerza o coacción donde a través del engaño, abuso de poder o posición de superioridad (medios), se obtiene el consentimiento viciado de la víctima con fines de explotación, traducida en prácticas de trabajo forzoso, serviles, esclavistas, sexuales o inclusive, destinadas para la extracción de órganos con fines ilícitos (propósito).

Por ello, habitualmente es un delito que tiene conexidad con otros crímenes tales como el secuestro, las desapariciones forzadas, la falsificación de documentos públicos y privados, el abuso físico y sexual, o el consumo de sustancias estupefacientes, atentando gravemente contra los derechos humanos especialmente contra la dignidad, la vida, la libertad, el derecho a no ser sometido a esclavitud, servidumbre, trabajo forzoso o el derecho a no ser sometido a torturas y/o a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

De ahí el valor y la importancia que tiene el estudio de este crimen contra la humanidad dentro de las legislaciones penales en Estados como Colombia y Brasil, que alrededor de esta problemática, han sido países de origen, de tránsito o de destino frente a las personas objeto de la explotación. Por ello se ha querido realizar una reflexión jurídica desde las experiencias comparadas, para analizar la configuración penal de este delito entre los dos regímenes penales precitados.

Debe decirse, que el fenómeno criminal de la trata de personas no es un mal creado por la sociedad contemporánea como lo anota Rogerio Greco (2014), ya que por el contrario, la historia de la humanidad muestra que desde la antigüedad, especialmente en las sociedades griegas, y más tarde romanas,

comprar y vender personas era una práctica común, principalmente con el fin de explotar su fuerza de trabajo donde los esclavos eran tratados como meros objetos.

De otra parte, debe señalarse que este fenómeno criminal encuentra sus antecedentes latinoamericanos durante el período de la conquista española, donde en épocas de guerra, los españoles entregaban o eran merecedores del *botín de mujeres* a la parte vencedora a modo de trofeos de guerra, lo que es considerado como el precedente del comercio sexual con mujeres, ya que inclusive se crearon establecimientos comerciales dedicados a este tipo de actividades.

Durante el período colonial, las mujeres de origen africano e indígena fueron especialmente explotadas y comerciadas como mano de obra con fines de servidumbre, que eran tratadas y consideradas como meros objetos que cumplían una función sexual y reproductiva, facilitándose en contextos de mercados matrimoniales o concubinatos donde debían estar a libre disposición de sus amos.

A finales del siglo XIX, se agudizó la práctica de este crimen alrededor del tráfico de mujeres europeas (incluyendo niñas y adolescentes) en los conflictos del siglo diecinueve y posteriormente, durante el surgimiento de la primera y segunda guerra mundial en el siglo XX, que huyendo de las atrocidades y los horrores de las hostilidades, fueron víctimas de los traficantes que las utilizaron con fines de explotación sexual, siendo desplazadas como concubinas o prostitutas a países europeos del este, Asia y África.

Ulteriormente, a finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI, el fenómeno de la globalización jugó un papel clave en este fenómeno favorecido por el uso de la tecnología, la migración, los avances en los sistemas de transporte, la internacionalización de la economía y las actividades interconectadas con el negocio criminal³, contexto que propició a los traficantes de personas para que tuvieran más facilidades a la hora de contactar y captar a potenciales víctimas, situación que lejos de desaparecer, va en aumento según cifras de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito -UNODC⁴- toda vez que entre el año 2010 y 2012 se identificaron víctimas de 152 nacionalidades diferentes en 124 países de todo el mundo.

1. APROXIMACIÓN AL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO Y BRASILEÑO.

Para dar inicio al análisis jurídico entre las legislaciones penales colombianas y brasileras respecto del tipo penal en estudio, se hace necesario distinguir, en primera medida, el sistema jurídico de uno y otro país, para examinar

³ Comisión Parlamentaria Paritaria de Investigación, establecida por la Solicitud No. 2 de 2003, con el objetivo de investigar situaciones de violencia y redes de explotación sexual de niños y adolescentes en Brasil.

⁴ Véase el Informe Mundial sobre la Trata de Personas - Resumen Ejecutivo – publicado en 2014 por la UNODC.

posteriormente el tratamiento penal dado al delito de trata de personas según la familia jurídica que cada país posea.

En primer lugar y en el caso colombiano, debe recordarse que la actual carta constitucional de 1991 se cimienta sobre el concepto de dignidad humana y prevalencia de los derechos fundamentales, lo que ha presupuesto una evolución importante del derecho constitucional y del sistema continental, que hoy se podría apreciar como un sistema (neo) romano – germánico, desde la concepción socio-jurídica del Estado Social y Democrático de Derecho, como se verá más adelante.

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia C-027 de 2018, señaló que dicho modelo social de derecho se fundaba principalmente en la búsqueda permanente de la vigencia de un orden político, económico y social justo con miras a la efectividad real de los derechos y deberes que en la carta política se consagran para así alcanzar los fines esenciales del Estado, materializándose la justicia como uno de los valores que consolidan el orden constitucional colombiano.

Consideraciones relevantes que inciden en la definición del sistema jurídico colombiano a la luz de la naturaleza iusnaturalista que la constitución de 1991 le imprimió a la hora de interpretar el orden jurídico vigente, al restringir de cierto modo, la rigidez hermenéutica que se realizaba alrededor de las fuentes del derecho, en comparación con el panorama jurídico actual que sitúa la prevalencia de los derechos humanos y la dignidad humana, como eje central del ordenamiento legal.

Así las cosas, las teorías modernas circunscriben el sistema jurídico colombiano en la familia del derecho romano-germánico, que según David R. et al. (2010), sitúa a la ley como la fuente principal del derecho, por lo que las fuentes distintas a ella parecieran ocupar un lugar subordinado y de menor importancia en comparación con la ley.

Sin embargo, como lo anota el profesor Tarazona Navas (2007), *en Colombia tenemos un sistema jurídico que corresponde al tradicional sistema de fuentes formales romanista y positivista de normas jurídicas legales y un sistema de normas jurídicas jurisprudenciales*, poniendo de presente que el sistema jurídico actual que rige en Colombia se basa en el sistema de fuentes *neorromanistas* de acuerdo con el precedente obligatorio en consonancia con el concepto de Estado constitucional y social de derecho previamente tratado.

En los mismos términos, la jurisprudencia constitucional en sentencia C-634 de 2011, señaló que el sistema jurídico colombiano responde a una tradición de derecho legislado, la cual matiza, aunque no elimina, el carácter vinculante del precedente, lo que no sucede por ejemplo con otros modelos propios del derecho

consuetudinario, donde el precedente es obligatorio.

Finalmente concluye Santos Ibarra (2013) que, con la llegada de la Constitución de 1991, la concepción de Estado Social de Derecho y la prevalencia de los derechos fundamentales (esencialmente el de dignidad humana), apartaron al sistema jurídico colombiano del sistema *civil law* en su estado más puro, acogiénzose a la familia romano-germánica o neo-románica, como garantía real de la materialización de los fines del Estado que le exigía adoptar el modelo social y democrático de derecho.

Por todo lo anterior- la influencia iusnaturalista, la nueva concepción de derecho y el valor dado al precedente constitucional - se logra situar al sistema jurídico colombiano en la concepción moderna de sistema romano-germánico o neorrománico, donde los sistemas tradicionales del *common law* y *civil law* coexisten brindando elementos que contribuyen a la garantía y protección de las necesidades de los administrados.

