



Ministerio Público
de la Defensa
República Argentina



Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación

.....
Personas en contexto
de movilidad humana

*Revista del Ministerio Público de la
Defensa de la Nación
N°17. Diciembre 2022*

*Editora:
Stella Maris Martínez*

*Directora:
Julieta Di Corleto*

*Escriben:
Hernán De Llano
Diego Acosta
Ignacio Odriozola
César Augusto Balaguer
Florencia Plazas
Marina Salmáin
Rosario Muñoz
Lila García
Martín Fiuza Casais
Ana Paula Penchaszadeh y Joanna Sander
Analía Isabel Cascone
Camila Carril
Gisele Kleidermacher
Patricia Gomes
Susana Borràs-Pentinat
Ela Weicko V. de Castilho
Susy Garbay Mancheno
Joel Hernández*

*Coordinación:
Secretaría General de Capacitación y
Jurisprudencia*

*Edición:
Gabriel Herz
Natalia Saralegui*

*Diseño y diagramación:
Subdirección de Comunicación Institucional*

*Foto de tapa:
Instalación “La Ballena. El metamuseo”
de Estrella del Oriente*

*El contenido y opiniones vertidas en los
artículos de esta revista son de exclusiva
responsabilidad de sus autores.*

*Ministerio Público de la Defensa de la
Nación Argentina
Defensoría General de la Nación*

www.mpd.gov.ar

ISSN 2618-4265

ÍNDICE

- LÍNEA EDITORIAL** 7
- 9** **Iniciativas regionales para el acceso a la justicia de personas en situación de movilidad humana**
Hernán Gustavo de Llano
- EXPERIENCIAS NACIONALES** 21
- 23** **Acuerdos de residencia MERCOSUR y regularización en Argentina: la ilegalidad de la aplicación del artículo 29 de la Ley de Migraciones a los nacionales de países de América del Sur**
Diego Acosta
Ignacio Odriozola
- 37** **El rol de la defensa pública en los procedimientos administrativos y/o judiciales en materia migratoria**
César Augusto Balaguer
- 53** **El derecho a la vida familiar de las hijas e hijos de personas migrantes y el rol del Ministerio Público de la Defensa**
Florencia G. Plazas
- 65** **El impacto de la pandemia por COVID-19 y el rol de la defensa pública para la promoción y protección de los derechos humanos de las personas migrantes**
Marina Salmain
- 77** **El caso C.G.: un largo recorrido en búsqueda de soluciones duraderas**
Rosario Muñoz
- 93** **Teorías y perspectivas analíticas de la movilidad humana para la praxis en derechos humanos**
Lila García
- 105** **El extrañamiento y los delitos graves**
Martín Fiuza Casais
- 119** **Voto migrante en Argentina: emergencia de una ciudadanía posnacional basada en la residencia**
Ana Paula Penchaszadeh
Joanna Sander
- 131** **Otro ladrillo en la pared: apuntes sobre el impacto de “Costa Ludueña c/ UBA” en el acceso a derechos de las personas migrantes**
Analía Isabel Cascone

- 149 **El rol de la Defensoría del Pueblo en el acceso a la justicia de las personas migrantes**
Camila Carril
- 161 **Dinámicas de persecución policial hacia la comunidad senegalesa en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***
Gisele Kleidermacher
- 173 **Argentina responsable por la muerte del activista afrodescendiente José Delfín Acosta Martínez. Un caso paradigmático de violencia institucional racista***
Patricia Gomes

EXPERIENCIAS INTERNACIONALES 185

- 187 **Retos jurídicos en la protección internacional de la migración climática desde una perspectiva sensible al género**
Susana Borràs-Pentinat
- 205 **“Brasil ka ubanoko”***
Ela Wiecko V. de Castilho
- 217 **El lugar problemático de las víctimas de trata con fines de explotación sexual en el discurso jurídico penal**
Susy Garbay Mancheno

ENTREVISTA 229

- 231 **“En el auxilio de personas migrantes, las defensorías públicas tienen un rol fundamental que jugar”**
Joel Hernández
Por César Augusto Balaguer y Hernán Gustavo De Llano

El lugar problemático de las víctimas de trata con fines de explotación sexual en el discurso jurídico penal

Susy Garbay Mancheno

Abogada. Magíster en Derechos Humanos. Phd en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar (sede Quito). Docente titular de Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador. Docente invitada del Programa de Derecho Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar. Investigadora del Instituto de Investigación en Igualdad de Género y Derechos de la Universidad Central.

