

GENERO, VIOLENCIA, EXPLOTACION Y PROSTITUCION. UNA VISION CRITICA DE LA POLITICA CRIMINAL ARGENTINA EN LAS RECIENTES REFORMAS AL CODIGO PENAL, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY N° 26.842 DE PREVENCION Y SANCION DE LA TRATA DE PERSONAS Y ASISTENCIA A SUS VICTIMAS.

Por: Jorge Eduardo Buompadre ¹

Sumario: I. Planteamiento del tema. II. Breve repaso histórico-legislativo de la trata en Argentina. III. Puntos de conflicto y falencias en la reforma de la Ley 26.842. 3.1. Una nueva modalidad de trata. Los medios comisivos. 3.2. La problemática del consentimiento y el bien jurídico protegido. ¿Dignidad o libertad sexual?. 3.3. Género, violencia, explotación y aprovechamiento: posibles interpretaciones. IV. La explotación de la prostitución ajena. 4.1. Proxenetismo. 4.2. Rufianismo. BIBLIOGRAFIA

I. Planteamiento del tema.

En estos últimos años, se sancionaron en Argentina varias leyes que implicaron profundas reformas al Código penal en su parte especial, entre ellas, la Ley N° 26.791, por medio de la cual se introdujo sustanciales modificaciones entre los homicidios agravados previstos en el art. 80, incluyéndose por primera vez en el digesto punitivo, entre otras figuras, el delito de femicidio; la Ley N° 26.842, que incorporó, no sólo una nueva modalidad de delito de trata de personas, sino que produjo reformas de gran calado en los delitos relacionados con la prostitución; y, por último, la Ley N° 26.847, que introdujo el art. 148 bis, por el que se pena la explotación del trabajo infantil.

Con la sanción de la Ley N° 26.842 ² de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas, se concretó una nueva reforma legislativa relativa al fenómeno de la trata de personas en Argentina. Sus alcances no se limitaron solamente a introducir cambios específicos en el delito de trata de personas, sino que la reforma alcanzó también a diversas

¹ Profesor de derecho penal en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste, Argentina.

² BO: N° 32.550, 27/12/2012.

manifestaciones de la delincuencia sexual, en particular, respecto de los delitos de rufianería y proxenetismo, que ya habían sido objeto de algunos cambios a través de la ley N° 26.364³ de 2008.

Si algún antecedente debemos mencionar para ubicarnos en los motivos que tuvo el legislador para sancionar la ley citada en último término, creemos que el principal referente (tal vez el único) fue, en aquel momento, el “caso Marita Verón”⁴, cuya desaparición despertó repentinamente la atención de la sociedad en esta modalidad criminal. Para esa época, Argentina ya había suscripto la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional⁵ y sus protocolos complementarios, en particular, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, conocido como “Protocolo de Palermo”. Vale decir que, después de más de seis años de ocurrido el secuestro de Marita y de casi ocho años de firmado aquel acuerdo internacional, Argentina sancionó la Ley 26.364 en consonancia con las directrices de la normativa internacional, con el objetivo, según se puede leer en su art.1º, de “implementar medidas destinadas a prevenir y sancionar la trata de personas, asistir y proteger a sus víctimas”.

Pasaron otros cuatro años desde la sanción de esta ley, y tuvo que suceder un episodio judicial para generar una nueva reforma penal en materia de trata de personas: nuevamente el “caso Marita Verón” fue el motivo disparador. El 11 de diciembre de 2012, la Sala 2da. de la Cámara Penal de Tucumán dictó sentencia absolutoria a favor de los 13 imputados por el secuestro de Marita, fallo que provocó, como es de suponer, un generalizado repudio social, cuya repercusión fue potenciada a través de los medios de comunicación. A los pocos días y sin pérdida de tiempo, el 26/12/2012 se promulgó la Ley 26.842, por medio de la cual se introdujo una serie de reformas a la Ley 26.364, modificándose en forma sustancial el delito de trata de personas y otras figuras vecinas relacionadas con la prostitución, tal como se podrá apreciar más adelante cuando abordemos estas cuestiones en particular.

En la presente contribución, pretendemos deslizar algunas observaciones –desde una visión crítica-dogmática- de estas reformas y de su incidencia “real” en la lucha contra la trata de personas. Con otros términos, el análisis crítico de los novedosos tipos penales involucrados, nos permitirá descubrir si la nueva normativa, más que nueva, no es otra cosa que más derecho penal simbólico, más espejitos de colores que soluciones prácticas y reales en el combate contra el tráfico ilegal de personas con fines de explotación.

³ Promulgada el 29/04/2008.

⁴ María de los Ángeles Verón, “Marita”, fue secuestrada el 3 de abril de 2002, en la ciudad de San Miguel de Tucumán, dando lugar a uno de los procesos judiciales con mayor repercusión social en los últimos años en Argentina.

⁵ Conocida como “Protocolo de Palermo”, la Convención fue firmada el 12/12/2000 y aprobada mediante la Ley N° 25.632 de 29/08/2002.

Antes de ello, sin embargo, creemos conveniente hacer una breve exploración histórico-legislativa sobre los vaivenes que ha tenido el delito de trata de personas en Argentina –así como de diversas figuras relacionadas con la prostitución- desde su incorporación al digesto punitivo en el año 1968.

II. Breve repaso histórico-legislativo de la trata en Argentina.

Según nos relatan algunas investigaciones históricas, antes de que la Argentina se convierta en un Estado Federal, ya existían en todo el territorio del Río de la Plata organizaciones de proxenetas dedicadas a la trata de blancas y al negocio de la prostitución. Basta con recordar la tristemente célebre Sociedad Israelita de Socorros Mutuos “Varsovia”, conocida posteriormente como “*Zwi Migdal*”, organización criminal que llegó a administrar más de 2000 prostíbulos a lo largo y ancho del territorio nacional ⁶. Para esa época, regía en todo el país el sistema reglamentario de la prostitución, que implicaba su legalización como cualquier otra actividad sometida al contralor del Estado, todo lo cual nos permite avizorar que el fenómeno del tráfico y explotación de seres humanos no es nuevo en Argentina, ni mucho menos, es más antiguo de lo que creemos. Repárese en que la expresión “trata de blancas” ya fue utilizada en la Conferencia de París de 1902 con el fin de diferenciarla del comercio de esclavos negros de gran desarrollo en la Europa del siglo XIX ⁷.

El 17 de diciembre de 1936, se sancionó la Ley 12.331 ⁸, conocida como “Ley de profilaxis”-actualmente en vigencia-, por medio de la cual se prohibió en todo el territorio nacional el establecimiento de casas o locales en donde se ejerza la prostitución o se incite a ella (art.15), castigándose con pena de multa el sostenimiento, administración o regenteo de casas de tolerancia (art. 17). Esta ley significó un cambio de modelo en la regulación del ejercicio de la prostitución, pues pasó del sistema reglamentarista entonces en vigor a un régimen abolicionista, modelo que, si bien no prohíbe el ejercicio de la prostitución, la tolera (no la regula)

⁶ Para mayores antecedentes sobre la historia de la prostitución en Argentina y de las organizaciones criminales dedicadas a la trata de blancas, véase Schnabel Raúl A., Historia de la trata de personas en Argentina como persistencia de la esclavitud, disponible en Internet www.mseg.gba.gob.ar; Albert Londres, El camino de Buenos Aires-la trata de blancas, Libros del Zorzal, Bs.As., 2008; Levy Larry, La mancha de la Migdal-Historia de la prostitución judía en la Argentina, Grupo Editorial Norma, Bs.As., 2007; Trochon Yvette, Las rutas de Eros-La trata de blancas en el Atlántico sur, Argentina, Brasil y Uruguay (1880-1932), Taurus Editorial, Bs.As., 2006.

⁷ Conf. Baucells Lladós Joan, El tráfico ilegal de personas para su explotación sexual, en Inmigración y sistema penal pag. 175. Véase, también, un resumen de la evolución de la denominación “trata de blancas” en Fierro Guillermo Julio, Ley penal y derecho internacional, vol.2, pags. 10 y sig., Editorial Astrea.

⁸ BO: 11/01/1937

marginándola de la ley penal pero aboliendo o penalizando su explotación por terceros.

Muchos años deberían pasar para que la trata de personas se incluya por primera vez en el elenco de delitos del código penal, lo cual se produce – como antes se dijo- en el año 1968 mediante la ley 17.567, cuyo art. 127 bis contempló, con limitados alcances, penando con reclusión o prisión de tres a seis años, la promoción o facilitación de la entrada o salida del país de una mujer o de un menor de edad, para que ejerzan la prostitución, texto que –luego de una breve restauración del orden constitucional- se reeditó con la Ley 21.338 de 1976, siendo mantenido posteriormente, ya recuperado el sistema democrático, por la Ley 23.077 de 1984.