Por otro lado, la Constitución de la República Federativa de Brasil, en vigor desde el 5 de octubre de 1988, es la ley suprema del país que lo enmarca en una República Federativa integrada por la unión indisoluble de los estados, los municipios y el Distrito Federal; proclamado como un Estado Democrático, diseñado para garantizar el ejercicio de los derechos sociales e individuales, la libertad, la seguridad, el bienestar, el desarrollo, la igualdad y la justicia como valores supremos de una sociedad fraterna, pluralista y sin prejuicios, fundada en la armonía social y comprometida en orden nacional e internacional, con el arreglo pacífico de las disputas.

Por ello y en razón a su sistema político, los veintiséis estados federados tienen autonomía para elaborar sus propias constituciones estatales y leyes, aunque su competencia legislativa se limita a los principios establecidos en la Constitución Federal. (Organización de los Estados Americanos, 2008)

En cuanto al sistema jurídico brasileño, este se basa de igual forma en la tradición romano-germánica, es decir, del *civil law*. En este sentido Saldanha Villar (2019) ilustra que el *civil law* (también llamado de manera restringida sistema romano-germánico) es el sistema legal más extendido en el mundo y se basa en el derecho escrito, ya sea codificado o no.

Pero el *common law* (derecho común o derecho consuetudinario), más conocido como el sistema de la ley no escrita, es el sistema legal de origen anglosajón que se desarrolló a partir de las decisiones de los Juzgados y Tribunales, no por actos legislativos o ejecutivos. En resumen, puede afirmarse que el sistema de *civil law* es marcadamente legalista, que tiene a la legislación como fuente principal de derecho, mientras que el *common law* tiene como fuente principal los precedentes judiciales.

En los países que siguen el sistema de *common law*, los precedentes judiciales tienen una eficacia vinculante, especialmente los precedentes del Tribunal Superior, lo que garantiza que futuros casos similares se resuelvan de la misma manera: la llamada Teoría del precedente judicial (o *Stare Decisis*). En el sistema de *civil law*, por otro lado, los precedentes judiciales son, por regla general, no vinculantes, ya que prevalece el principio de legalidad.

Por ello el escenario jurídico mundial actual, marcado por el proceso de globalización, se encuadra en el contexto de una intensa comunicación intercultural que conduce a la aproximación progresiva de estos dos sistemas legales, que comienzan a dialogar y que no son necesariamente excluyentes. Así, se puede evidenciar una mixtura entre los dos sistemas donde se ven países angloamericanos marcados por el sistema de *common law*, redactando normas legislativas generales, mientras que en los países de *civil law*, la jurisprudencia y los precedentes judiciales están cobrando cada vez más fuerza vinculante.

Brasil, donde está en vigor el sistema legal de *civil law*, se ha beneficiado de las fuertes transformaciones provocadas por la influencia del *common law* y de su acercamiento con el *civil law*. La ley brasileña, por lo tanto, se está acercando cada vez más al modelo teórico de *Stare Decisis*, evidenciado en la creciente apreciación de la decisión judicial como fuente indispensable del derecho, resultando en el nuevo fenómeno de los sistemas jurídicos tradicionales hacia la "*commonlawización*" en la práctica del derecho nacional brasileiro, e inclusive en el latinoamericano.

Con todo lo anteriormente anotado, vale decir que las legislaciones colombiana y brasileira, comparten el mismo modelo o familia jurídica romano-germánica o *neorrománica*, ya que si bien su derecho es legislado –legado del *civil law*– se ha matizado con la fuerza vinculante que ha tomado el precedente judicial – herencia del *common law*– esto, evidenciado a la hora de aplicar las fuentes formales de la ley, no existiendo un modelo puro escritural o jurisprudencial, ya que como se anotó anteriormente, los dos sistemas no necesariamente se excluyen entre sí, toda vez que se observan países angloamericanos marcados por el sistema de *common law*, redactando normas legislativas generales, mientras que en los países de *civil law*, la jurisprudencia y los precedentes judiciales están ganando cada vez más fuerza vinculante, como en el caso de Colombia y Brasil.

2. CONSIDERACIONES SOBRE EL SISTEMA PROCESAL PENAL COLOMBIANO Y BRASILEÑO.

Visto cual es el sistema jurídico penal vigente que rige en la legislación de Colombia y Brasil, se analizarán las características y particularidades de cada sistema procesal penal, para entender de mejor manera el tratamiento que actualmente se le da al delito en estudio.

Como lo menciona Díaz Pucheta (2017), los sistemas procesales penales dirigen la manera en cómo está estructurado y organizado determinado proceso penal, ya que *“de la correcta estructuración del proceso dependerá el hecho de que éste cumpla efectivamente -o no- con los principios que lo fundan”* (Binder, 2000).

Si bien los modelos procesales varían según cada país o tradición jurídica, en general respetan la siguiente estructura: *“1) de investigación; 2) de análisis de lo investigado; 3) el juicio propiamente dicho; 4) control del resultado del juicio (mediante recursos); y 5) ejecución de sentencia firme”* (ibídem).

Así las cosas, todos los códigos procesales responden a uno o varios modelos de estructuración de procesos, los cuales son: inquisitivo o acusatorio (según el rol de las partes); u oral o escrito (según sus formas); entre otros.

En el caso colombiano, la sentencia C-591/05 proferida en la época de implementación del entonces nuevo sistema penal acusatorio, muestra los rasgos más representativos de este modelo puesto en marcha desde el Acto Legislativo 03 de 2002 y desarrollado mediante la Ley 909 de 2004, poniendo de presente que dicho modelo propende por la garantía de los derechos fundamentales del inculcado, para la definición de la verdad y la realización efectiva de la justicia, teniendo presentes de igual forma los derechos de las víctimas; por lo que puede afirmarse que Colombia, fue uno de los primeros países en implementar un sistema procesal de segunda generación en América del Sur.

Estas reformas de 2° generación, suponen la implementación de la oralidad en todas las etapas del proceso penal, procurando producir las pruebas en la audiencia de juicio e introduciendo cambios en los modelos de organización judicial, lo cual contribuyó realmente a salir de la lógica del sistema inquisitivo. (Díaz Pucheta, 2017)

Con la instauración de aquel sistema acusatorio, se estructuró un nuevo modelo donde cualquier afectación a los derechos del investigado por actividad de la Fiscalía, queda decidida por un funcionario judicial que debe autorizarla o convalidarla respetando las garantías constitucionales, a fin de lograr la mínima afectación a los derechos fundamentales.

Sin embargo, la mencionada jurisprudencia advierte que aquel diseño procesal no corresponde a un proceso adversarial, ya que entre las dos partes procesales se reputa la igualdad de condiciones; toda vez que por un lado se encuentra un ente acusador, quien pretende demostrar en juicio la solidez probatoria de una teoría del caso, y por el otro, un acusado, quien busca demostrar su inocencia.

A su vez, en este modelo el acusado es un sujeto de derechos que se encuentra en igualdad de condiciones con la parte acusadora (igualdad de armas); existe

una separación entre la función acusatoria y la decisoria; el procedimiento se desarrolla en debate público, oral, continuo, en contradictorio y las pruebas son valoradas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, desarrollándose de forma oral a través de audiencias donde el principio de contradicción e inmediación judicial se materializan, ya que en ellas las partes pueden presentar sus teorías contrapuestas ante un juez, donde este toma conocimiento del caso en la audiencia y decide basándose en las pruebas producidas y opuestas en ella.

Así lo secunda la mentada sentencia, arguyendo que el rol que desempeña el juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, ya que debe buscar la aplicación de la justicia material, y sobre todo, en fungir como guardián del respeto hacia los derechos fundamentales del indiciado y los de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

En estos términos, según el ex Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Álvaro Orlando Pérez Pinzón (2006) cuando se estableció el denominado “sistema procesal penal acusatorio”, se encargó a la Fiscalía General de la Nación de la ejecución del principio de legalidad procesal, salvo los casos de aplicación del principio de oportunidad, y determinó las funciones de la Fiscalía y del Fiscal General.