I. Introducción

La trata de personas es un fenómeno muy complejo que se desarrolla en el marco de las dinámicas migratorias, tanto internas como externas. Generalmente, se origina en las deficientes condiciones sociales y económicas que enfrenta la mayoría de la población de nuestra región, así como también en el desplazamiento forzado a causa de desastres naturales, conflictos armados, etc., y que tiene como efecto gravísimas afectaciones a los derechos de las personas.

El Ecuador, por su ubicación geográfica y economía dolarizada, es un territorio que ha atraído importantes flujos migratorios durante las últimas décadas. Desde inicios del siglo XXI, el conflicto armado colombiano ha sido otro factor que generó una importante movilidad de personas de esa nacionalidad. El país también ha receptado flujos migratorios desde el Perú, Cuba, Haití y algunos países africanos (Arcentales y Garbay 2011).

En los últimos años, el Ecuador también se ha constituido en un territorio de destino y tránsito de personas de origen venezolano. Así, hasta finales del 2020 más de trescientas mil personas de ese país se encontraban en territorio ecuatoriano (UNODC 2021). Con relación al fenómeno de la trata de personas,

de acuerdo a información del Ministerio de Gobierno y de la Policía Nacional se establece que, en este contexto, el Ecuador se ha convertido en un territorio de origen, tránsito y destino para las víctimas de trata, teniendo como principal fin la explotación sexual (PACTA 2019, 44).

El Ecuador asumió como política de estado la lucha contra la trata de personas en el año 2004 (Decreto Ejecutivo N°1881, 2004), luego de haber ratificado el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños (Protocolo de Palermo). Al mismo tiempo, se conformó una comisión interinstitucional para la elaboración de una política de estado, siendo así que en el 2006 se promulgó un Plan Nacional que tenía como fin el combate a este ilícito junto con el de otras figuras, como el plagio de personas, la pornografía infantil, el tráfico de migrantes y la corrupción de menores (Decreto Ejecutivo N° 1414, 2006). Luego de haber transcurrido quince años, en 2019 se elaboró una nueva política: el Plan de Acción contra la Trata de Personas en el Ecuador PACTA 2019 – 2030, que concentra el accionar estatal en la figura de la trata de personas bajo cuatro ejes: 1) prevención y promoción de derechos; 2) protección integral a las víctimas; 3) investigación y judicialización y 4) gobernanza.

A pesar de contar con casi veinte años de propuestas gubernamentales para erradicar la trata de personas, hoy sigue siendo un fenómeno latente. En este artículo se hará una referencia a la trata con fines de explotación sexual y, en particular, al lugar problemático que ocupan las víctimas en el discurso penal ecuatoriano.

Las víctimas de este delito son principalmente mujeres, no solo en el Ecuador sino a nivel global. Así lo deja ver un informe de la Organización Internacional del Trabajo, en el cual se establece que a nivel mundial el 99% de las víctimas de este delito son mujeres

adultas y niñas (OIT 41, 2017). Por otro lado, a nivel nacional y según información oficial, entre el 2014 y 2016 las principales víctimas fueron mujeres adolescentes, en su mayoría de nacionalidad ecuatoriana y, en menor proporción, cubana, colombiana y venezolana (PACTA 2019). Es importante mencionar que no se cuenta con datos precisos respecto al número de casos que se han judicializado y, menos aún, cuantos de estos han concluido en sentencias condenatorias o absolutorias. Esto se debe a varias razones, como el hecho de que este tipo de delitos no forman parte del registro público del Consejo de la Judicatura; por otro lado, si bien puede iniciarse el proceso de investigación por el delito de trata con fines de explotación sexual, suele derivarse posteriormente a otras figuras legales como proxenetismo o prostitución forzada (UNODC 2021). En todo caso lo cierto es que el delito de trata con fines de explotación sexual es de difícil dimensión, por estas y otras razones que se analizan en las siguientes líneas.

II. La explotación sexual: entre el delito y la legalidad

Al hablar de esta figura desde una perspectiva crítica, es ineludible reflexionar sobre el lugar que ocupa la sexualidad en el orden social. Como afirma Kate Millet, la sexualidad no es un elemento ajeno a lo que ella denomina una *política sexual*, que opera de acuerdo a las normas del patriarcado. Millet entiende por política “el conjunto de relaciones y compromisos estructurados de acuerdo con el poder, en virtud de los cuales un grupo de personas queda bajo el control de otro grupo” (Millet 1970, 67). De ese modo, debe entenderse que la sexualidad tiene un sentido político y no es ajeno al poder, entendido como ese dispositivo que configura complejas relaciones de fuerza intrínsecamente en los espacios en lo que se materializa (Foucault

2013). La sexualidad, dice Foucault, “no es el elemento más inerte, sino, más bien, uno de los que están dotados de la mayor instrumentalidad: utilizable para el mayor número de maniobras y capaz de servir de apoyo, de bisagra, a las más variadas estrategias” (Foucault 2013, 97). Los cuerpos y la sexualidad femenina están impregnados de poder y por lo tanto de significado político.