En 1999, una nueva reforma modificó el escenario de los delitos sexuales. La ley 25.087, introdujo cambios significativos en el Título III del Cód. penal, especialmente entre los delitos relacionados con la prostitución. Con respecto a la trata de personas, con un texto no muy satisfactorio, se limitó a penalizar la trata internacional de mayores y menores de edad, con fines de prostitución. La Argentina emergía como un país orientado a lucha contra la trata de personas, pero muy lejos de las exigencias normativas internacionales.

Hasta que en el año 2008, se sancionó la Ley 26.364 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas, por medio de la cual se derogó las disposiciones de la Ley 25.087, adaptándose la normativa a los requerimientos del Protocolo de Palermo. Cuatro años después, el 27 de diciembre de 2012, Argentina vuelve sobre sus pasos y sanciona la Ley 26.842, por medio de la cual se produce una reforma integral de la Ley 26.364, incorporándose un nuevo modelo de regulación del delito de trata de personas y nuevas figuras vinculadas a la prostitución, cuyas características más relevantes serán analizadas a continuación.

III. Puntos de conflicto y falencias en la Ley 26.842.

Una simple comparación entre la ley 26.842 y la derogada Ley 26.364, permite inferir la existencia de diferencias esenciales entre ellas con respecto al delito de trata de personas. Escasos puntos de contacto y muchas diferencias.

Pero, a nuestro entender, existen ciertos aspectos en la nueva normativa que, por su interés e importancia, merecen un tratamiento más específico y detenido: nos referimos a la nueva modalidad de trata introducida *ex novo* por la ley, en estrecha vinculación con los medios comisivos que actúan como manifestación agravatoria de la conducta; la armonización e interpretación de los conceptos “violencia” y “explotación” empleados en la ley, así como de otros términos previstos en otras recientes leyes de reforma, por ej. las expresiones “género” y “aprovechamiento” de

las leyes 26.791 y 26.847 que, a nuestro ver, necesitan de una adecuada interpretación; la problemática del consentimiento y su relación con el bien jurídico tutelado; y, finalmente, las modificaciones operadas en los delitos relacionados con la prostitución.

Por razones de espacio, no se hará un estudio dogmático de las distintas formas de explotación previstas en la nueva ley, ya que se excederían los límites aconsejables de la presente comunicación, sino que nuestro trabajo se habrá de circunscribir a la problemática planteada por la nueva modalidad de “trata con fines de explotación sexual”.

3.1. Una nueva modalidad de trata. Los medios comisivos.

La ley 26.364, siguiendo los pasos del Protocolo de Palermo, entendía por “trata” a la “captación, transporte y/o traslado –ya sea dentro del país, desde o hacia el exterior-, la acogida o la recepción de personas mayores de dieciocho años de edad, con fines de explotación, cuando mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima, aun cuando existiere asentimiento de ésta”. La fórmula –como se puede percibir claramente– regulaba una modalidad de trata de mayores de edad, toda vez que, la trata de menores de dieciocho años, no obstante mantenerse en el ámbito de una misma definición que la de mayores de esa edad, fue ubicada en otra disposición pudiendo cometerse, además, bajo la modalidad de “ofrecimiento” de la mercancía, dejándose a salvo en forma expresa que el consentimiento del menor, en estos supuestos, carecía de todo valor desincriminatorio.

La reforma de la Ley 26.842, implicó un cambio de gran calado. No sólo se decantó por un nuevo concepto de trata, sino que distorsionó el sistema de regulación anterior (alejándose de las directrices internacionales en la materia), generando áreas de conflicto de insospechables consecuencias futuras. Veamos.

Según el nuevo art.145 bis, se entiende por trata “*el ofrecimiento, la captación, el traslado, la recepción o acogida de personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediare el consentimiento de la víctima*”. En el art. 145 ter se regulan, a su vez, las circunstancias agravantes, entre las que destaca la motivada por razones de minoridad, con el siguiente texto: “*Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años, la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión*”.

Vale decir que, como se puede apreciar claramente, el tipo básico del art. 145 bis incorporado por la Ley 26.842 prevé una nueva modalidad de

delito de trata de personas, la “*trata voluntaria de mayores de edad*” (de 18 años), extraña no sólo a nuestros precedentes legislativos, sino también a los antecedentes internacionales en la materia. Como se podrá suponer, esta nueva clase de trata introducida por la Ley 26.842, necesita de una correcta interpretación pues, una primera mirada del nuevo precepto legal permite avizorar una notoria contradicción: mientras por un lado excluye de la figura básica los medios fraudulentos, violentos o abusivos (que caracterizaban, precisamente, a la figura derogada -e identifican al concepto internacional de trata- y, en el tipo legal en vigencia, son circunstancias de agravación), por otro lado establece la inoperatividad del consentimiento de la persona interesada.

Frente a este nuevo escenario, entonces, debemos preguntarnos ¿es posible concebir una modalidad de trata “con el consentimiento del interesado o titular del bien jurídico protegido”?⁹. De acuerdo a la normativa internacional (Protocolo de Palermo), que la Argentina ratificó, la trata de personas sólo es posible en un marco situacional en el que predominan los medios fraudulentos, violentos o abusivos; vale decir, que estos medios comisivos son inherentes, consustanciales, al concepto de trata, de manera que el consentimiento sólo podría perder toda eficacia desincriminante cuando concurrieren, precisamente, tales medios comisivos. Con otros términos, no puede concebirse una situación de trata “con el acuerdo del titular del bien jurídico protegido”. Por lo tanto, si media el consentimiento de la persona interesada, quiere decir que no existió, en la trama del convenio, ningún medio con las características señaladas que haya puesto en peligro o afectado la capacidad de acción y de decisión de la persona interesada.

El empleo de medios fraudulentos, violentos o abusivos, son de la esencia del fenómeno. Toda situación de trata presupone una situación de dominio y sometimiento de una persona, esto es, la anulación o disminución de su voluntad, de su capacidad de discernimiento y autodeterminación libremente manifestada, circunstancias que ponen de manifiesto la ilegalidad de las conductas de trata y, por supuesto, la justificación de la intervención penal. La trata sólo puede ser ilegal en la medida de que se la lleve a cabo mediante la concurrencia de ciertos y determinados medios que producen aquellos resultados, esto es, la anulación de la capacidad de autodeterminación de la persona para expresarse libremente en los actos de su vida. No es posible una situación de “trata voluntaria”, que es, precisamente, la situación que regula el nuevo texto del art. 145 bis del Cód. penal.

⁹ Hablamos de “interesado” o “titular del bien jurídico protegido”, por cuanto nos parece una contradicción insalvable hacer referencia a una “víctima que presta su acuerdo” para una determinada conducta.

Esta conclusión, a nuestro modo de ver, resulta incuestionable, por cuanto, si concurrieren –en la situación de tráfico- los medios abusivos, violentos o fraudulentos, el hecho se desplazaría al tipo agravado previsto en el inc. 1º del art. 145 ter, cuyo texto incrementa la pena del tipo básico hasta 10 años de prisión cuando “*mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima*”. Todo lo cual permite inferir que, la figura del artículo 145 bis, a diferencia de la regulación del texto derogado de la Ley 26.364, describe una forma de “trata (¿?) voluntaria de mayor de edad”, circunstancia que, a simple vista, carece de relevancia para justificar la intervención del derecho penal .

Si los medios violentos, fraudulentos o abusivos son esenciales al concepto de trata y, al mismo tiempo, también son elementos esenciales del tipo agravado, entonces se estaría violentando el principio “*nos bis in ídem*”, que impide que un mismo elemento sea valorado doblemente, como elemento necesario del tipo básico y, al mismo tiempo, del tipo agravado ¹⁰.

El delito de trata, entonces -como se puede apreciar-, sólo es posible en la medida que la conducta vaya acompañada del empleo de medios violentos, fraudulentos o abusivos, que actúen contra la voluntad de la persona titular del bien jurídico protegido y afecten su capacidad de autodeterminación o autonomía personal. De lo contrario, la conducta debe quedar extramuros de la intervención punitiva.

3.2. La problemática del consentimiento y el bien jurídico protegido. ¿Libertad sexual o dignidad personal?.

Durante la vigencia de la Ley 25.087/99, el delito de trata de personas se encontraba ubicado en el Título III –Delitos contra la integridad sexual- del Cód. Penal, por lo que sostuvimos, entonces, que el bien jurídico afectado era la libertad sexual de la persona, a la que entendíamos como el “derecho de toda persona a su autorrealización o autodeterminación en el ámbito de su sexualidad” ¹¹. Tras la reforma de la Ley 26.364/08, el precepto se situó fuera de los delitos sexuales para ubicarse sistemáticamente en el Título V –Delitos contra la libertad- del Cód. penal, modificación que no significó

¹⁰ En igual sentido, Pérez Alonso Esteban, Tráfico de personas e inmigración clandestina, pags.326 y sig., Edición Tirant lo Blanch Monografías, N° 529, Valencia, 2007.