Resalta el jurista que este sistema procesal que pretende ser de tendencia acusatoria, todavía conserva muchos rasgos inquisitivos, como proceso caracterizado por llevarse a cabo en forma escrita; donde la autoridad se ubica en el papel de investigador, acusador y juzgador; es el juez quien tiene el impulso procesal; y normalmente el acusado no conoce al juez (Alvarado Velloso, 2002).

Ejemplo de aquellos rezagos inquisitivos pueden ser la formulación de imputación; la preclusión de la instrucción; la inexistencia de jurado; o la concurrencia del Ministerio Público (procuraduría); sin embargo debe decirse que el actual sistema procesal posee un catálogo importante de principios fundamentales que se pueden condensar en los de dignidad, libertad, adopción del bloque de constitucionalidad, igualdad, imparcialidad, legalidad, presunción de inocencia, defensa, contradicción, concentración, inmediación, oralidad, publicidad, juez natural, *non bis in idem*, exclusión de la prueba ilícita, o prohibición de la *reformatio in peius*.

La huida del sistema inquisitivo al sistema acusatorio tiene una explicación, ya que en los últimos 30 años se ha evidenciado en los países latinoamericanos la tendencia de acoger el sistema acusatorio dentro de sus legislaciones abandonando la teoría inquisitiva, al constatar que con aquel modelo la justicia no respondía con efectividad al contar con muy poca capacidad de investigación real,

donde existían muchos formalismos e imperaba un proceso desprovisto de oralidad, dando origen al colapso del sistema penal en muchos países de la región.

En relación al sistema procesal penal de Brasil, es necesario recordar que este país está concebido como una República Federativa, por lo cual tiene Justicias Estaduales (una por cada uno de los 26 Estados Federados) y una Justicia Federal presente en todo el país.

Al respecto ilustra el Dr. Gusmán (2009) señalando que: *El proceso penal brasileño tiene medidas alternativas a la prisión desde 1984 e implementó el principio de oralidad desde 1995. Por último, con la Reforma de 2008, Brasil incorporó la oralidad en el juicio mediante una audiencia única y pública; pero la investigación preliminar, llamada de inquérito policial, continúa siendo realizada por la policía en forma escrita.*

También se incorporaron otros tipos de procesos: a) ordinario (delitos con pena máxima de cuatro años); b) sumario (delitos con pena de dos a cuatro años); c) sumarísimo (delitos de penas de hasta 2 años, son orales en principio); y d) especial (juicio por jurados para, por ejemplo, delitos dolosos contra la vida). (ibídem)

Por otro lado, pese a dichos cambios, el sistema procesal penal de Brasil tiene la vicisitud de que la investigación penal es iniciada por la policía, y sólo interviene el Ministerio Público a partir del *inquérito policial*. En virtud de lo expuesto, el sistema procesal penal de Brasil es considerado un sistema acusatorio de primera generación o mixto, a diferencia de Colombia que posee un sistema procesal de segunda generación.

Así lo confirma Araújo Reis & Rios Gonçalves (2016) donde se argumenta que Brasil, actualmente adopta el sistema acusatorio, ya que como se reitera, existe una clara separación entre la función acusatoria – del Ministerio Público en los delitos de acción pública - y la función juzgadora. Sin embargo, los autores son categóricos en indicar que este no es un sistema acusatorio puro ya que, si bien la regla es que las partes deben presentar sus pruebas, se permiten excepciones en las que el propio juez puede determinar de oficio, su producción de forma complementaria.

Esto se puede constatar analizando el artículo 156 del Código de Procedimiento Penal brasileiro, donde el juez de manera oficiosa puede ordenar, incluso antes del comienzo de la acción penal, la producción anticipada de evidencia considerada urgente y relevante (la denominada prueba anticipada en el Código de Procedimiento Penal colombiano estipulado en el art. 248), observando la necesidad, adecuación y proporcionalidad; y determinar, en el curso de la instrucción, la realización de diligencias para resolver dudas sobre el cuestiones

relevantes.

Asimismo, el artículo 212 del mismo Código brasileiro establece que en cuanto a la diligencia de interrogatorio, las partes deben dirigir las preguntas directamente a los testigos, pero al final el juez puede complementar la diligencia sobre puntos no esclarecidos. Igualmente el artículo 404 de la mencionada codificación, establece que el juez puede al final de la instrucción, determinar de oficio, la realización de nuevas diligencias consideradas imprescindibles para la mejor comprensión del asunto en caso de duda; situaciones procesales que hacen patente la facultad oficiosa del juez penal en el sistema acusatorio.

Por ello, señalan los autores Araújo Reis & Rios Gonçalves, que no hay absolutamente nada de inconstitucional en estas concesiones oficiosas dadas al juez, ya que la Constitución Federal no contiene ninguna directiva que adopte el sistema acusatorio puro ni impide que el juez determine las investigaciones probatorias de oficio.

Finalmente, concluyen los autores que la mayor evidencia de que la legislación procesal brasileira no ha adoptado el sistema acusatorio puro se encuentra en el artículo 385 del CPP, que permite al juez condenar al acusado en delitos de acción pública a pesar de que el Ministerio Público haya manifestado su absolución. También cabe la posibilidad, entre otras, la potestad del juez penal de destituir al defensor constituido por el acusado si considera que su defensa es precaria (teoría del *acusado indefenso*).

3. LA CODIFICACIÓN DE LA TRATA DE PERSONAS EN LA LEGISLACIÓN PENAL COLOMBIANA Y BRASILERA.

Según el informe de las Naciones Unidas sobre la trata de personas Naciones - ONU, en 2014, hubo más de 150 víctimas de diversas nacionalidades, repartidas en más de 120 países de todo el mundo. Sobre los reclutadores se tienen cifras de que el 72% eran hombres y el 28% mujeres. En cuanto a las víctimas, el 49% de ellas eran mujeres, el 18% eran hombres, el 21% eran niñas, y adolescentes mujeres, y el 12% restante eran niños y adolescentes varones (Greco II, 2017).

Según el informe, el 53% de las víctimas de la trata de personas son explotados sexualmente, de los cuales 40% son para trabajo esclavo, el 0.3% son destinados para la extracción de órganos, dividiendo el porcentaje restante entre las otras formas de este tipo de criminalidad.

Ante este panorama, la legislación penal de Colombia y de Brasil no fue indiferente ante esta atroz práctica, y a través de la Ley 747 de 2002 en el caso colombiano, se creó el tipo penal de la trata de personas, que posteriormente fue modificado por la Ley 985 de 2005, imprimiéndole al artículo 188-A del Código

Penal colombiano⁵ un sentido más amplio.

En el caso brasileiro, los delitos de trata internacional e interna de personas (artículos 231 y 231-A del Código Penal brasileiro) fueron expresamente derogados por la Ley No. 13.344 del 6 de octubre de 2016, creando la nueva figura típica del Código Penal prevista en el art. 149-A⁶.

Ahora bien, se procederá a descomponer y analizar los rasgos jurídicos del delito de acuerdo a su tratamiento penal dado en una y otra legislación.

3.1. Concepto del tipo penal.

Mediante la sentencia C-464/14, se citan las consideraciones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, señalando que se puede entender que la inflexión “trata”, “conforme a sus dos principales acepciones corresponde a “Manejar algo y usarlo materialmente” o “Manejar, gestionar o disponer de algún negocio”, concluyendo así que la acción prohibida en el tipo penal es la de instrumentalizar o cosificar a una persona como si fuera una mercancía; habiéndose previsto, además, que “el consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación definida en este artículo no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal”, como lo concluye la sentencia C-470-16.