La *explotación sexual* es un concepto que se introduce en el discurso penal ecuatoriano a finales de los años ‘90, en el marco de una corriente reformista impulsada por el entusiasmo por materializar los compromisos que se derivan del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de 1994 y la Plataforma de Acción de Beijín de 1995, y la ratificación de la Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer. Así se instituyó la perspectiva de género en las agendas locales pero, a lo largo de este tiempo, ha tenido que enfrentar el universo simbólico que históricamente ha justificado el acceso de los hombres a los cuerpos de las mujeres en la figura de la *prostitución*.

En el discurso jurídico ecuatoriano se ha construido tradicionalmente la subjetividad de la mujer prostituta bajo las nociones de deshonesto, peligroso, pero también necesaria, encarnando el arquetipo de la *mujer pecadora*. Si bien la prostitución no ha sido considerada un delito, sí lo ha sido la explotación de la prostitución ajena. Desde el primer Código Penal de 1837 hasta el de 1971, el sujeto *mujer prostituta* fue enunciado en el derecho penal como corrompida, y se sancionaba a quienes promovían o permitían que la mujer *abuse de su propio cuerpo*. Si bien la normativa penal no perseguía penalmente a las mujeres prostitutas, sí se lo ha hecho a través de normas infrapenales con una alta carga punitiva, como por ejemplo el Código de Policía que tuvo vigencia hasta los años ‘50 del siglo

anterior, que facultaba al Ejecutivo a expedir reglamentos para erradicar las enfermedades contagiosas y, al mismo tiempo, controlar y castigar a las mujeres prostitutas que escapaban del control de las autoridades (Código de Policía 1904). Junto con las normas policiales, las disposiciones sanitarias se han encargado también de castigar y disciplinar sus cuerpos imponiendo sanciones pecuniarias y privativas de libertad (Código Sanitario 1944).

En la figura de la mujer prostituta se materializa la idea de la disociación de la sexualidad femenina, como explícitamente lo menciona un penalista ecuatoriano al señalar que es necesario “tener una clase especial de mujeres, libres de virtud, que puedan satisfacer los instintos del hombre” (Barrera 1943, 59). De ese modo, las diferentes dimensiones del discurso jurídico configuran la subjetividad de la mujer prostituta a partir de estas características, marcando una diferencia con quienes no lo son: las mujeres virtuosas, tomando el planteamiento de Judith Butler, que señala que el sujeto se constituye por medio de “la fuerza de la exclusión y la abyección” (Butler 2002, 19). Al tiempo que se configura el sujeto, se constituye el *no sujeto*; así la subjetividad de la prostituta define el límite entre las mujeres honradas, virtuosas y las que no lo son, significados difíciles de erradicar del imaginario social.

En 1998 se promovió una reforma al Código Penal vigente que buscaba, entre otras cosas, ampliar el tipo penal de violación e introducir la figura del acoso sexual. Con relación a la prostitución se pretendió trastocar la idea de honestidad presente en la doctrina penal, argumentando que estaba en contra de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos (UNIFEM / UNICEF 1996), y se buscó afectar la noción de la mujer prostituta, incluyendo la figura de mujer víctima de explotación. Para esto se introdujo una reforma al delito de proxenetismo,

por la cual se incluyó la sanción de conductas de explotación de la ganancia obtenida por la mujer prostituta; la sustracción, mediante seducción o engaño para entregar una persona a otra para que tenga relaciones sexuales; y la promoción y facilitación de la entrada o salida del país, o el traslado dentro del país de personas para que se dediquen a la prostitución (Código Penal 1971, reformado en 1998). Aunque algunos de los elementos de este tipo constituyen también elementos del delito de trata con fines de explotación sexual, este concepto se consolidó recién en 2000 con el mencionado *Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños*, conocido como Protocolo de Palermo. Allí se define trata de personas como:

La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación.

El Protocolo establece que la explotación incluye, como mínimo, la prostitución y otras formas de explotación sexual. Asimismo dice que el consentimiento de las víctimas no será relevante cuando se recurra a cualquiera de los medios señalados y que, en caso de que las víctimas sean menores de 18 años, la trata se configura aun cuando no se utilicen los medios enunciados (Protocolo de Palermo 2000).