¹¹ Conf. Buompadre Jorge Eduardo, Tratado de derecho penal, parte especial, T.1, Editorial Astrea, pag. 369, 2009. Véase, en la doctrina española, Maqueda Abreu María Luisa, El tráfico sexual de personas, pag. 41, Tirant lo Blanch, Colección Los Delitos, N° 36, Valencia, 2001, quien sostiene la tesis de la libertad sexual como bien jurídico protegido en el delito de trata de personas con fines de explotación sexual.

un cambio sustancial en torno al bien jurídico protegido, por cuanto el delito continuaba ubicado, en definitiva, bajo una misma rúbrica, en tanto se entienda –como lo hacemos nosotros- que la “libertad sexual” no es más que un segmento, una parcela, de la libertad personal como bien jurídico general ¹². Por lo tanto, la trata de personas continuaba siendo un delito “contra la libertad personal o individual”.

Esa fue la voluntad del legislador de 2008, esto es, no dejar fuera del ámbito de los delitos contra la libertad a la trata de personas. Si la idea o la finalidad del legislador hubiera sido otra distinta, entonces no tenía más que dos opciones posibles: ubicar la figura en otro Título distinto que en el que se encontraba o crear un Título nuevo, por ej. Delitos contra la integridad moral o contra la dignidad personal, o como lo hizo el legislador español con la LO 5/2010 al incluir al código penal el Título VII bis –De la trata de seres humanos-. Nada de esto se hizo, por lo que hubo que seguir pensando que la trata de personas era un delito de peligro contra la libertad individual.

La nueva reforma de la Ley 26.842 no significó tampoco ningún cambio significativo en este sentido. La nueva figura de trata de personas creada por la ley 26.842 (art. 145 bis) continuó en el mismo Título V del Cód. penal, al igual que en la normativa derogada. Por lo tanto, no queda otro camino que seguir pensando que la voluntad del legislador ha sido la misma que le vez anterior, pues, pudiendo acudir a las opciones antes mencionadas, no lo hizo, entonces, no cabe más que concluir en que la voluntad legislativa ha sido no erradicar la trata de personas de entre aquellos delitos que afectan o ponen en peligro la libertad individual de las seres humanos.

Siendo que la libertad es un bien jurídico de carácter individual, disponible por su titular, no existe ningún obstáculo que impida sostener que el consentimiento del sujeto pasivo posee plena relevancia desincriminatoria. Pensemos en el tráfico de personas con fines de explotación sexual, en el que el sujeto pasivo presta su consentimiento para su traslado al extranjero en donde ejercerá la prostitución, situación que queda enmarcada en el nuevo art. 145 bis cuyo último párrafo posibilita la comisión del delito “aunque mediare el consentimiento de la víctima”. En esta hipótesis no podría afirmarse que la conducta del traficante pone en peligro la libertad sexual del sujeto pasivo, porque se trata, precisamente, de un bien jurídico disponible por su titular. Tampoco estaría afectada su

¹² Confr. Díez Ripollés José Luis, El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual, en Delitos contra la libertad sexual, Estudios de Derecho Judicial, Nº 21, pag. 219, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, trabajo en el que afirma que “La libertad sexual se configura como una concreción de la libertad personal, autonomizada a partir de la variable atinente a la esfera social en la que se desenvuelve, la propia de los comportamientos sexuales. Ello coincide con otros objetos de protección de nuestro código, como la libertad ambulatoria o la libertad de conciencia, que también se sustraen al régimen general de protección de la libertad personal a través de los delitos de coacciones y amenazas”.

“dignidad” como persona humana, pues –como dice De León Villalba- el atentado contra ésta se produce “cuando la persona ve negada su plena capacidad de decidir, cuando la pérdida de la dignidad hace que pierda sus condiciones de ser libre, de forma que no quepa atribuir la conducta como propia...en definitiva, el respeto a la dignidad de toda persona impediría que sea tratada como un objeto o instrumento por parte del Estado o por los demás, convirtiéndose en mera entidad sustituible”¹³.

Por otra parte, si bien es cierto que en muchos casos la realidad nos muestra situaciones de verdadero desvalor de la persona humana, en las que se les niega el más mínimo tratamiento que merecen las víctimas por su sola condición de persona (por ej. casos de secuestros, violaciones sexuales, imposición de condiciones serviles, etc.), produciéndose una salvaje afectación a la dignidad humana, no lo es menos que no se percibe en el art. 145 bis la presencia de ningún elemento que permita inferir una lesión o un peligro para la dignidad personal, toda vez que los medios comisivos que podrían tener entidad para apoyar fundadamente una tesis según la cual el bien jurídico protegido en el tipo básico de trata de personas es la dignidad humana, han sido recogidos en el subtipo agravado previsto en el inc.1º del art. 145 ter, cuyo texto aumenta la penalidad en una escala de 5 a 10 años de prisión, cuando mediere engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.

En el marco de estos lineamientos, creemos que una interpretación restrictiva del tipo básico previsto en el art. 145 bis, sumada a la variable del bien jurídico protegido, impone exigir, como mínimo -cuando el traslado, el ofrecimiento, la captación, la recepción o el acogimiento del titular del interés protegido, se concreta con su consentimiento-, la puesta en peligro de ese tal bien jurídico, que no es otro, según nuestro ver, que la libertad de la persona humana.

Insistimos, en los casos de trata involuntaria, ninguna de las acciones típicas podría concretarse sin el auxilio de alguno de los medios específicos previstos como fundantes del subtipo agravado en el art. 145 ter. No resulta lógicamente posible un supuesto de trata forzada, violenta o abusiva “con el consentimiento del sujeto pasivo”. Ni tampoco un caso de “trata voluntaria”, de mayores de edad, con el empleo de tales medios. Da toda la sensación de que el legislador, al redactar el precepto penal en cuestión, o no dijo todo lo que tenía pensado decir, o dijo más de lo que debió haber dicho.

¹³ Conf. De León Villalba F.J., Tráfico de personas e inmigración ilegal, cit, por Guardiola Lago María Jesús, en El tráfico de personas en el derecho penal español, pag. 142, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007.

Como venimos exponiendo, en el art. 145 bis no se percibe en modo alguno una pista que nos conduzca hacia un desvalor de acción exigible relacionado con la afectación de la libertad o de la dignidad del titular del bien jurídico protegido, salvo que se piense que el indicio de ese tal desvalor se encuentra en los “fines de explotación” del traficante, con lo cual estaríamos introduciendo una presunción (de peligrosidad *ex ante* para un bien jurídico difuso, como lo es, ciertamente, la dignidad humana, predicable –por otra parte- de innumerables figuras delictivas) de que todo tráfico de personas con fines de explotación (sexual) es trata, por cuando dicha conducta pone en peligro ciertos derechos del sujeto pasivo, aun cuando, en el caso concreto, no suceda tal cosa.

Sostener que la dignidad humana es el bien jurídico protegido en los supuestos de trata voluntaria de mayores de edad, no es otra cosa que un artilugio discursivo para evitar una interpretación restrictiva del tipo legal que convalide los principios directrices de un derecho penal pluralista y democrático, como son, ciertamente, los principios de mínima intervención y de proporcionalidad, con el consiguiente peligro de que una exagerada protección del bien jurídico produzca una confusión con criterios de moralidad y, consecuentemente, una regresión a la protección de la moral sexual colectiva ¹⁴.

Entendemos que solamente podría argumentarse de que, en estos casos, no resulta únicamente afectada (o puesta en peligro) la libertad sexual del sujeto pasivo sino también su dignidad como ser humano, si en la situación de tráfico la conducta va acompañada del empleo de medios violentos, engañosos o abusivos, mecanismo a través del cual se estaría convirtiendo al delito de trata en un delito pluriofensivo, cuya comisión vulneraría una pluralidad de bienes jurídicos, lográndose, de esa manera, dotar de mayor legitimidad la intervención penal ¹⁵. Pero, entre nosotros, que según vimos, la trata es un delito contra la libertad personal –que es el bien jurídico preponderante-, tal interpretación no sería posible, por la simple razón de que los medios comisivos que anulan o restringen la voluntad de la víctima están previstos para la modalidad agravada, no para la figura básica del art. 145 bis, que regula –como antes se dijo- un raro delito de trata voluntaria de mayores de edad, circunstancia que excluye toda posibilidad de explotación y, por ende, del propio delito de trata.