Por su parte Fernando Capez (2017) nos ilustra que en el caso brasileiro, teniendo en cuenta que la cadena internacional de trata de personas tiene una gran red mundial de intermediarios, personas que hacen el enlace, entre los "vendedores" y los "adquirentes" de "mercancía", la Ley no. 13.344 / 2016 buscó

⁵ Art. 188-A. 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.

⁶ Traducción de la autora:

Art. 149-A. Agenciar, atraer, reclutar, transportar, transferir, comprar, alojar o acoger a una persona, mediante amenazas graves, violencia, coerción, fraude o abuso, con la finalidad de:

I - remover órganos, tejidos o partes del cuerpo;

II - someter a trabajar en condiciones análogas a las de un esclavo;

III - someter a cualquier tipo de servidumbre;

IV - adopción ilegal; o

V - explotación sexual.

Pena - prisión, de 4 (cuatro) a 8 (ocho) años, y multa.

§ 1 La pena será aumentada de un tercio a la mitad si:

I - el delito es cometido por un funcionario público en el desempeño de sus funciones o con el pretexto de realizarlas;

II - el delito se comete contra un niño, adolescente, anciano o discapacitado;

III - el agente se vale de las relaciones familiares, domésticas, de convivencia, hospitalidad, dependencia económica, autoridad o superioridad jerárquica inherentes al ejercicio del empleo, posición o función; o

IV - la víctima de la trata de personas es retirada del territorio nacional.

§ 2 La pena será reducida de uno a dos tercios si el agente no es reincidente y no hace parte de ninguna organización criminal.

expandir la represión a esta forma de criminalidad incluyendo diversas acciones típicas: agenciar, atraer, reclutar, transportar, transferir, comprar, alojar o acoger a cualquier persona, ya que los artículos derogados del código penal 231 y 231-A protegían solo el propósito específico de la explotación sexual.

Así las cosas, la trata de personas según el autor, puede definirse como una dominación y abuso del cuerpo de niños, adolescentes y adultos (en oferta) por parte de explotadores (comerciantes), a menudo organizado en una red de comercialización local y global (mercado), o por padres o tutores, y por consumidores de servicios ilícitos pagados (demanda).

3.2. Bien jurídicamente protegido.

La mencionada jurisprudencia constitucional en el caso colombiano, indica que por la ubicación del tipo en el ordenamiento penal, la trata de personas protege el bien jurídico de la libertad y otras garantías (título III del CP), pero al ostentar la condición ser un delito *pluriofensivo* contra la dignidad humana, puede lesionar o poner en peligro múltiples bienes jurídicos simultáneamente como la libertad, la autonomía y la libertad sexual, entre otros

Por su parte, Fernando Capez señala que el delito de trata de personas forma parte de la sección contenida en el Código Penal titulada "*De los delitos contra libertad personal*", definiendo este derecho como la libertad de autodeterminación, que comprende la libertad de pensamiento, elección, voluntad y acción, poniendo de presente que este derecho está consagrado en la Carta Magna brasilera en su art. 5to, II.

Así lo secunda Greco (2017 II), aunque de manera más amplia al denotar que el bien protegido legalmente por el tipo penal es, además de la libertad de la víctima, su vida o integridad física, dependiendo de la modalidad de trata de personas que sea realizado por el agente.

3.3. Objeto material del delito.

Greco por su parte, advierte que el objeto material sobre el cual recae el delito en la legislación brasilera, es la persona, es decir, sobre quien se ejerce la conducta del agente, quien puede extraer sus órganos, tejidos o partes del cuerpo, que pueda someter a trabajar en condiciones análogas a las de un esclavo, que la pueda someter a cualquier tipo de servidumbre, que la adopte ilegalmente o que la explote sexualmente.

De igual forma el objeto material de la conducta típica en Colombia, es personal, es decir lo constituye la víctima nacional o extranjera.

3.4. Elementos del tipo.

3.4.1. Verbos rectores.

Acerca de los verbos rectores, la mencionada sentencia C-464/14 interpreta que "**captar** implica atraer a alguien, ganar su voluntad; **trasladar** es llevar a una persona de un lugar a otro; **acoger** equivale a suministrarle refugio, albergue, o

techo; y **recibir** es tomar o hacerse cargo de alguien que es entregado por un tercero”. (Negrilla fuera de texto).

Tales acciones pueden ejecutarse mediante amenazas, a través del uso de la fuerza u otras formas de coacción como el rapto, el fraude, el engaño, o abusando del poder o confianza que se detenta sobre la persona o aprovechando de la situación de vulnerabilidad en que se halla.

Por otro lado, Fernando Capez explica que los verbos rectores típicos del tipo legal brasileiro están incorporados en los verbos *agenciar*, *atraer*, *reclutar*, *transportar*, *transferir*, *comprar*, *hospedar* o *acoger* persona, mediante amenaza grave, violencia, coerción, fraude o abuso.

Greco, por su parte aclara que el verbo **agenciar** significa hacer negocios de *agenciamiento*, sirviendo como enlace o intermediario; **atraer** tiene el sentido de enganchar, convencer, o incitar; **reclutar** significa reunir a las víctimas con el fin de ser traficadas (el núcleo de este verbo sería suficiente para comprender y subsumir el comportamiento criminal del capta a la víctima de la trata de personas).

Transportar debe entenderse como conducir a alguien de un lugar a otro independientemente del modo de transporte; **transferir** tiene el significado de trasladar a la víctima de un lugar a otro; **comprar** significa transar a alguien como si fuera un objeto, pagando dinero o cualquier otro tipo de compensación financiera.

Alojar tiene el sentido de hospedar a la víctima en alguna propiedad, y finalmente **acoger** tiene el sentido de albergar, incluso temporalmente, admitiendo a la víctima en convivencia con fines de explotarla.

3.4.2. Sujeto activo del tipo penal.

En la legislación penal colombiana, este delito posee un sujeto activo indeterminado, ya que cualquier persona puede ser el que capte, traslade, acoja o reciba a una persona víctima de la trata.

Característica también compartida por la legislación penal brasileira ya que cualquier persona, hombre o mujer, puede ser un sujeto activo de este delito, ya que no se requiere ninguna cualidad especial del sujeto activo.

3.4.3. Sujeto pasivo del tipo penal.

En la trata de personas el sujeto pasivo es indeterminado pudiéndose cometer sobre cualquier persona, tanto en Colombia como en Brasil, aunque como lo anota Capez, en este último país, la pena será aumentará de un tercio a la mitad si la víctima es un niño, adolescente, anciano o discapacitado (art. 149-A, § 1º, II CP).

3.4.4. Elemento subjetivo del tipo penal.

En el caso colombiano, el delito de trata de personas cuenta con un ingrediente subjetivo relativo a la finalidad dolosa de la explotación; ya que el artículo

claramente indica las prácticas mediante las cuales, el sujeto activo de la acción somete al sujeto pasivo en búsqueda de obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para un tercero.

Así, el tipo penal no requiere que se obtenga el fin de explotar a la víctima para la configuración del tipo, por cuanto basta la realización de alguno de los verbos rectores para la configuración del delito.

Por su parte, Greco afirma que los comportamientos previstos en el tipo penal del art. 149-A del Código Penal de Brasil solo pueden practicarse dolosamente, no habiéndose previsto la modalidad de culposa.