La ratificación de este instrumento propició un contexto favorable para profundizar en el debate jurídico ecuatoriano el tema de la explotación sexual, intentando su despla-

miento desde el discurso de la moralidad al de los derechos humanos y con ello colocar en el imaginario social que ésta es una conducta que merece el reproche social y penal. Es así que en el 2005 se impulsó una reforma al Código Penal para: ampliar las figuras de violación y de acoso sexual; eliminar del tipo penal de estupro el requerimiento de que para su configuración la víctima debía ser honesta; y la tipificación del delito de trata de personas, aspirando que con estas reformas el derecho penal proteja a todas las mujeres y no solo a aquellas definidas como castas y honestas (Mosquera Andrade, 2006).

Con respecto al delito de trata de personas, se realizó una tipificación fraccionada, esto es: las conductas de trata de personas con fines de explotación sexual fueron separadas de las otras formas de explotación ofreciendo estándares de protección diferentes e inferiores a las víctimas de explotación sexual. De esa forma, el consentimiento de las víctimas -que de acuerdo al Protocolo de Palermo no es relevante en ningún caso de trata- en la normativa penal ecuatoriana se estableció que en los casos de explotación sexual solamente no lo sería si las víctimas eran menores de edad. Por otro lado, la edad de la víctima se constituyó en una circunstancia agravante. Así, en todos los casos de explotación -excepto la sexual- se previó que se incremente la sanción si la víctima es menor de catorce años, mientras que en los casos de explotación sexual también se agravó la sanción, pero solo si la edad de la víctima era inferior a los doce años. Adicionalmente, se previeron sanciones para las negociaciones que se realizaban alrededor de la explotación de las personas, excepto en la explotación sexual, en cuyo caso solamente estableció sanciones para las transacciones alrededor del turismo sexual infantil.

El tratamiento diferenciado que la dimensión formal del discurso jurídico le ofreció a las víctimas de explotación sexual con re-

lación a las víctimas de otras formas de explotación no es casual. El sujeto de esta forma de explotación, que se encarna en los cuerpos femeninos, enfrenta los obstáculos materiales originados en las concepciones imperantes sobre la corporalidad y sexualidad femenina latentes en la figura de la prostitución, que constituye un dispositivo del patriarcado por el cual se garantiza el derecho masculino de acceder a los cuerpos de las mujeres, en el marco de una transacción respaldada en la ficción de un contrato libremente pactado (Carole Pateman 1995).

La prostitución es una institución respaldada y legitimada en una lógica de mercado, que ha dado lugar a una diversificación de expresiones, como los *night clubs*, el servicio de acompañantes, el turismo sexual y otras más difíciles de identificar en un mundo digitalizado. Todas estas actividades tienen como fin satisfacer una creciente demanda sexual masculina y se asume que las mujeres ingresan en este mercado sexual en forma voluntaria. De tal dimensión es este régimen que la Organización Internacional del Trabajo, en un controversial informe realizado en 1998, propuso que debido a la gran cantidad de dinero que genera debería ser considerado como un segmento más de la economía mundial (OIT 1998). En este mercado, los cuerpos femeninos son objetos que también deben diversificarse para satisfacer a los clientes. De esa forma, se promocionan mujeres muy jóvenes e incluso niñas como mercancías llamativas, que a su vez reportan mayor dinero para quienes se benefician de la comercialización de sus cuerpos (Garbay 2012); y es justamente en el marco de estas actividades que la trata de personas con fines de explotación sexual se inserta, se reproduce y se mimetiza.

El desplazamiento de la *mujer prostituta al de la mujer víctima de explotación sexual* en el discurso penal ha sido problemático. Incluso dentro de los debates feministas ecuatorianos

ha sido un tema de complejo abordaje, pues por un lado están quienes defienden la reglamentación de la prostitución, condenan la criminalización de las mujeres que la ejercen e inclusive apuestan por el reconocimiento de esta actividad como una más de carácter laboral; y por otro lado, están quienes se adhieren a la corriente abolicionista que cuestiona la prostitución como una institución del patriarcado que se basa en una noción de la sexualidad que privilegia el placer masculino, a través de un pacto comercial que viabiliza la dominación, el control y uso de los cuerpos de las mujeres por parte de quienes pagan para ello: los clientes (Trapasso 2003). La falta de consenso hizo que, en principio, se asuma que la participación de menores de dieciocho años en estas actividades sea categorizada como *explotación sexual*, pues se puso en evidencia que las actividades de la llamada industria sexual acoge y esconde prácticas de explotación sexual de niñas y adolescentes (Sandoval 2002)¹.