Ciertamente que la dignidad humana podría estar en juego, podría verse afectada, en las conductas de tráfico, como también podría suceder lo

¹⁴ Confr. Alonso Álamo Mercedes, ¿Protección penal de la dignidad?. A propósito de los delitos relativos a la prostitución a la trata de persona para la explotación sexual, Revista penal, pag. 12, Nº 19, 2007, disponible en Internet en www.uhs.es/revistapenal. Con respecto a esta autora, hay que aclarar que en el citado trabajo destaca la crisis del modelo liberalizador de considerar a la libertad sexual el bien jurídico prevalente en estos delitos, inclinándose por la dignidad personal como el bien jurídico en los delitos de trata de personas con fines de explotación sexual y en los delitos relacionados con la prostitución.

¹⁵ Confr., en este sentido, Baucells Lladós Joan, op.cit., pag. 187.

mismo con otras tantas conductas delictivas, (si no, repárese en la violación sexual, en el secuestro extorsivo, en la sustracción de menores o venta de niños, en los casos de violencia de género, inclusive se podría pensar en los delitos migratorios, etc.) que revelan situaciones en las que la persona es considerada una cosa o una mercancía y, sin embargo, a nadie se le ocurriría sostener la idea de que se trata de delitos pluriofensivos. La dignidad humana sólo podría verse perturbada cuando el autor haga uso de medios engañosos, violentos o abusivos, que anulan o degradan la voluntad de la persona convirtiéndola en un mero instrumento del sujeto activo, para lograr la explotación de la víctima, por sí mismo o por terceros. Pero, no se advierte lesión alguna de la dignidad humana en aquellos comportamientos en los que la involucración de la persona adulta en una acción de contenido sexual sea la consecuencia de la expresión de su libre voluntad ¹⁶.

Al respecto, la doctrina tiene dicho que en las situaciones de tráfico, la cuestión no reside en si existe o no el propósito de explotación sexual -hay que superar el ámbito de los propósitos-, sino que el dato relevante es que al contar con el consentimiento y no concurrir ningún medio específico que limite su libre autodeterminación, falta el mayor contenido o lesividad del injusto para el bien jurídico, es decir, el peligro concreto para la libertad sexual que expresa el elemento esencial del tipo agravado: explotación sexual ¹⁷.

Distinto sería el razonamiento y, por supuesto las conclusiones, si, como antes dijimos, el legislador hubiera creado un nuevo Título y un nuevo *nomen juris*, por ej. “Delitos contra la dignidad del ser humano”, así como hizo con otros valores e intereses colectivos (por ej. el Título XIII, Delitos contra el orden económico y financiero), de manera que permita calificar a la trata de personas como un delito contra la dignidad personal o contra los derechos fundamentales de la persona humana.

No obstante, aun así sería difícilmente aprehensible un bien jurídico tan vago y difuso como la dignidad personal, puesto que el sujeto pasivo, al prestar su consentimiento para su explotación sexual, impediría sostener la

¹⁶ Se cita en doctrina una sentencia del Tribunal Supremo español, en el que afirma que “siendo mayores de edad quienes a la prostitución se dedican, y haciéndolo libremente, es decir, sin ser coaccionados ni engañados y sin que se hubiera abusado de una situación de necesidad o superioridad, la conducta de los imputados resulta impune. Ya no es delito el mero hecho de cooperar o proteger la prostitución de una o varias personas mayores de 18 años, incluso aunque exista aprovechamiento económico. Ahora se exige, cuando de mayores de edad se trata, que exista algunos de los referidos cuatro vicios del consentimiento: coacción, engaño, abuso de superioridad p abuso de situación de necesidad”, citada por Guadiola Lago María Jesús, *El tráfico de personas en el Derecho Penal español*, pag. 169, nota 737, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007..

¹⁷ Conf. Pérez Cepeda Ana Isabel, *Las normas penales españolas: cuestiones generales*, en *Trata de personas y explotación sexual* (Mercedes García Arán, Coord.) pag. 181, Editorial Comares, Granada, 2006. Aclaremos que la autora comenta la regulación española, que prevé el “fin de explotación sexual” como una modalidad agravada del anterior art. 138 bis, introducido por la LO 11/2003. En la actualidad, la finalidad de explotación sexual integra el tipo básico de trata de personas, en el nuevo art. 177 bis, incorporado por la LO 5/2010.

tesis de que todo tráfico ilegal supone considerar a la persona como cosa, como una mercancía o como un objeto comercial o mercantilizado.

Si la conducta típica –como surge de art. 145 bis- se puede realizar “con el consentimiento de la víctima”, mayor de edad– ya que los medios engañosos, violentos o abusivos, insistimos, fueron desplazados al tipo agravado, y la condición de menor de edad configura un subtipo agravado-, entonces parece difícil sostener la idea de que en estas clases de conductas el sujeto pasivo quede reducido a la condición de cosa o quede afectada su libertad individual, o, en el caso concreto que más atrás pusimos de ejemplo, su libertad sexual.

Como sostiene Muñoz Sánchez, es un concepto muy extendido en la doctrina de que la idea de dignidad humana no es un bien jurídico específico y diferenciado, sino que constituye una síntesis de la totalidad de dimensiones físicas y espirituales específicas de la persona humana, que inspira y fundamenta todos los derechos fundamentales. Así, sigue diciendo este autor, un atentado a la dignidad humana sólo es posible a través de la agresión a alguno de los derechos fundamentales en que aquella se manifiesta, sin que haya espacio para una lesión a la dignidad que no conlleve algún atentado a otro bien jurídico ¹⁸. En una misma dirección, Gracia Martín expresa que “la dignidad humana no es ningún bien jurídico...”, “la dignidad humana es un atributo totalizador, una síntesis de la totalidad de dimensiones físicas y espirituales *específicas* de la persona humana...”, “todo bien jurídico de carácter personalísimo: vida, integridad física, salud personal, libertad, honor, etc., es reconducible finalmente a la dignidad de la persona...” pero la dignidad de la persona no puede ser un bien jurídico “del que pueda deducirse el contenido de injusto *específico* de un determinado comportamiento punible”¹⁹.

Respecto del art. 318 bis del Cód. penal español, introducido al Título XV bis –Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros- por la LO 4/2000, cuya fórmula prevé delitos relacionados con el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas, sobre el que la doctrina ha discutido intensamente la problemática del bien jurídico, se tiene dicho que la tesis de la dignidad como bien jurídico protegido sólo sería asumible en la medida que todo tráfico ilegal o inmigración clandestina conllevara la reducción de la persona a la categoría de cosas y su comercialización...ninguno de los elementos que configuran la definición

¹⁸ Conf. Muñoz Sánchez Juan, Los delitos contra la integridad moral, pags. 22 y sig., Tirant lo Blanch, Colección Los Delitos, Nº 20, Valencia, 1999.

¹⁹ Conf. Gracia Martín Luis, citado por Alonso Álamo Mercedes, en ¿Protección penal de la dignidad?. A propósito de los delitos relativos a la prostitución a la trata de personas para la explotación sexual, Revista penal, pag. 4, Nº 19, 2007, disponible en Internet en www.uhs.es/revistapenal. Y, en sentido semejante, señala Díez Ripollés que el concepto de dignidad personal es “poco adecuado para caracterizar un bien jurídico”, en El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual, en Delitos contra la libertad sexual, pag. 242, Estudios de Derecho Judicial, Nº 21, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

del tipo básico presupone abuso o cosificación, ni ninguna implica necesariamente, por tanto, peligro para la dignidad. Entender que toda migración ilegal conlleva la degradación del inmigrante, supone desconocer las múltiples modalidades en que una persona puede ejecutar su proyecto migratorio. Inmigrar no es sinónimo de trata de blancas, ni de jugarse la vida en El Estrecho, ni necesariamente lleva aparejada la explotación laboral, ni el sometimiento a situaciones de cuasiesclavitud ²⁰.

Si existe consentimiento de una persona mayor de edad para el ejercicio de la prostitución, no parece que con ello se lesione o ponga en peligro su libertad sexual, aun cuando sea objeto de tráfico. La cosificación o mercantilización de la persona humana presupone el empleo de ciertos y determinado medios que implican su colocación en una situación de dominio, de control y sometimiento que anulan o limitan su capacidad de libertad para decidir o autodeterminarse libremente en su vida sexual. Y esos medios no son otros que aquellos que se caracterizan por su naturaleza violenta o forzada, engañosa y abusiva, lo cual permite sostener la idea de que para la configuración de la trata no es suficiente con el sólo “fin de explotación”, sino que es necesaria la concurrencia de medios violentos, fraudulentos o abusivos que incidan en la capacidad de voluntad del sujeto pasivo, que son elementos inherentes y consustanciales a su concepto.