Además anota que existe un dolo específico en los comportamientos practicados que deben tener como fines los enumerados en los incisos I a V del art. 149-A del Código Penal:

I - **extracción de órganos** (regulada mediante la Ley No. 9.434, de 4 de febrero de 197),

II - **sumisión al trabajo en condiciones esclavas** (mediante la Ley No. 10.803 del 11 de diciembre de 2003, se especificó las hipótesis que caracterizan aquello que se reduce a la condición análoga de esclavo);

III - **sumisión a cualquier tipo de servidumbre;**

IV - **adopción ilegal** (reglamentada a través de la Ley N° 8.069/1990, arts. 39 a 52-D); o

V - **explotación sexual.**

4. Acción y omisión.

El delito puede ser **comisivo u omisivo**: Como lo afirma Greco (2017 II), los verbos agenciar, atraer, reclutar, transportar, transferir, comprar, alojar o acoger, previstos en el art. 149-A del Código Penal de Brasil, presuponen un comportamiento **comisivo** del agente.

Sin embargo, dependiendo de la hipótesis específica, si el agente disfruta de la posición de garante, puede cometerse tal tipo penal por **omisión impropia**, situación que también puede ser factible en el ámbito penal colombiano en lo concerniente a este delito.

5. Consumación y tentativa

Como lo menciona Capez, se produce la consumación del tipo penal con la práctica de los verbos rectores asociados con la amenaza grave, violencia, coerción, fraude o abuso.

Por ello, la remoción de órganos, tejidos o partes del cuerpo, la sumisión en condiciones análogas a las de esclavo, la servidumbre, la adopción ilegal y la explotación sexual no son necesarias para que se consuma el delito, además que pueden caracterizar tipos penales autónomos.

Por otro lado, como lo afirma Greco (2017 II), de lo que se desprende de la redacción típica del delito, este es un tipo formal de *consumación anticipada*, por lo tanto no hay necesidad de que la víctima sea efectivamente traficada, o llevada a otro lugar para que se establezca el delito, bastando que el agente solamente actúe con una de las finalidades exigidas por el tipo criminal del art. 149-A del Código Penal brasileiro.

Asimismo, el académico sostiene que el tipo criminal permite la tentativa, ya que tratándose de un delito *plurisubsistente*, en el que es posible fraccionar el *iter criminis*, este razonamiento es perfectamente permisible y dependerá de la hipótesis concreta.

De similar forma ocurre con el tipo penal en Colombia, ya que – siguiendo la clasificación de Edmund Mezger – al ser un tipo penal de intención que se consume formalmente antes de la lesión o peligro del bien jurídico, en la trata de personas la conducta es típica así no se concrete el resultado, intención o finalidad de explotación, ya que se prescinde del acaecimiento del resultado para tipificar la conducta como punible.

6. Competencia, acción penal y procedimiento.

Mediante la ley colombiana 985 de 2005, artículo 22, se adiciona un nuevo numeral en el artículo 35 del Código Penal, referente a la competencia de los **jueces penales del circuito especializados**, señalando la competencia de estos *cuando la conducta implique el traslado o transporte de personas desde o hacia el exterior del país, o la acogida, recepción o captación de estas*, lo que evidencia el factor funcional de competencia de estos jueces, sin perder de vista el factor territorial donde se asignará el caso dependiendo del lugar geográfico del país donde se ejecutó el hecho.

En el caso brasileiro, se trata de un delito de acción penal – en cabeza del Ministerio Público de Brasil – pública incondicional, donde la competencia para su estudio dependerá de la internacionalización o no del delito, ya que si constituye un crimen internacional, la competencia recaerá en la Justicia Federal. (CF / 88, art. 109, V).

Es decir, cuando el tráfico de la persona se dirige al exterior, o si la víctima es traída del extranjero al territorio nacional, la competencia como se reitera, será de la Justicia Federal, *contrario sensu* si el delito es nacional, la competencia será la Justicia del Estado o *Estadual*.

En cuanto a la acción penal de Colombia (art. 66 CPP), debe decirse que es pública ya que el Estado es el titular de la acción penal a través de la Fiscalía General de la Nación – el órgano acusador – donde es iniciada de manera oficiosa a excepción de los delitos querellables (art. 74 CPP) donde a iniciativa de la víctima se ejerce la acción penal.

No se podrá, suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para aplicar el principio de oportunidad (art. 321 –

330 CPP).

Del caso brasileiro, la acción penal pública es la que depende de la iniciativa del Ministerio Público, que siempre comienza a través de la denuncia, pieza inicial del proceso.

Se opone a la acción penal privada, donde la iniciativa de emprender la acción no pertenece al poder público, sino al privado que presentaría una queja.

La legislación define qué delitos son de acción pública y cuáles son de acción privada, ya que la base de la elección está vinculada a la naturaleza del bien legal infringido.

El procedimiento en Colombia, sigue las etapas estatuidas por la Ley 906 de 2004, que a *grosso modo* se resumen en: i) audiencia de formulación de imputación (art. 286 y ss. CPP), ii) audiencia de formulación de acusación (art. 338 y ss. CPP), iii) audiencia preparatoria (art. 355 y ss. CPP), iv) audiencia de juicio oral (art. 366 y ss. CPP), v) audiencia de individualización de la pena y la sentencia (art. 447 y ss. CPP) y vi) audiencia de lectura de fallo.

Finalmente y en Brasil, como es un delito de acción penal pública incondicional, con respecto al procedimiento se seguirá el rito ordinario del art. 394 del CPP, donde ahora se elige un criterio diferente para determinar el rito procesal a seguir, ya que la distinción entre el procedimiento ordinario y el sumario se basará en la pena máxima por el delito y ya no por su encarcelamiento o prisión.

7. Agravantes de la pena.

El mismo artículo 149-A del Código Penal de Brasil, establece las circunstancias de agravación de la pena así:

§ 1 La pena será aumentada de un tercio a la mitad si:

I - el delito es cometido por un funcionario público en el desempeño de sus funciones o con el pretexto de realizarlas; para lo cual debe tenerse en cuenta que el concepto de funcionario está previsto en el art. 327 y § 1 de la misma codificación penal, aplicando de igual forma el mismo razonamiento al llamado *funcionario público por equiparación*, previsto en el § 1 del art. 327 del Código Penal, y también al funcionario extranjero, cuyo concepto se enmarca en el art. 337-D y único párrafo.

II - el delito se comete contra un niño, adolescente, anciano o discapacitado; donde es menester mencionar que el art. 2 de la Ley N ° 8.069 / 90 (Estatuto del Niño y el Adolescente) estableció que se considera a los niños como personas hasta de 12 años de edad y adolescentes de 12 y 18 años.

Por otro lado, se considera a una persona anciana, siempre que tenga sesenta años o más, en virtud del art. 1 de la Ley N ° 10.741, de 1 de octubre de 2003.

Asimismo, una persona con discapacidad debe entenderse como la especificada en el Decreto No. 3.298 del 20 de diciembre de 1999, donde se considera deficiencia cualquier pérdida o anomalía de una estructura o función

psicológica, fisiológica o anatómica que genera incapacidad para el rendimiento de cierta actividad, dentro del estándar considerado normal para los humanos.

Sin embargo debe decirse, que para que estos agravantes sean aplicados a la graduación de la pena, el agente debe tener conocimiento efectivo de la edad de las víctimas, de la persona mayor, o del conocimiento de la discapacidad de la víctima, ya que de lo contrario podría alegar el llamado *error de tipo*.

III - ***el agente se vale de las relaciones familiares, domésticas, de convivencia, hospitalidad, dependencia económica, autoridad o superioridad jerárquica inherentes al ejercicio del empleo, posición o función***; respecto de lo cual se debe hacer remisión a los artículos 1.591 a 1.595 del Código Civil para dar contexto a las relaciones familiares o de parentesco en sus tres órdenes, a saber: a) vínculo conyugal; b) consanguinidad; y c) afinidad.