Ahora bien, como señala Catherine Mackinnon, la sexualidad es un tema complejo en el cual no puede dejar de observarse la dinámica del sexo como jerarquía social, y “su placer es la experiencia del poder en forma con género” (Mackinnon Catherine 1989, 15). El problema, dice la autora, es que hay una hegemonía en la interpretación de la sexualidad desde la cual los intereses de la sexualidad masculina determinan su significado, incluido la manera de asumir lo “que se siente, se expresa y se experimenta” (Mackinnon 1989, 229). El discurso penal, como discurso social, es receptor del significado político que el patriarcado le ofrece a la sexualidad femenina y

¹En el año 200 un grupo de organizaciones feministas presentó al Congreso Nacional un proyecto de reforma al Código Penal que preveía la tipificación del delito de explotación sexual, argumentando que la legislación vigente a ese tiempo le daba igual tratamiento a la prostitución y a la explotación sexual infantil.

masculina. La dominación de la corporalidad de las mujeres en la prostitución no es percibida como algo reprochable, y este discurso tiene dificultades para incorporar en su ontología la noción de la explotación sexual.

Una de las principales estrategias del feminismo jurídico ha sido la utilización del derecho penal para conseguir el reproche social y legal de conductas de violencia contra las mujeres que históricamente han sido naturalizadas e, inclusive, respaldadas por las mismas normas penales, pero la experiencia da cuenta de que generalmente el sentido originario de las demandas suele moverse a campos de sentido diferentes (Bergalli y Boledón 1992). La definición de trata de personas que propone el Protocolo de Palermo trajo consigo desafíos no solo jurídicos sino también culturales, pues el hecho de instituir en la dimensión formal del derecho al sujeto víctima de explotación sexual provoca un conflicto con las representaciones y creencias sobre el derecho masculino de acceder al cuerpo de las mujeres. Como dice Alicia Ruíz, la naturalización de las prácticas sociales, de las jerarquías, de los sujetos que configuran la realidad social terminan ocultando los procesos de atribución de sentido mediante un complejo proceso de producción, circulación y consumo de significados (Alicia Ruíz, 2000), en el cual el derecho tiene un rol tan relevante como otras instituciones de reproducción ideológica.

III. La víctima de explotación sexual en la argumentación judicial

La judicialización de los casos de trata con fines de explotación sexual pone en evidencia los límites del derecho penal en la reivindicación de derechos de las mujeres y, más aún, permite observar los mecanismos con los que opera para reproducir la desigualdad social. Los primeros casos que se procesaron con la tipificación del delito de trata con fi-

nes de explotación sexual generaron mucha expectativa en las organizaciones de mujeres que lo promovieron. Sin embargo, provocaron frustración debido a la argumentación a la que recurrieron los operadores de justicia. Para efectos de este artículo se hará referencia a dos casos que tuvieron una importante cobertura mediática y que podrían ser calificados como emblemáticos dadas sus características y el número de víctimas que involucró.

El primero, conocido como *Night Club La Luna*, se originó en un operativo en el que se rescató a catorce niñas, aunque información extra oficial determina que había treinta víctimas, todas mujeres que permanecían encerradas, amenazadas y obligadas a tener relaciones sexuales. Este lugar operaba como una especie de centro distribución de mujeres-mercancías para otros prostíbulos de la ciudad de Quito (Alvaro Mantilla Herrera, 2010). Si bien un tribunal de primera instancia emitió una sentencia condenatoria al propietario del lugar y otras personas, la Corte Nacional de Justicia en sentencia de casación absolvió a todos los acusados señalando que el fallo inicial estaba “inmotivado porque se encuentra en contradicción o es incoherente con los hechos efectivamente probados...”. Esta conclusión se justifica en que, para los jueces de la Corte Nacional, en realidad la actividad a la que se dedicaba el lugar era de carácter mercantil, dado que el propietario había pagado sus impuestos. Más aún, las mujeres que estaban en el lugar acudieron al propietario del mismo para que les “remueva los obstáculos que impidan dedicarse a la prostitución o continuar ejerciendo el comercio sexual” (Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sentencia N° 871 – 2009, 4).

Otro caso que también mereció la atención pública fue conocido como *El Triángulo*, que se originó en una investigación que dio lugar a un operativo en el que se rescataron alrededor de veinte mujeres de origen colom-

biano, que habían sido trasladadas desde su país bajo engaños y falsas promesas de trabajo. Una vez que se encontraron en el Ecuador, fueron encerradas y bajo amenazas se las sometió a explotación sexual. Sin embargo, los explotadores fueron absueltos en razón de que el allanamiento al lugar y los testimonios urgentes de las víctimas fueron anulados por el mismo juez que los autorizó. La sentencia absolutoria que fue ratificada por un tribunal de instancia y luego fue conocida en casación por la Corte Nacional de Justicia, cuyos jueces consideraron que el tribunal inferior actuó con base en la *sana crítica*, lo que implica que “aplicaron la recta razón e inteligencia humana” (Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sentencia N° 457 -2010, 4). Algo no explicitado en la argumentación judicial es que en este caso las mujeres víctimas de trata fueron no solamente mujeres extranjeras sino también mayores de dieciocho años.