Por lo tanto, no resulta imaginable una modalidad de “trata voluntaria de persona mayor de edad”, sino sólo aquella que no es más que la única clase de trata que puede concebirse, cual es la trata “involuntaria o sin el consentimiento de la víctima”. Si el sujeto pasivo, mayor de edad, presta su consentimiento para ser trasladado a un país extranjero, o hacia nuestro país, por terceras personas, para ejercer la prostitución, no parece que se esté afectando o poniendo en peligro con tal conducta su libertad sexual ²¹, lo cual nos permite inferir que el consentimiento del titular del bien jurídico tiene plena eficacia desincriminatoria.

El delito de trata de personas implica, en su propia esencia, la instrumentalización del sujeto pasivo para el logro de ciertas finalidades, lo cual presupone una víctima en una situación de dominio o sumisión, que sólo es posible anulando o limitando su voluntad de decisión. Y nada de esto se puede lograr sin el empleo de aquellos medios específicos que poseen la potencialidad necesaria para la consecución de tales resultados,

²⁰ Conf. Martínez Escamilla Margarita, *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP*, págs. 60 y sig., Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2007.

²¹ En este sentido, Pérez Cepeda Ana Isabel, *Las normas españolas, cuestiones generales*, en *Trata de personas y explotación sexual* (Coord. Mercedes García Arán), pag. 181, Editorial Comares, Granada, 2006. Con respecto a esta opinión, hay que aclarar que la autora entiende que, en estos casos en que concurre el consentimiento del inmigrante y no concurre ningún medio que limite su libre autodeterminación, falta el mayor contenido o lesividad del injusto para el bien jurídico, es decir, el peligro concreto para la libertad sexual que expresa el elemento esencial del tipo agravado: explotación sexual, por lo que debería aplicarse el tipo básico.

que no son otros que los procedimientos fraudulentos, violentos o abusivos, esenciales –como antes se dijo- al concepto de trata.

No resulta imaginable la anulación de la voluntad de una persona “con su consentimiento”, esto es, sin la utilización de procedimientos engañosos, violentos o abusivos que produzcan ese resultado, situación que contradictoriamente se describe en el nuevo art. 145 bis. Con otros términos, ¿cómo se puede lesionar o poner en peligro la libertad de una persona que ha prestado el acuerdo o el consentimiento para la realización de la conducta y sin que el autor haya empleado medios tendientes a degradar o anular su voluntad?. Estos procedimientos (coactivos o abusivos) –se tiene dicho- configuran el escenario de sometimiento característico de la trata ²². ¿Es posible imaginar el delito de trata de personas con el consentimiento del sujeto pasivo mayor de edad, cuando el aspecto que singulariza esta modalidad criminal es, precisamente, la cosificación e instrumentalización de la persona?.

Una situación de tráfico presupone ausencia de libertad en el sujeto pasivo. No se puede hablar de trata “en libertad”. Los medios comisivos – aun cuando no estén expresamente previstos en la ley, como en nuestro caso el art. 145 bis- son de la esencia del concepto de trata, toda vez que sólo con su empleo se puede llegar a generar la situación de dominio, control y sometimiento del sujeto pasivo; dicho de otro modo, es sólo a través del empleo de tales medios (engañosos, violentos o abusivos) que se puede llegar a anular o limitar la voluntad (o libertad) de la persona humana ²³.

La trata con consentimiento (aunque viciado) de la víctima sólo es posible en los casos de personas menores de edad, ya que la ley reconoce que no pueden consentir válidamente en someterse a las finalidades de explotación perseguidas por el traficante. La hiperprotección de la ley, al convertir la situación de trata de menores de edad en un subtipo agravado, con la necesaria consecuencia de un fuerte incremento penológico, se justifica no solo por el mayor contenido de injusto que se aprecia en este tipo de situaciones sino por la preexistente situación de vulnerabilidad en que se encuentran estos grupos de riesgo.

Sin embargo, la ley establece una misma receta dogmática para el delito de trata de mayores como para el de menores de edad, con la única diferencia que, para este último caso, prescribe un tratamiento penológico

²² Conf. Pomares Cintas Esther, El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral, REPC 13-15-2011, disponible en Internet www.criminet.ugr.es. Esta autora cita el art.2.4 Directiva 2011 y art. 4 b) Convenio del Consejo de Europa para la lucha contra el tráfico de seres humanos, de 16-5-2005, que señalan que el consentimiento de la víctima de la trata ante una explotación, prevista (posible) o consumada, no será válido cuando se utilicen procedimientos que anulan o doblegan su voluntad. Por tanto, no hay delito de trata si hay consentimiento válido de la persona (mayor de edad) que es captada, trasladada o acogida.

²³ Esto es algo aceptado en la doctrina, conf. García Arán Mercedes, Trata de personas y explotación sexual, pag. 233, Editorial Comares, Granada, 2006

más intenso. En ambos supuestos, para la ley (error que antes ya hemos puesto de relieve), el consentimiento carece de eficacia desincriminante.

Por último, una interpretación distinta a la que venimos sosteniendo, podría generar una confusión de insospechables consecuencias con el delito de inmigración ilegal previsto en el art. 116 de la Ley 25.871, por cuanto, tanto éste como el delito de trata de personas previsto en el art. 145 bis Cód. penal, pueden ser cometidos con el consentimiento del sujeto pasivo (en el primero es requisito implícito esencial al tipo) y con el propósito del autor de lograr una finalidad concreta: en el delito migratorio un determinado beneficio, que debe ser de carácter económico²⁴ y en la trata la explotación de la persona, que también puede ser de contenido económico, por ej. si se persigue la explotación de servicios sexuales ajenos. Repárese en el hecho de que, para el nuevo art. 145 bis, sólo hay trata si se realiza algunas de las conductas típicas con el propósito de la explotación de la persona (por ej. la sexual), sin que importe si el sujeto pasivo consiente en su traslado con el fin de dedicarse a la prostitución en el país, en donde no está regulada como una actividad laboral lícita pero tampoco está prohibida; en estos casos, ¿se podría afirmar que estamos ante una hipótesis de explotación de la persona, aunque no exista peligro alguno para la libertad sexual del inmigrante irregular?

Sobre esta cuestión –respecto de una fórmula legal, de parecidas características, del derecho extranjero- se ha puesto de relieve que “la trata de personas vendría a ser un supuesto especial de tráfico ilegal de personas, en el que lo determinante no es la entrada o la residencia ilegal, sino la forma en la que se favorece el tránsito de la persona. En la medida en que se exige que la conducta se realice mediante violencia, intimidación, engaño o abuso de situación de vulnerabilidad de la víctima, se pone de manifiesto que entre la persona que favorece el tránsito y la persona que es objeto del mismo debe darse una clara situación de desigualdad. Esta situación es la que, en última instancia, permite ver a la persona que entra en el país como un objeto de tráfico o de comercio, es decir, como una mera mercancía. El propósito de explotación puede ser, ciertamente, un elemento fundamental en este tipo de conductas, pero la principal diferencia con respecto al tráfico ilegal de inmigrantes se encuentra en el hecho de que se centre la atención no en el carácter ilegal de la entrada o la residencia, sino en la forma en la que se favorecen esa entrada o esa residencia. Si se favorece la entrada de una persona en un determinado Estado con la intención de explotarla, pero no media violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de vulnerabilidad, no habrá

²⁴ Confr. Buompadre Jorge Eduardo, *Trata de personas, migración ilegal y derecho penal*, pag. 115, Editorial Alveroni, Córdoba, 2009. Entiende el concepto de “explotación sexual” como toda actividad dirigida a la obtención de beneficios económicos, García Arán Mercedes, *Trata de personas y ...*, cit. pag. 231.

propriadamente “trata de personas”. Es cierto que lo normal es que se empleen esos medios para llevar a cabo la explotación u obtener algún beneficio de carácter económico, pero la cosificación del inmigrante, que es lo más grave de su mercantilización, viene determinada, en todo caso, por la forma de favorecer el tránsito y no por esa finalidad de explotación ²⁵.

De aquí que se torna imprescindible, desde un punto de vista sistemático, saber en qué consisten, o cuál es el alcance, de los conceptos de violencia y explotación empleados por el legislador en varios tipos penales incluidos en la reforma de la ley 26.842, así como los conceptos de “género”, introducido en el inc.11 del art.80 CP (Ley 26.791) y “aprovechamiento” incorporado en el art. 148 bis por la Ley 26.847, temas que vamos a desarrollar brevemente a continuación.

3.3. Género, violencia, explotación y aprovechamiento. Posibles interpretaciones.

En el código penal se emplean los términos “género”, “violencia”, “explotación” y “aprovechamiento” en diversas figuras delictivas y con distintos sentidos. Urge, por ello, desentrañar su significación y alcance.

Por lo general, la expresión *violencia* se usa como medio comisivo de un delito, en el sentido neutral y convencional del vocablo, como por ej. la violencia en el robo, en la extorsión, en ciertos abusos sexuales, etc., entendiéndose por tal, el despliegue de una energía física ejercida sobre o contra la persona de la víctima . El empleo de violencia siempre anula o restringe la voluntad de la víctima. Es la forma en que debe entenderse el concepto de violencia en la trata de personas ²⁶.