IV - ***la víctima de la trata de personas es retirada del territorio nacional***. Según Greco (2017 II), realizando una crítica conforme a este agravante, no hay aumento en la pena cuando la víctima es traída del extranjero, por lo cual el académico cuestiona cómo sería el tratamiento penal de la persona que promueve la entrada de la víctima a Brasil con el objeto de ser traficada a modo de "importación".

Por otro lado, el artículo 188-B del estatuto penal colombiano, describe las circunstancias especiales de agravación de la pena (de una tercera parte a la mitad) previstas en el artículo 188-A, señalando en primer lugar la comisión de la conducta en persona que padezca inmadurez psicológica, temporal o permanentemente o que a raíz del suceso la víctima haya sido afectada en daño físico o psíquico.

También se penaliza de mayor manera que la víctima sea menor de 18 años, e incluso se aumentará en la mitad de la pena si la conducta recae sobre menor de doce años, como lo estipula el párrafo único del artículo en estudio.

Finalmente, se estipula que si el responsable es cónyuge (art. 113 del Código Civil) o compañero permanente (ley 54 de 1990) o pariente hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de la víctima; o el autor o partícipe es servidor público, se aumentará de una tercera parte a la mitad, la pena prevista en el art. 188-A, es decir de trece a veintitrés años.

8. Atenuantes de la pena.

Como lo menciona Greco, el mismo artículo 149-A de la codificación penal brasilera, señala que ***§ 2 La pena será reducida de uno a dos tercios si el agente no es reincidente y no hace parte de ninguna organización criminal***, haciendo hincapié en que estos son dos requisitos acumulativos que deben cumplirse para efectos de la aplicación de la atenuante.

La reincidencia criminal esta prevista en el art. 63 del Código Penal brasilero y a su vez, el concepto de organización criminal está previsto en el § 1 del art. 1 de la

Ley N ° 12.850, del 2 agosto de 2013⁷.

Cabe decir que para ser considerado reincidente penal, el agente debe ser sentenciado por el mismo delito (trata de personas en este caso), cuya decisión condenatoria previa cumpla con los requisitos contenidos en los arts. 63 y 64 del Código Penal brasileiro.

Por su parte, el artículo 188-A del estatuto penal colombiano no establece circunstancias especiales previstas para el delito de trata en concreto, por lo que se tendrían que aplicar las circunstancias de menor punibilidad establecidas genéricamente en el artículo 55 del mismo código penal.

4. MARCO NORMATIVO LOCAL E INTERNACIONAL FRENTE A LA TRATA DE PERSONAS EN COLOMBIA Y BRASIL.

Visto cual es el tratamiento jurídico dado en Brasil y Colombia en torno al delito en estudio, de acuerdo a los elementos que conforman al tipo según la familia jurídica y el sistema penal de cada país, se analizarán los distintos instrumentos jurídicos – nacionales, supranacionales o regionales – que cada legislación ha proferido o suscrito, para proteger, prevenir y castigar la comisión de este reprochable acto.

Así las cosas, en atención a esta situación existen múltiples tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano y brasileiro que protegen a las víctimas de este delito, trazando lineamientos para que los países suscribientes sean garantes reales de los derechos humanos que profesan en sus constituciones, y ejecuten medidas efectivas para la protección de la dignidad humana de sus administrados.

En cuanto a la protección contra esta práctica frente a mujeres y niños, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer (CEDAW), el Convenio 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, y el Protocolo Facultativo sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Pornografía Infantil, son instrumentos internacionales suscritos por Colombia y Brasil que han sido fundamentales en la ofensiva contra este delito.

En ellos se establece que los Estados que se adhieran a estos convenios, deberán tomar las medidas y políticas apropiadas para suprimir efectivamente todas las formas de trata o venta de mujeres y niños, eliminar cualquier tipo de explotación de la prostitución infantil y de la mujer, así como que los Estados deberán propender por la prohibición y erradicación de las peores formas de trabajo infantil,

⁷ Traducción de la autora: § 1º Se considera que una organización criminal es la asociación de cuatro (4) o más personas estructuralmente ordenadas y caracterizadas por la división de tareas, aunque de manera informal, con el propósito de obtener, directa o indirectamente, ventaja de cualquier naturaleza a través de la comisión de infracciones penales, cuyas penas máximas sean superiores a cuatro (4) años, o que sean de carácter transnacional.

y ordenar acciones contra la explotación económica de los infantes o cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación.

De igual forma y en términos generales, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y su Protocolo Adicional para Prevenir, Reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños (o Protocolo de Palermo); ordenan que los Estados que los ratifiquen se obligan a prevenir y sancionar cualquier forma de tortura, y se comprometerán a adoptar las medidas que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno tales conductas.

Por otro lado, la trata de personas también contraría lo dispuesto en instrumentos regionales de protección de derechos humanos, en torno al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, sistema regional al cual están como Estados Parte Colombia y Brasil dentro de la organización intergubernamental conocida como Organización de los Estados Americanos (OEA).

Así las cosas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, el Protocolo de San Salvador y la Convención de Belém do Pará, contemplan especialmente lo concerniente a la prevención, sanción y protección del delito de la trata de personas con miras a promover la defensa de los derechos humanos a nivel regional, y a eliminar completa y efectivamente cualquier forma de trata, comercio o explotación de personas dentro de la jurisdicción colombiana y brasilera.

En ese sentido, y atendiendo a los requerimientos internacionales que se le han hecho al Estado colombiano para introducir en su sistema legal, políticas y medidas para hacerle frente a esta problemática, se expidió la Ley 985 de 2005 junto con su Decreto reglamentario No. 1069 de 2014, por medio de los cuales se adoptan medidas contra la trata de personas y normas para la atención y protección de víctimas, normativa legal que a su vez modificó la Ley 747 de 2002, disposición que precisamente adicionó el artículo 188-A de la trata de personas al Código Penal colombiano.

Dicha Ley 985 de 2005 tiene como fin adoptar medidas de prevención, protección y asistencia, garantizando el respeto de los derechos humanos de las víctimas y de la trata de personas, para fortalecer la acción administrativa y penal del Estado colombiano frente a este delito. En este sentido, la norma creó la adopción de la Estrategia Nacional contra la Trata de Personas, el Sistema Nacional de Información sobre la Trata de Personas y el Comité Interinstitucional para la Lucha contra la Trata de Personas reglamentada por el Decreto 1069 de 2014.

Dicha estrategia tiene como objetivos principales promover la información

pertinente para dar a conocer las causas, modalidades, características y consecuencias de la trata de personas; fortalecer la acción penal del Estado en torno a esta práctica; asistir física, psicológica, social, económica y jurídicamente a las víctimas de la trata de personas, y prevenir la comisión de esta acción ilícita a través de medidas sociales, económicas, políticas y jurídicas.

De otro lado, el Estado brasileiro tampoco se ha quedado atrás en la lucha por repeler este flagelo en su territorio, ya que aproximadamente 12 años después de la expedición del Decreto No. 5.017 del 12 de marzo de 2004, mediante el cual se promulga el Protocolo de Palermo, se publicó la Ley No. 13.344 del 6 de octubre de 2016, que dispone la prevención y represión de la trata nacional e internacional de personas, creando así el delito autónomo de *tráfico de pessoas*, tipificado en el art. 149-A del Código Penal como ya se ha mencionado.