Como quedó señalado, es difícil remover la idea de que las mujeres adultas son prostitutas y que las situaciones de violencia a las que se enfrentan son una especie de *riesgos laborales*. Estos elementos simbólicos del discurso jurídico no podrían ser develados sino desde una perspectiva crítica, desde la cual se comprende al derecho más allá de su dimensión formal, como un hecho social, un discurso que en la voz de quienes están calificados para hacer enunciados, como los jueces, ofrece significado a las conductas, pero también configura subjetividad. Por lo tanto, como propone Carol Smart, es indispensable sumergirse y explorar en la forma en que el derecho de forma no obvia contribuye en la jerarquización de las relaciones (Smart 2000).

A lo expresado es importante mencionar que, de acuerdo con estudios realizados, se devela que la impunidad en casos como los mencionados también estaba condicionada por el hecho de que las mujeres que eran rescatadas en los operativos recibían el tra-

tamiento como infractoras migratorias y no como víctimas de trata (Garbay 2011), lo que daba lugar a que fueran sometidas a procesos de deportación por no contar con un estatus migratorio regular (UNODC 2012).

En el 2014 se realizó una reforma amplia a la normativa penal: la nueva ley, denominada Código Integral Penal, unificó la figura de la trata de personas. Así, se previó la misma sanción para las conductas de captación, transporte, traslado, entrega o acogida de personas con cualquier fin de explotación, entendida como toda conducta de la cual se obtenga una ventaja económica o de otro tipo a través el sometimiento de una persona a condiciones de vida que resulten de cualquier forma de explotación, incluida la sexual, prostitución forzada, el turismo sexual y la pornografía infantil (COIP, Art. 91). Con relación a la valoración del consentimiento de las víctimas, se estableció que no constituirá en ningún caso causa de eximente o atenuante de la pena (COIP, Art. 110).

Si bien la nueva tipificación ofrece un estándar uniforme en la consideración de las víctimas de trata, sin diferenciar el modo de explotación ni la edad de las víctimas, en la dimensión del discurso jurídico que corresponde a la aplicación e interpretación del nivel formal la edad de las víctimas aparece como un elemento central en la narrativa de los jueces. Alda Facio, al explicar el componente estructural del derecho, dice que no atañe solamente a las instituciones que tienen la potestad de crear, interpretar y aplicar la ley, pues también es parte el contenido que esas instituciones le ofrecen a esas leyes, en el ejercicio de seleccionar, aplicar e interpretar, mediante el cual se da origen a leyes no escritas que se sus traen a la operación formal de creación (Alda Facio 1992). A través de una operación discursiva, los jueces configuran la minoría edad como un elemento del tipo penal, por lo tanto, como una condición para que se configure la

explotación sexual. Para ello se realizan interpretaciones falaces del Protocolo de Palermo, afirmando que este instrumento solo establece la irrelevancia del consentimiento en casos de menores de edad (Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Quito, Sentencia N° 1782-2014-0750, 2016 y Corte Nacional de Justicia, Sentencia N° 11258-2016-00163, 2018) o, también, recurriendo a la argumentación de que la ley no ofrece a menores de edad la facultad de decidir sobre su sexualidad (Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Sentencia, N° 0750, 2016).

La relación entre la edad de la víctima y la comprobación del ilícito no es un tema insustancial, pues resulta útil para que en aquellos casos en que las víctimas son mayores de edad se desnaturalice la explotación presumiendo que las mujeres están ejerciendo libremente la prostitución, como se menciona en una de las sentencias absolutorias analizadas:

En el Protocolo se admite que el ejercicio de la libre voluntad de la víctima a menudo se ve limitado por la fuerza, el engaño o el abuso de poder. Se respeta la capacidad de los adultos de tomar por sí mismos decisiones acerca de su vida, concretamente en cuanto a las opciones de trabajo y migración (Unidad Judicial Penal de la Parroquia Quitumbe, Dictamen de sobreseimiento definitivo, N° 01211, 2018, 9).

En otro caso, una investigación judicial se inicia por la explotación sexual de mujeres menores y adultas. Sin embargo, la sentencia termina instituyendo como víctimas del delito solamente a las menores, en tanto las mujeres adultas enunciadas en las primeras fases del proceso son totalmente invisibilizadas en la sentencia, dejan de existir (Corte Provincial de Justicia de los Ríos, Sentencia, N° 12283, 2016-00839).