También encontramos un concepto de violencia en el inc.11 del art. 80 Cód. penal, incorporado recientemente por la reforma de la ley 26.791 de 2012, referido específicamente al delito de femicidio, cuyo texto reprime con pena de reclusión o prisión perpetua, al que matare a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare *violencia de género*. Esta nueva expresión “violencia de género”, introducida al digesto punitivo no equivale, ni tiene el mismo significado, ciertamente, que la violencia a que

²⁵ Conf. Cancio Meliá Manuel y Maraver Gómez Mario, El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal, disponible en Internet en www.saber.ula.ve.

²⁶ Conf. Buompadre Jorge Eduardo, Trata de personas, migración ilegal y derecho penal, cit., pag. 73: “La violencia es violencia física, que puede recaer sobre el cuerpo de la propia víctima o estar dirigida directamente a ella; pero, también es violencia física, la que se despliega sobre cosas o personas que se oponen a la acción del sujeto, por ej. cuando se hace recaer sobre un tercero para que la víctima preste su consentimiento”. En igual sentido, Creus Carlos y Buompadre Jorge E., Derecho penal, parte especial, t.I, pags. 189 y sig., Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007.

hemos hecho referencia más arriba. Una cosa es la violencia en su sentido tradicional (concepto neutral del vocablo) y otra muy distinta la violencia de género, cuyo origen es socio-cultural, con un sentido eminentemente estructural y con un ámbito específico de aplicación. Violencia de género, entre nosotros, es “violencia contra la mujer”, en el sentido dado por el art.4ª de la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que Desarrollan sus Relaciones Interpersonales ²⁷. La violencia de género, a diferencia de la violencia neutral, presupone un ambiente determinado de comisión, ya que importa un nivel de agresión que se produce en un contexto de sometimiento y subordinación de la víctima, que en todos los casos debe ser una mujer.

A su turno, el término *explotación* aparece en los artículos 127 (rufianería) y 145 bis (trata de personas), mientras que el concepto de *aprovechamiento* se ubica como elemento típico del delito de explotación del trabajo infantil, previsto en el nuevo art. 148 bis del Cód. penal incorporado por la Ley 26.847 de 2013 ²⁸.

En los casos previstos por los arts.127 y 148 bis del Cód. penal, entendemos que la interpretación debe ser la misma. La explotación (sexual, laboral, etc.) a que aluden estos artículos no puede ser otra que una forma de “*explotación consentida lucrativa*”, esto es, llevada a cabo con la finalidad de obtener un lucro o una ventaja de contenido económico o patrimonial.

En la hipótesis regulada por el art. 127, evidentemente, no se trata de una modalidad coactiva de explotación de la persona que ejerce la prostitución, situación que se puede lograr a través del empleo de medios violentos, intimidatorios, coercitivos o fraudulentos, por cuanto –en tal caso– estaríamos en presencia de un atentado contra la libertad sexual del sujeto pasivo, circunstancias expresamente previstas entre las formas agravadas del segundo párrafo, numeral 1º, del mismo art. 127.

Resulta un contrasentido imaginar una explotación bajo la modalidad abusiva, violenta o engañosa, “con el consentimiento” de la persona (mayor de edad) que ha decidido, libre y voluntariamente, ejercer la prostitución. Todo lo cual permite concluir que, si el sujeto activo hubiere empleado un medio coactivo o abusivo (por ej. imponer coercitivamente el ejercicio de

²⁷ Para mayores detalles sobre esta cuestión, véase Buompadre Jorge Eduardo, *Violencia de género, femicidio y derecho penal. Los nuevos delitos de género*, pags. 20 y sig., Editorial Alveroni, Córdoba, 2013.

²⁸ Ley Nª 26.847, art. 148 bis: “será reprimido con prisión de 1 (uno) a (cuatro) años el que aprovechar económicamente el trabajo de un niño o niña en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil, siempre que el hecho no importare un delito más grave. quedan exceptuadas las tareas que tuvieren fines pedagógicos o de capacitación exclusivamente. no será punible el padre, madre, tutor o guardador del niño o niña que incurriere en la conducta descripta”.

la prostitución) con la finalidad de obtener un lucro, el hecho se desplazaría a la modalidad agravada del segundo párrafo del art. 127.

Por lo tanto, interpretamos que la situación que regula el primer párrafo del artículo 127, consiste en una actividad sexual retribuida realizada por una persona mayor de edad, situación que –desde nuestro punto de vista– debe quedar marginada del derecho penal. De otro modo, no se explica porque el legislador, en este supuesto, ha limitado –a nuestro ver, arbitrariamente–, el derecho de la persona prostituida a tomar una decisión sobre las ganancias obtenidas del ejercicio libre y voluntario de la prostitución, mientras que en otra interpretación, por otro lado ha establecido la edad mínima para la iniciación sexual de las personas a partir de los 13 años de edad, como surge del texto del art. 119 del Cód. penal. Por un lado, autoriza una relación sexual, pero por otro lado prohíbe qué hacer con ella. Otro ejemplo puede aclarar aún más lo que pretendemos explicar: ¿qué razones podrían justificar que, por una parte, se autorice a un menor de 16 años a modificar su sexo (convertirse en hombre o en mujer), cuando así lo desee, según las previsiones de la Ley N° 26.742 de Identidad de Género ²⁹, mientras que, de otra parte, prohíbe a una persona mayor de edad a disponer como mejor le plazca de su libertad sexual, castigando su propia explotación sexual en el art. 127?

Si entendiéramos el concepto de explotación (como lo hace alguna doctrina) ³⁰, en el sentido que nos propone el Diccionario de la Lengua, esto es, “Utilizar en provecho propio, por lo general de un modo abusivo, las cualidades o sentimientos de una persona, de un suceso o de una circunstancia cualquiera”, entonces quedaría vacío de contenido el art.127, por cuanto los comportamientos coactivos o abusivos (contra mayores o menores) configuran formas agravadas del delito, no elementos constitutivos de la figura básica.

Lo que debería castigarse es la explotación lucrativa de la prostitución, impuesta coactiva o fraudulentamente a personas mayores de edad, y abusivamente, por explotación de una especial necesidad preexistente o una situación de vulnerabilidad, a personas menores de edad.

Una idea similar se puede sostener respecto del término “*aprovechamiento*” que se enuncia en el art. 148 bis del Cód. penal, incorporado por la ley 26.847. Aquí, si bien el legislador no empleó el término “explotación” en el literal de la norma, hay que formular al respecto dos consideraciones: una, que el tipo penal no prevé agravantes, como en los casos de los delitos relacionados con la prostitución, de manera que, por tal motivo, se deba entender que se trata de una situación

²⁹ Sobre esta cuestión, véase Buompadre Jorge Eduardo, *Violencia de género, femicidio y derecho penal*, cit., pags. 42 y sig. y 60 y sig.

³⁰ Confr. En este sentido, Rodríguez Mesa María José, *El código penal y la explotación sexual infantil*, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXIII-2012.

“voluntaria” de explotación y la otra, que el sujeto pasivo del delito debe ser siempre un menor de cierta edad (menor de 16 años), razón por la cual el consentimiento que pudiere prestar el menor carece de toda validez, razones que conducen a pensar que, mientras por una parte la voz “aprovechamiento” debe entenderse como “finalidad lucrativa o económica”, por otro lado, la mera acción de aprovecharse ya implica una forma de abuso o explotación en sí misma, teniendo en cuenta que la víctima es una persona menor de edad que requiere una protección adicional de la ley, por integrar un grupo humano de alto riesgo, por cuanto comportamientos de esta clase ponen en grave peligro no sólo la vida o la salud del menor, así como también otros intereses igualmente relevantes que merecen ser protegidos, como por ej. la educación, sino que significan un grave atentado a su dignidad personal ³¹.

Por lo tanto, se puede concluir en que el art. 148 bis describe una situación de “aprovechamiento económico abusivo de un menor de edad”, conducta que, si bien no requiere para su consumación de la concurrencia de medio comisivo alguno con potencialidad para doblegar la voluntad de la víctima, se muestra como una acción abusiva por la sola condición de minoridad del sujeto pasivo, modalidad delictiva que justifica, por esa sola razón, la intervención punitiva del Estado.

IV. La explotación de la prostitución ajena. Proxenetismo. Rufianismo

En forma paralela a las modificaciones introducidas al delito de trata de personas, el legislador intervino también en ciertas figuras que tienen relación con el fenómeno de la prostitución, imponiendo reformas de gran calado a los delitos de proxenetismo y rufianismo, previstos en los nuevos artículos 125 bis y 127 del Cód. penal, con sus respectiva agravantes.