Así las cosas, la Ley No. 13.344 de 2016 proporcionó un nuevo tipo penal mixto alternativo, con los verbos que componen la figura típica, incluyendo toda la cadena o proceso criminal que se ocupa de la trata de personas, desde su inicio, con el convencimiento de la víctima, pasando por su transporte, hasta la recepción en el lugar de destino.

De esa forma, el art. 149-A del Código Penal atendió las normativas internacionales en torno a la ofensiva que Brasil se comprometió a realizar frente a este delito, principalmente acogiendo las definiciones adoptadas en el art. 3 del Protocolo adicional a la Convención de las Naciones Unidas contra Delincuencia organizada transnacional para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas especialmente mujeres y niños.

Frente a la política brasileira de enfrentamiento contra la trata de personas, el 4 de febrero de 2013, se publicó el Decreto No. 7.901, que estableció la Coordinación Tripartita de Política Nacional de Enfrentamiento contra la Trata de Personas para coordinar la gestión estratégica integrada de la Política Nacional contra la Trata de Personas, aprobada por Decreto No. 9.833 del 12 de junio de 2019, que establece el Comité Nacional de Lucha contra la Trata de Personas - CONATRAP, en el ámbito del Ministerio de Justicia y Seguridad Pública.

El CONATRAP a su vez, está concebido para proponer estrategias en torno a la gestión y ejecución de las acciones de la política nacional para combatir la trata de personas, y para coordinar los planes nacionales dirigidos a repeler este delito; propone la elaboración de estudios e investigaciones para la ejecución de campañas relacionadas con la confrontación de la trata; articula y apoya técnicamente a los comités estatales, distritales y municipales que se ocupan del delito en la definición de directrices comunes para la acción, la regulación y el cumplimiento de sus funciones, entre otros.

CONCLUSIONES

A lo largo de este escrito, se ha realizado un estudio crítico basado en el método deductivo, para entender como ha sido el tratamiento penal dado al delito de la trata de personas en Estados como Colombia y Brasil, que se han comprometido a todas luces en la lucha por eliminar este flagelo.

Como primera medida, y visto el sistema jurídico que rige en Colombia y Brasil, puede afirmarse que los dos Estados comparten la adopción de la misma familia jurídica a lo que sería el sistema romano-germánico, en tanto que la ley escrita sigue imperando como fuente principal del Derecho, conservando aún la tradición legalista continental.

Sin embargo, la expresión correcta y acorde a los fenómenos jurídicos que se suscitan hoy día, es la del sistema *neo* romano-germánico o *neorrománico*, ya que con la irrupción de la nueva concepción de dignidad humana, de los derechos fundamentales y con la creciente fuerza vinculante que ha cobrado el precedente jurisprudencial, se obliga a matizar este concepto evidenciando que el actual sistema no obedece a un modelo puro de derecho escrito.

Así las cosas, las legislaciones de Colombia y Brasil se han visto beneficiadas con la confluencia de los legados del derecho continental y anglosajón en el surgimiento de estas nuevas tendencias jurídicas, contexto en el cual, los llamados a impartir justicia no deben perder de vista principios como el de legalidad (*civil law*) y de igualdad entre decisiones frente a casos similares (*common law*) que deben poseer las actuaciones judiciales penales.

Sin embargo, el panorama jurídico actual muestra que el precedente jurisprudencial, aun constituyendo un criterio auxiliar del derecho, se está tornando en una fuente formal, lo que ha supuesto para muchos el desconocimiento de la tradición continental al equiparar la jurisprudencia a la ley; fenómeno que ha suscitado diversos debates que recaen en la manera de interpretar y hacer uso de las fuentes del derecho, incluso en el ámbito penal.

También, es pertinente destacar el cambio que las constituciones de los dos países introdujeron con el modelo social y democrático, siendo los ejes centrales de la legislación, la dignidad humana y los derechos fundamentales de los administrados, impactando así a la especialidad penal en la forma como se conciben los derechos del investigado y los de las víctimas, que incluso incide en el enfoque hermenéutico de las fuentes legales, más aun, de cara a un delito tan sensible que colisiona muchos de los bienes jurídicos protegidos por Colombia y Brasil.

De otro lado, el sistema procesal penal colombiano y brasilero comparten la idea que supone el sistema procesal penal acusatorio, ya que es patente la existencia

de una separación entre la labor investigadora y acusadora, donde las partes se encuentran en igualdad de armas, e imperan los principios de inmediación y contradicción procesal en virtud de la oralidad, respetando los derechos fundamentales del inculcado y de las víctimas para la posterior definición de la verdad y la obtención de justicia material.

Además comparten la particularidad de que su sistema penal acusatorio no es del todo puro, ya que no todas las etapas del proceso penal están dotadas del principio de oralidad, toda vez que, por ejemplo en el caso colombiano, el escrito de formulación de acusación y la sentencia se profieren de forma escrita, mientras que en Brasil, la etapa de investigación a través del procedimiento policial administrativo del *inquérito policial*, se realiza escrituralmente por la policía judicial brasilera.

Si bien las dos legislaciones comparten similitudes como las antes anotadas, se evidenciaron diferencias en varios aspectos, como la realización del juicio por jurados en el caso brasilero, para los delitos dolosos contra la vida, y la carencia de estos en el proceso penal colombiano, donde solo figuran como partes la fiscalía, la defensa y el imputado, y como intervinientes el Ministerio Público y la víctima del injusto.

Otra diferencia notable entre las dos legislaciones, es la facultad oficiosa que posee el juez en el proceso penal brasilero, ya que puede solicitar de oficio el decreto de pruebas en forma complementaria, aun cuando es deber que le asiste a las partes presentar las respectivas evidencias. Por el contrario, el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal colombiano, prohíbe el decreto de pruebas en la fase preparatoria y en la etapa de juicio, porque rompería los principios de igualdad de armas y neutralidad en el proceso penal acusatorio.

De otro lado, el tratamiento penal dado al delito en estudio por las codificaciones de Colombia y Brasil, es muy similar en tanto que en esencia comparten el mismo concepto del tipo, ya que es evidente la acogida de la definición de trata de personas que el Protocolo de Palermo estatuyó en el artículo tercero.

De igual forma comparten en su naturaleza, los bienes jurídicos que se pretenden proteger, al tener este delito la calidad de *pluriofensivo*, y así concuerdan también en el objeto material del tipo donde en ambas codificaciones, recae en la persona objeto de esta acción ilícita.

Además tienen en común que tanto el sujeto activo como el pasivo de la conducta penal, es indeterminado, y que se incurre en el ilícito con tan solo llevar a cabo las acciones descritas en el delito, aun si no se logran los fines previstos o sin poner en peligro o violar directamente los bienes jurídicos protegidos, al ser un delito de intención y no de resultado.

Igualmente convergen en que se trata de un delito que admite tentativa ya que puede ocurrir que aun sin lograr alguna de las fases que componen al tipo, el sujeto activo haya llevado a cabo los respectivos actos demostrativos de su actuar doloso, por ello mismo las dos codificaciones coinciden en que el actuar del agente sea comisivo, propiamente doloso, y solo en casos en que este se encuentre en posición de garante, se podrá incurrir en la conducta de forma omisiva en la forma impropia.

Por otro lado, y si bien en esencia el concepto del tipo es muy similar, los verbos rectores que componen la acción ilícita divergen entre sí aunque no se alejan mucho de su significado, toda vez que la codificación colombiana estatuye los verbos *captar, trasladar, acoger o recibir*, mientras que el código penal brasilero señala los de *agenciar, atraer, reclutar, transportar, transferir, comprar, alojar o acoger*, denotando más riqueza descriptiva al anotar diversas modalidades de los actos demostrativos que el agente emprende con su actuar.