Al parecer, en el imaginario de los jueces y

juezas la edad está relacionada con el consentimiento y la configuración de la explotación sexual se ve reducida a estos conceptos, que mediante argumentos enredados son manipulados para legitimar las actividades que encubren diversas formas de explotación sexual, denominando a sus víctimas, como *sexo servidoras, trabajadoras del sexo o prostitutas*. Sin embargo, también se observa que ni la minoría de edad es suficiente para caracterizar a la víctima cuando ésta ha tenido experiencias sexuales desde muy temprana edad. En uno de los casos estudiados se evidencia como a través de los discursos médicos y psicológicos, que forman parte de los rituales del proceso penal, se priva de esta categoría a una menor de edad que había sido explotada sexualmente desde muy temprana edad y previamente abusada sexualmente en su entorno familiar. La Corte Provincial de Justicia de Loja dijo

La niña en la entrevista narró que venía de un hogar disgregado (...) que ella sobrevive mediante aceptar y dejar; (...) que cuando la evaluó, ella no estaba en situación de víctima y estaba asintomática y para ella el trabajo sexual ya no era traumático y lo ve como algo normal (Corte Provincial de Justicia de Loja, Sentencia N° 11258-2016-001663, 2017, 6).

Todos estos elementos ofrecen una caracterización de la identidad de las víctimas en este delito, aspectos que no están escritos en ninguna norma legal pero que se van instituyendo en la dimensión estructural del discurso jurídico penal. El derecho, dice Alicia Ruíz, tiene un rol importante en la configuración estereotipada de la mujer. A partir del mismo se le reconoce o niega derechos a “las mujeres de carne y hueso” (Ruiz 2000, 11). La operación paradójica y opaca del discurso jurídico se encarga de investir de legiti-

midad las creencias y mitos alrededor de la mujer prostituta, que encarna el arquetipo de la mujer peligrosa y pecadora, aquella a quien el derecho no le ha ofrecido protección. Por lo tanto, desde esa perspectiva, resulta difícil reconocer situaciones de explotación sexual y comprender la dimensión de violencia estructural en la que se reproduce.

IV. A manera de conclusión

Normalmente cuando se hace referencia a una definición de derecho se la suele asociar con un conjunto de reglas que han sido formuladas para ordenar la vida social a través de un proceso que está legitimado constitucionalmente y que se traducen en normas de diferente nivel caracterizadas por ser objetivas, racionales y abstractas. Podría afirmarse que las críticas feministas, aunque han cuestionado estas características de una forma generalizada, han seguido confiando en el poder que el derecho puede tener para derivar las ideas que subyacen en la desigualdad y discriminación de las mujeres. Desde ese paradigma, se acoge con entusiasmo cada oportunidad de realizar reformas legales, particularmente de carácter penal y cuando se trata de formas de violencia contra las mujeres.

Si bien no se puede dejar de reconocer los logros alcanzados, parece necesario analizar el planteamiento de la teoría jurídica crítica feminista. Desde su perspectiva se observa que se ha caído en una especie de trampa que el derecho tiende para mostrar una realidad velada, pues el mero hecho de reconocer en la dimensión normativa del discurso penal que hay mujeres víctimas de explotación sexual no resulta suficiente para proteger a las mujeres reales. Más aún: se observa que el poder que tienen las y los juzgadores de realizar enunciados y construir realidad a través de sus discursos permite realizar una maniobra para desnaturalizar los elementos clave de las de-

mandas feministas trasladando su significado a otros que responden a los requerimientos del poder. La crítica jurídica feminista invita, precisamente, a indagar la forma en que el derecho opera para mantener y justificar las relaciones de dominación.

Bibliografía

Arcenales, Javier y Susy Garbay. 2011. Informe *sobre Movilidad Humana*. Coalición de las Migraciones.

Bergalli, Roberto y Encarna Boledón. 1992. "La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico". *Anuario de Filosofía del Derecho* N° 91.

Barrera, Jaime. 1943. *La mujer y el delito*. Quito: Universidad Central del Ecuador.

Foucault, Michel. 2013. *Historia de la sexualidad I. La voluntad del saber*. México: Editorial Siglo XXI.

Facio Alda. 1992. *Cuando el género suena cambios trae*. San José, ILANUD.

Garbay Mancheno, Susy 2010. "Trata de personas, impunidad, administración de justicia y derechos humanos". *Informe temático N° 1*. Quito: Defensoría del Pueblo del Ecuador.

Garbay Mancheno, Susy. 2012. "¿La prostitución una institución patriarcal?". *Aportes Andinos (Revista electrónica del Programa Andino de Derechos Humanos UASB* N° 31.