4.1. Proxenetismo. El art. 125 bis establece una pena de cuatro (4) a seis (6) años de prisión para quien *promoviere o facilitare la prostitución de una persona, aunque mediar el consentimiento de la víctima*. A su turno, en el art. 126 se regulan las circunstancias agravantes, estableciéndose la pena de cinco (5) a diez (10) años de prisión, si concurriera alguna de las

³¹ Conf. Buompadre Jorge Eduardo, Violencia de género, femicidio y derecho penal, cit., pag. 116

siguientes

circunstancias:

1. *Engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.*
2. *El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.*
3. *El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.*

Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión.

Una novedosa forma de proxenetismo se incorpora a nuestro código penal entre el elenco de figuras ligadas a la prostitución, que se distancia, ciertamente, del esquema que había sido introducido por la Ley 25.087 de 1999 –que queda derogado–, por el que se hacía una distinción entre menores y mayores de 18 años, aumentándose la pena para los casos en que el autor empleare medios fraudulentos, violentos o abusivos.

Sin perjuicio de la pésima redacción del nuevo art. 125 bis, sobre cuya literalidad el legislador insistió en mantener la utilización de términos tan vagos y ambiguos como “promover” y “facilitar”³², el precepto merece la más encendida crítica por cuanto, al tiempo de impedir toda relevancia al consentimiento del titular del bien jurídico tutelado, sin distinguir entre mayores y menores de edad, importa –en los hechos– el castigo del ejercicio de la prostitución de mayores de edad.

La aplicación de una pena a la promoción o al favorecimiento del ejercicio “voluntario” de la prostitución de una persona mayor de 18 años de edad, sea por ofrecimiento de un tercero (proporcionar el lugar: tercería locativa) o por pedido del propio sujeto prostituido, sin que en la realización de las conductas típicas el autor haya empleado algún medio que anule o limite la voluntad o libertad del sujeto pasivo en el proceso de toma de decisión, vulnera el principio de reserva o de autonomía personal establecido como principio cardinal del Estado de Derecho en el art. 19 de la Const. Nacional.

El bien jurídico protegido en el delito de proxenetismo previsto en el art. 125 bis, es la libertad de autodeterminación sexual de la persona titular de ese tal bien jurídico, de manera que la intervención penal estará vedada

³² Véase la crítica de De Luca Javier A. y López Casariego Julio respecto del delito de corrupción de menores (art. 125 CP), en el que se utilizan los mismos verbos “promover” y “facilitar”, Delitos contra la integridad sexual, 147 y sig., Hammurabi, Buenos Aires, 2009. En un mismo sentido, Miró Linares Fernando, Política comunitaria de inmigración y política criminal en España, ¿Protección o exclusión penal del inmigrante?, RECPC 10-05-2008, disponible en Internet en www.criminet.es.

cuando la conducta de promover o facilitar el ejercicio de la prostitución ajena no lesione o ponga en peligro la libertad sexual de la persona interesada, lo cual sucede cuando la prostitución es ejercida por una persona mayor de edad, que ha decidido dedicarse a dicha actividad en forma libre y voluntaria. ¿Qué interés jurídico se puede lesionar o poner en peligro en aquellos casos en los que un tercero facilita –presta un local o un departamento- a otro para que ejerza allí la prostitución, más aun cuando la cesión del inmueble haya sido la respuesta a un propio pedido del interesado?.

Ciertamente que el art. 125 bis del Cód. penal, en su actual redacción, no comprende un supuesto de explotación sexual coactiva o abusiva de la prostitución ajena, particularmente por dos razones: una, porque bien puede suceder que el autor no persiga ninguna ventaja o interés (ni lucrativo ni de otra naturaleza) al facilitar el ejercicio de la prostitución del tercero; otra razón reside en que el tipo penal no exige la concurrencia de ningún medio que implique la anulación o restricción de la voluntad de la persona prostituida, de manera que pudiera justificarse, por tal motivo, la intervención penal.

Desde nuestro punto de vista, la intervención –lucrativa o no- en el ejercicio de la prostitución adulta consentida, que por definición excluye la concurrencia de medios engañosos, violentos o abusivos (caso previsto por el art.125 bis), debe quedar al margen de la intervención del derecho penal.

4.2. Rufianismo. Una conclusión similar se puede extraer del análisis del art. 127 (rufianería) introducido por la reforma de la ley 26.842, cuyo texto castiga con prisión de cuatro (4) a seis (6) años, el que *explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, aunque mediare el consentimiento de la víctima*. Con sus agravantes (pena de cinco (5) a diez (10) años de prisión), cuando:

1. *Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.*

2. *El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.*

3. *El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria. Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión.*

En nuestros precedentes, la explotación de la prostitución ajena estuvo tipificada en la Ley 17.567/68 como un castigo a una forma parasitaria de vivir del ejercicio de la prostitución de otra persona, explotando sus ganancias. Pero, a diferencia del texto que rigió durante la vigencia de la ley 25.087/99 –derogada por la actual reforma de la ley 26.842–, aquel tipo penal preveía una modalidad de delito en cuya comisión no importaba el consentimiento de la persona prostituida, con lo cual se teñía de inconstitucionalidad la figura.

En el texto en vigencia se pune, al igual que en aquella reforma de 1968 pero con diferente redacción, una modalidad de rufianismo “*voluntario de mayor de edad*” ya que, mientras por un lado el tipo no exige la concurrencia de ningún medio comisivo que anule o vicie el consentimiento del sujeto pasivo (elementos que han sido desplazados al siguiente artículo como subtipos agravados), por otro lado la explotación económica de la prostitución de “menores de 18 años” está prevista también como un subtipo agravado en el último párrafo del art. 127 ter, que contempla una escala penal que va desde los diez (10) hasta los quince (15) años de prisión.

En este supuesto, al igual que en el que analizamos anteriormente, el bien jurídico tutelado es la libertad sexual de la persona que ejerce la prostitución, interés que sólo puede ser disponible por su titular, y como el tipo regula un caso de “ejercicio libre de dicha actividad”, pues no requiere el empleo de algún medio idóneo que vicie el consentimiento libre del sujeto pasivo –pues, de concurrir alguno de estos medios, el hecho se desplazaría hacia el subtipo agravado del segundo párrafo, numeral 1º, del artículo 127– la conducta será atípica cuando sea realizada con el consentimiento de la persona titular del bien jurídico protegido, que es la persona prostituida.

Sobre esta problemática se ha dicho que, si el concepto de “explotación” (sexual) implica una forma de aprovechamiento, dominación, coerción, manipulación, y en algunos casos sometimiento a servidumbre, a partir de la situación de indefensión, inmadurez o debilidad del menor con relación a su explotador, entonces deben quedar excluidos del ámbito de la explotación los actos sexuales en los que el sujeto pasivo que consiente, ostenta un poder y status similar al del sujeto activo, por ej, el caso del menor con edad para consentir sexualmente que mantiene, libremente, relaciones sexuales con un adulto de edad y status similar. La ausencia de abuso impide que este supuesto pueda calificarse como una forma de explotación³³.

³³ Conf. Rodríguez Mesa María José, El código penal y la explotación sexual infantil, Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XXXII-2012.

El tipo básico que estamos analizando no prevé –pese a usar el sustantivo abstracto “explotación” en el marco de la frase “explotación económica”-, el uso abusivo, fraudulento o forzado de la prostitución ajena, sino que, por el contrario, la conducta de “explotar” implica, simplemente, el aprovechamiento (sacar ventaja o utilidad en propio provecho), no de una situación de necesidad o vulnerabilidad en que podría encontrarse la persona prostituida (porque puede suceder que esto no ocurra), sino de las ganancias o ventajas económicas que surge del ejercicio de dicha actividad, que son conocidas y consentidas por aquella. Por lo tanto, el tipo penal no contiene (o exige) un plus adicional de lesividad mayor que el que deriva del mero lucro o ventaja económica que se obtiene de la prostitución ajena³⁴, todo lo cual conduciría a la atipicidad de la conducta por inexistencia de ofensa al bien jurídico protegido.