Sin embargo como ya se mencionó, todos estos verbos no distan entre sí, ya que los verbos *agenciar, atraer o reclutar* contenidos en la codificación brasilera, pueden asimilarse al verbo *captar*, contenido en el C.P colombiano. Lo mismo sucede con los términos *transportar o transferir* de la legislación brasilera, que podrían subsumirse en el verbo *trasladar* de la normativa penal colombiana. Asimismo los vocablos *alojar o acoger* del C.P brasilero, quedarían comprendidos en las expresiones *acoger o recibir* del C.P colombiano.

No obstante, el verbo *comprar* que menciona el art. 149-A del C.P brasilero, no podría asimilarse a ninguna expresión contenida en el art. 188-A del C.P colombiano, ante lo cual el tipo penal en Colombia podría verse más nutrido descriptivamente al incluir tal expresión en sus verbos rectores, ya que tal conducta sí está tipificada como punible, pero en la transacción de niñas, niños y adolescentes prevista en el art. 188C del C.P.

Además el art. 149-A indica que el agente cometerá las acciones del tipo *mediante amenazas graves, violencia, coerción, fraude o abuso*, situación que el art. 188-A no posee al solo poner de presente el elemento subjetivo del tipo, sin que medie intimidación o amedrentamiento alguno.

Por otro lado, respecto del ingrediente subjetivo, las dos legislaciones coinciden en la finalidad dolosa de la explotación, en la modalidad de extracción para tráfico de órganos, las practicas serviles o análogas a la servidumbre (incluido el matrimonio servil) y de explotación sexual (comprendida la explotación de la prostitución ajena y el turismo sexual), mas sin embargo la modalidad de mendicidad ajena prevista en el art. 188-A no está contenida en el art. 149-A, y a su vez, la circunstancia de trata con fines de adopción ilegal, está comprendida en el art. 149-A y no en el art. 188-A, conducta que está tipificada autónomamente en el art. 232 de la legislación sustantiva penal, especialmente en su numeral primero.

Por otro lado, será obvia la distinción de la competencia y procedimiento para punir el delito entre una y otra legislación, teniendo en cuenta la organización federal de Brasil y centralista de Colombia, ya que dependerá en el caso de Brasil la competencia de la Justicia Federal, si el crimen es internacional; o de la Justicia del Estado o Estadual si el delito es nacional; circunstancia no asimilable en el caso colombiano, toda vez que sin importar si el delito se lleva a cabo dentro del territorio nacional o hacia el exterior, su tratamiento procesal frente a la competencia será igual, es decir que los jueces penales del circuito especializados serán los llamados a conocer de esta acción ilícita, sin perder de vista el factor territorial de competencia.

En lo referente al reproche penal, llama la atención la disparidad en la graduación de la pena de prisión, al ser mucho más severa la sanción punitiva en la legislación colombiana que la brasilera, toda vez que el art. 188-A prevé prisión de trece a veintitrés años y multa, mientras que el art. 149-A preceptúa pena de prisión de cuatro a ocho años, y multa; cantidad poco proporcional teniendo en cuenta la gravedad del delito al atacar de forma importante diversos derechos fundamentales, incluso de forma simultánea.

De hecho, realizando el cálculo para determinar la dosimetría penal, teniendo en cuenta las respectivas circunstancias de agravación punitiva de los arts. 188-B y 149-A en lo pertinente, se puede puntualizar que los topes mínimos y máximos oscilarían entre 16.3 años y 34.5 años en el caso colombiano, y de 5.3 años hasta 12 años en el caso brasileiro, siendo palpable la desemejanza que se evidencia en tal proporción.

De igual forma, llama la atención la manera en cómo se incorporaron los arts. 149-A y 188-A a sus respectivas codificaciones penales, ya que a través de la Ley 747 de 2002 en el caso colombiano se adicionó el art. 188-A, y a su vez, mediante la Ley 13.334 de 2016 en el caso brasileiro se añadió el art. 149-A, en tanto que los códigos penales de cada país no concebían primariamente el delito de la trata. Lo que denota que los Estados bajo estudio se tardaron más tiempo en tipificar la conducta, quizá obedeciendo a los compromisos adquiridos internacionalmente en el asunto.

Finalmente y en este sentido, se ha denotado un avance en materia de derechos humanos en cuanto a los compromisos adquiridos por Colombia y Brasil en la suscripción y ratificación de los instrumentos regionales e internacionales y en la expedición de nuevas normativas internas, que acatan las directivas que suponen la suscripción de aquellos tratados multilaterales.

Por ello es de importancia destacar la labor que realiza el Comité Interinstitucional para la Lucha contra la Trata de Personas en torno a la Estrategia Nacional contra la Trata de Personas de Colombia, y el Comité Nacional contra la Trata de

personas (CONATRAP) de Brasil, en la tarea de implementar nuevas políticas y en el seguimiento de las ya propuestas para continuar, tanto en la lucha por la efectiva eliminación de este delito, como en la protección y reparación integral de las víctimas o posibles víctimas de este ilícito.

REFERENCIAS

Alvarado Velloso, A. (2002). El debido proceso de la garantía constitucional. Rosario: Zeus.

Araújo Reis, A., & Rios Gonçalves, V. (2016). Direito processual penal esquematizado (5 ed.). São Paulo: Saraiva.

Binder, A. (2000). Iniciación al proceso penal acusatorio. Buenos Aires, Arg.: Compomanes Libros.

Capez, F. (2018). Curso de direito penal, volume 2, parte especial: arts. 121 a 212. —18. ed. atual. — São Paulo: Saraiva Educação.

David, R., Sánchez Castañeda, A., Jauffret-Spinosi, C., & Sánchez-Cordero Dávila, J. (2010). Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Díaz Pucheta, S. (2017). El Sistema Acusatorio en los procesos penales de América del Sur. Revista Argumentos. Estudios Transdisciplinarios Sobre Culturas Jurídicas Y Administración De Justicia, (4), 1-19.

Greco, R. (2014). *Código Penal: comentado* / – 11. ed. – Niterói, RJ: Impetus.

Greco, R I. (2017) Curso de Direito Penal: parte geral, volumen I. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus.

Greco, R II. (2017). Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa /14. ed. Niterói, RJ: Impetus.

Gusmán, F. (2009) El impacto de las nuevas reglas de la audiencia en el proceso penal brasileño y las posibilidades del camino hacia un sistema acusatorio adversarial en Brasil, VI Programa Interamericano de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal, Biblioteca Virtual del CEJA.

Organización de los Estados Americanos. (2008). El SISTEMA JURÍDICO DE BRASIL, Red Hemisférica de Intercambio de Información para la Asistencia Mutua en Materia Penal y Extradición. Organización de los Estados Americanos. Recuperado el 06 de octubre de 2019, desde https://www.oas.org/juridico/MLA/sp/bra/sp_bra-int-des-ordrjur.pdf

Saldanha Villar, A. (2019). A influência do sistema do common law no ordenamento jurídico brasileiro Estaria o direito pátrio se tornando cada vez mais sumular?. REVISTA JURÍDICA CONSULEX - ANO XIX - Nº 437 - 1º DE ABRIL/2015, P. 20 E 21.

Santos Ibarra, J. (2013). Sistema Jurídico Colombiano, Ordenamiento Legal y Orden Jurídico Prevalente. Academia & Derecho Universidad Libre, (6). doi: 10.18041/2215-8944/academia.6.2472

Sentencia C-027 de 2018

Sentencia C-591 de 2005

Sentencia C-634 de 2011

Tarazona Navas, J. (2007). El imperio de la constitución y del precedente constitucional. Bogotá, D.C.: Ediciones Doctrina y Ley.