Millett, Kate. 1970. *Política Sexual*. Madrid: Ediciones Cátedra.

Mantilla Herrera, Alvaro. 2010. *Contextos, transgresiones, confrontaciones y miradas de la explotación sexual a mujeres en Quito: el caso*

la Luna y otras tensiones. Tesis de Maestría, Facultad de Ciencias Sociales. Consultado en: <http://hdl.handle.net/10469/3072>.

Mosquera Andradre, Violeta. 2006. *Mujeres congresistas. Estereotipos sexistas e identidades estratégicas. Ecuador 2003 – 2005*. Quito: Abya – Yala / FLACSO.

MacKinnon, Catharine. 1995. *Hacia una teoría feminista del Estado*. Valencia: Ediciones Cátedra.

Ministerio de Gobierno y Organización Internacional de las Migraciones 2019. *Plan de Acción contra la Trata de Personas, 2029 – 2030*. OIM. <http://www.trataytrafico.gob.ec/assets/archivos/planes/PACTA%20Resumen%20Ejecutivo.pdf>

OIT 1998. “La economía del sexo. La Industria del sexo: Los incentivos económicos y la penuria alimentan el crecimiento”. En *Trabajo*, Revista de la OIT, N° 26, septiembre – octubre de 1998. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/dwcms_080688.pdf

OIT(2017) Estimaciones Mundiales sobre la esclavitud moderna. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@ipec/documents/publication/wcms_596485.pdf.

Pateman, Carole. 1995. *El contrato sexual*. Barcelona: Editorial Antrophos.

Ruíz, Alicia. 2000. “De las mujeres y el derecho”. En Alicia Ruíz (comp), *Identidad femenina y discurso jurídico*. Buenos Aires: Editorial Biblos /Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Smart, Carol. 2000. “La teoría feminista y el discurso jurídico”. En Haydee Birgin

(comp), *El Derecho en Género y el Género en el Derecho* (pp. 31 – 73). Buenos Aires: Editorial Biblos / CEADEL.

Sandoval, Mariana. 2002. *Dimensión, naturaleza y entorno de la explotación sexual comercial de niñas, y adolescentes en el Ecuador*. Lima: OIT -IPEC. http://white.lim.ilo.org/ipec/documentos/lb_final_esci_ecuador.pdf.

Trapasso, Rosa Dominga. 2003. “La prostitución en contexto”. En *Prostitución: ¿Trabajo o Esclavitud Sexual?* (pp. 45 – 54). Lima: CLADEM.

UNODC. 2012. *Estudio sobre el estado de la trata en el Ecuador*. UNODC.

UNODC. 2021. *Informe Situacional – Ecuador: Transformando alertas en respuestas de la justicia penal para combatir la trata de personas dentro de las corrientes migratorias*, UNODC.

UNIFEM – UNICEF (1996). *La mujer en los códigos penales de América Latina y el Caribe Hispano*, UNIFEM.

Normativa internacional y nacional

Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente

Mujeres y Niños 2000. 15 de noviembre de 2000. A/RES/55/25.

Decreto Ejecutivo 1981, Registro Oficial 410, 31 de agosto de 2004.

Decreto Ejecutivo 1414. Registro Oficial 288, de 9 de junio de 2006.

Código de Policía, Registro Oficial 924 de 28 de octubre de 1904.

Código Sanitario, Registro Oficial 78, de 4 de septiembre de 1944.

Código Penal. Registro Oficial 147, Suplemento, de 22 de enero de 1971.

Código Integral Penal. Registro Oficial 180, Suplemento, de 10 de febrero de 2014.

Sentencias y dictámenes

Corte Nacional de Justicia del Ecuador (7 de agosto de 2013). Sentencia en Juicio N° 871 – 2009.

Corte Nacional de Justicia del Ecuador (27 de abril de 2012). Sentencia en Juicio N° 457 -2010.

Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Quito (11 de agosto de 2016). Sentencia en *Juicio N° 1782-2014-0750*.

Corte Nacional de Justicia (28 de junio de 2018). Sentencia en *Juicio N° 11258-2016-00163*.

Corte Provincial de Justicia de Pichincha (12 de diciembre de 2016). Sentencia en Juicio N° 17282 – 2014 – 0750.

Unidad Judicial Penal de la Parroquia Quitumbe (13 de diciembre de 2018). Dictamen de sobreseimiento definitivo” en Juicio N° 17283-2018-01211.

Corte Provincial de Justicia de los Ríos (25 de noviembre de 2016). Sentencia en Juicio. N° 12283-2016-00839.

Corte Provincia de Justicia de Loja (1ero de septiembre de 2017). Sentencia en Juicio N° 11258-2016-001663.