Es verdad que se puede argumentar que en estos supuestos de explotación económica de la prostitución ajena se vulneran varios bienes jurídicos – además de la libertad sexual-, entre los que se ubicaría en un lugar preponderante la dignidad personal, que obstaría a la validez del consentimiento de la persona prostituida (o que ha decidido ejercerla) por estar su decisión condicionada a factores externos de empuje o de llamada –como son, ciertamente, la economía del país, la inestabilidad política, los conflictos armados, la pobreza, la marginación, la demanda laboral, etc.³⁵- que limitan o determinan su elección, pero no lo es menos que se trata del mismo argumento –que anteriormente hemos criticado- utilizado para justificar la penalización de la “trata voluntaria de mayores de edad” y todas aquellas otras situaciones en que la persona prostituida decide por sí misma, no solamente desplazarse de un sitio a otro, con la ayuda de un tercero, para trabajar en la industria del sexo, sino también cuando decide voluntariamente ejercer la prostitución y entregar sus ganancias a otra persona. Poner todos los huevos en una misma canasta dificulta el análisis y se presta a confusiones muchas veces insalvables, ya que, presuponer que todo desplazamiento de una persona de un lugar a otro para ejercer la prostitución implica una hipótesis de trata o de explotación económica de la prostitución ajena, porque se presume que la voluntad ha estado condicionada por factores de distinto signo que anulan o limitan la libertad de decisión y elección, implica, además de una notoria confusión entre prostitución y trata, una presunción contra reo y, lisa y llanamente, una inadmisibles regresión a un paternalismo inaceptable en un Estado (pluralista) Constitucional de Derecho.

³⁴ Conf.en un mismo sentido, Rodríguez Alberto Daunis, Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas, InDret, Revista para el Análisis del Derecho, Nº 1-2010, disponible en Internet www.indret.com.

³⁵ Véase una detallada explicación de estos factores, en Giménez-Salinas Framis Andrea, Susaj Gentiana y Espada Laura Requena, La dimensión laboral de la trata de personas en España, RECPC 11-04-2009, disponible en Internet en www.criminet.es.

En lo que respecta al rufianismo y al proxenetismo –y, en general, a los delitos relacionados con la prostitución-, se tiene dicho que “estas conductas no implican, aunque puedan concurrir, las de forzamiento, tráfico, tercería coactiva, en la prostitución; si así sucediera, bastaría con castigarlas de ese modo. Pero si se trata de conductas desligadas de la decisión de prostituirse resulta obligado revisar el fundamento de su punición, prescindiendo del juicio moral que pueda merecer quien se dedica a ser rufián o proxeneta: la fuerza expansiva del respeto a la libre decisión de la persona que se prostituye –libertad que no se puede cuestionar en nombre de tragedias personales o familiares que eventualmente hayan determinado esa decisión, pues eso obligaría al Derecho penal a remontarse al campo de las libertades abstractas y absolutas- ha de acarrear la inhibición del Derecho penal en relación con las personas que, por libre decisión de aquella, se vinculan a la práctica de la prostitución, sea como “protector-amante-mantenido” (rufián), sea como “comerciante del escenario” (proxeneta). No hacerlo, en el fondo, supone negar validez a la decisión tomada, que es una manifestación de disposición del propio cuerpo, al margen de lo reprobable que pueda ser, cosa que no atañe a un derecho de mínimos como es el punitivo”³⁶.

En el derecho español, la reforma de 2003, introdujo una figura semejante a nuestro art.127, que se mantuvo con la reciente reforma del código penal por la LO 5/2010, penándose “al que lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma”, lo que hizo decir a la doctrina de ese país que el delito no sólo plantea problemas de compatibilidad con el derecho penal de acto, pues pareciera que se pretende penalizar más una forma de vida o un tipo de autor (el “chulo” o “proxeneta”) que hecho concretos, sino que la irrelevancia del consentimiento de la persona prostituida hace aún más recusable el precepto pues, en un afán desmedido de paternalismo jurídico, sitúa a ésta en unos niveles próximos a la inimputabilidad o a la incapacidad de obrar, lo que ciertamente puede darse en algún caso, pero no en la mayoría de ellos³⁷

Si de algo estamos seguros es que la persona que ejerce la prostitución no sólo es persona, sino que también tiene derechos, como cualquier otra, por más reprochable que sea su actividad desde el sensible y difuso prismático de la moralidad. No sería lógico hablar de explotación sexual cuando la finalidad del sujeto activo es lucrarse con el libre ejercicio de la prostitución entre adultos. Tal vez se podría discutir la justificación de la intervención penal en estos casos si enfocamos el problema desde una

³⁶ Conf. Quintero Olivares Gonzalo, con la colaboración de Morales Prats Fermín y Prats Camut Miguel, Curso de derecho penal, parte general, pags. 450 y sig., Cedes Editorial, Barcelona, 1997.

³⁷ Conf. Muñoz Conde Francisco, Derecho penal, parte especial, 18ª edición, pags. 261 y sig., Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 2010.

perspectiva de género, pero claro, depende del espejo en que se mire, será otro tema para otra discusión.

BIBLIOGRAFIA

ALONSO ÁLAMO MERCEDES, ¿Protección penal de la dignidad?. A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual, Revista penal, N° 19, 2007, disponible en Internet en www.uhs.es/revistapenal.

BAUCCELLS LLADÓS JOAN, El tráfico ilegal de personas para su explotación sexual, en Inmigración y sistema penal, Ritos y desafíos para el siglo XXI, Tirant Monografías, N° 434, Valencia, 2006.

BUOMPADRE JORGE EDUARDO, Tratado de derecho penal, parte especial, T.1, Editorial Astrea, 2009.

BUOMPADRE JORGE EDUARDO, Trata de personas, migración ilegal y derecho penal, Editorial Alveroni, Córdoba, 2009.

BUOMPADRE JORGE EDUARDO, Violencia de género, femicidio y derecho penal, Editorial Alveroni, Córdoba, 2013.

CANCIO MELIÁ MANUEL Y MARAVER GÓMEZ MARIO, El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal, disponible en Internet en www.saber.ula.ve.

CREUS CARLOS Y BUOMPADRE JORGE E., Derecho penal, parte especial, t.I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007.

DÉ LUCA JAVIER A. Y LÓPEZ CASARIEGO JULIO, Delitos contra la integridad sexual, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.

DÍEZ RIPOLLÉS JOSÉ LUIS, El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual, Delitos contra la libertad sexual, Estudios de Derecho Judicial, N° 21, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

GARCÍA ARÁN MERCEDES, Trata de personas y explotación sexual, Editorial Comares, Granada, 2006.

FIERRO GUILLERMO JULIO, Ley penal y derecho internacional, vol.2, Editorial Astrea.

GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS ANDREA, SUSAJ GENTIANA Y ESPADA LAURA REQUENA, La dimensión laboral de la trata de personas en España, RECPC 11-04-2009, disponible en Internet en www.criminet.es.

GUARDIOLA LAGO MARÍA JESÚS, en El tráfico de personas en el derecho penal español, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007.

LEVY LARRY, La mancha de la Migdal-Historia de la prostitución judía en la Argentina, Grupo Editorial Norma, Bs.As., 2007.

LONDRES ALBERT, El camino de Buenos Aires-la trata de blancas, Libros del Zorzal, Bs.As., 2008.

MARTÍNEZ ESCAMILLA MARGARITA, La inmigración como delito. Un análisis político-criminal ,dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2007.

MAQUEDA ABREU MARÍA LUISA, El tráfico sexual de personas, Tirant lo Blanch, Colección Los Delitos, N° 36, Valencia, 2001.

MUÑOZ CONDE FRANCISCO, Derecho penal, parte especial, 18ª edición, Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 2010.

MIRÓ LINARES FERNANDO, Política comunitaria de inmigración y política criminal en España, ¿Protección o exclusión penal del inmigrante?, RECPC 10-05-2008, disponible en Internet en www.criminet.es.

MUÑOZ SÁNCHEZ JUAN, Los delitos contra la integridad moral, Tirant lo Blanch, Colección Los Delitos, N° 20, Valencia, 1999.

PÉREZ ALONSO ESTEBAN, Tráfico de personas e inmigración clandestina, Edición Tirant lo Blanch Monografías, N° 529, Valencia, 2007.

PÉREZ CEPEDA ANA ISABEL, Las normas españolas, cuestiones generales, en Trata de personas y explotación sexual (Coord. Mercedes García Arán), Editorial Comares, Granada, 2006.

POMARES CINTAS ESTHER, El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral, RECPC 13-15-2011, disponible en Internet www.criminet.ugr.es.

QUINTERO OLIVARES GONZALO (con la colaboración de Morales Prats Fermín y Prats Camut Miguel), Curso de derecho penal, parte general, Cedes Editorial, Barcelona, 1997.

RODRÍGUEZ ALBERTO DAUNIS, Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas, InDret, Revista para el Análisis del Derecho, N° 1-2010, disponible en Internet www.indret.com.

RODRÍGUEZ MESA MARÍA JOSÉ, El código penal y la explotación sexual infantil, Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXIII-2012.

SCHNABEL RAÚL A., Historia de la trata de personas en Argentina como persistencia de la esclavitud, disponible en Internet www.mseg.gba.gob.ar;

TROCHON YVETTE, Las rutas de Eros-La trata de blancas en el Atlántico sur, Argentina, Brasil y Uruguay (1880-1932), Taurus Editorial, Bs.As., 2006.