

## **Análisis normativo local e internacional del delito de trata de personas con fines de explotación sexual**

*Local and international normative analysis of the crime of trafficking in persons*

María Fernanda García<sup>1</sup>

**Sumario:** El Estado argentino ha asumido, con la ratificación de numerosos tratados de derechos humanos –en el marco de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos-, el deber de incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas que busquen prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y, en particular, la trata de personas con fines de explotación sexual. En virtud de ello, y al calor de las demandas de ciertos sectores de la sociedad civil –movimiento de mujeres-, se sancionaron las leyes 26.364 y 26.842 de “prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas” que introdujeron cambios en el Código Penal. En el presente trabajo se intentará realizar un repaso de dicha normativa local e internacional y, puntualmente, de las prescripciones penales en la materia.

**Palabras claves:** Trata de personas. Tipo penal. Ley 26.364. Ley 26.842. Tratados internacionales.

**Abstract:** The Argentine State has assumed, with the ratification of numerous human rights treaties –in the framework of the United Nations and the Organization of American States-, the duty to include in its domestic legislation criminal, civil and administrative regulations that seek to prevent, punish and eradicate violence against women and, in particular, trafficking in persons for the purpose of sexual exploitation. By virtue of this, and in the heat of the demands of certain sectors of the civil society - movement of women-, laws 26.364 and 26.842 of "prevention and punishment of trafficking in persons and assistance to their victims", that introduced changes in the Penal

---

<sup>1</sup> Abogada. Maestranda en Derechos Humanos (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP). mfernandagarciacampos@gmail.com

Code, were sanctioned. In the present work we will try to make a revision of said local and international regulations and, punctually, of the penal prescriptions in the matter.

**Key words:** Trafficking of people. Penal type. Law 26364. Law 26842. International treaties.

### **I. Definición del delito de trata de personas con fines de explotación**

El delito de trata de personas con fines de explotación, conforme el ordenamiento penal argentino, aparece como un delito cuyo bien jurídico tutelado es la libertad personal.

Pese a dicha delimitación legal, lo cierto es que definir este delito basándonos en la afectación a dicho bien deja de lado otras cuestiones que también se ponen en juego, en virtud de que en muchos casos va acompañada de la afectación de otros bienes jurídicos, como son la integridad física, la integridad sexual y la vida de las personas. La violación de un amplio abanico de derechos personalísimos, que van más allá que la propia libertad ambulatoria, surge visible en cuanto se analiza un caso de trata.

De este modo, podemos decir que el bien jurídico protegido se aproxima más a la idea de *libertad sexual*, en los términos que la plantea Donna (2002): “*libertad sexual en su doble vertiente positivo-dinámica, esto es la capacidad de la persona de libre disposición de su cuerpo a efectos sexuales, o la facultad de comportarse en el plano sexual según sus propios deseos. En la vertiente negativa, es la posibilidad de negarse a ejecutar él mismo o a tolerar la realización por otros de actos de naturaleza sexual que no desee soportar*” (pp. 14)<sup>2</sup>.

Este complejo universo que entraña la trata, en tanto fenómeno intrínsecamente lesivo de los derechos humanos de las personas, conlleva a la dificultad de poder contar con una definición unívoca, en virtud de lo cual utilizaremos como punto de partida lo sostenido por la ley 26.364 –conocida como ley de trata- y las modificaciones de la 26.842, para luego avanzar sobre las exposiciones de la doctrina y la jurisprudencia local.

En virtud del artículo 2° de la ley 26.364 –texto modificado por el artículo 1° de la ley 26.842- *se entiende por trata de personas el ofrecimiento, la captación, el traslado, la*

---

<sup>2</sup> DONNA EDGARDO A. (2002). *Delitos contra la integridad sexual*. 2° ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

*recepción o acogida de personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países.*

Cabe destacar que dicha técnica legislativa priorizó la cristalización en el plano interno de lo consagrado en el Protocolo para la Prevención, Represión y Sanción de la Trata de Personas -conocido como Protocolo de Palermo-, complementario de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y de este modo ahorró esfuerzos en el ensayo de una definición de lo que implica en su totalidad la trata de personas con fines de explotación.

Frente a dicho panorama, la doctrina y la jurisprudencia han asumido esta tarea.

En el plano nacional se ha dicho que:

*La trata de personas implica lisa y llanamente la pérdida de la libertad de decisión y de movilidad de las personas en manos de su tratante, quien la captó y trasladó de manera ilegal, ya sea dentro del país o de un Estado a otro, abusando de las condiciones de vulnerabilidad social, cultural o económica, para su explotación (laboral, económica o sexual) (Luciani, 2015, pp. 57)<sup>3</sup>.*

En ese sentido, se sostiene que *“el núcleo de la figura pasa del tráfico hacia los fines perseguidos, que son los que le dan significación. Serán las clases de explotaciones de que se trate las que determinarán el significado de las conductas y, por ello, en las que deberán buscarse las violaciones a la libertad de autodeterminación, entre las que se han incluido la integridad sexual, los derechos laborales, la intangibilidad del régimen de trasplante de órganos, y la libertad misma con la reducción a la servidumbre” (De Luca, 2009, pp. 351)<sup>4</sup>.*

Desde la óptica de la Casación Federal, tribunal con jurisdicción para entender en la materia en grado de apelación, se sostuvo que la regulación de la trata como delito contra la libertad individual no significaba limitarse a considerar afectada la libertad locomotiva o ambulatoria de una persona, sino también la capacidad de decidir con plena intención y voluntad, es decir, la libertad de autodeterminación de la persona, además de otros bien como son la integridad sexual o la integridad corporal<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> LUCIANI, DIEGO S. (2015). *Trata de personas y otros delitos relacionados* (1° ed.). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

<sup>4</sup> DE LUCA, JAVIER A. (2009). *Delitos contra la integridad sexual* (1° ed.). Buenos Aires: Hammurabi.

<sup>5</sup> CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL (2016). Caso FBB 5390/2013/TO1/CFC1, fs. 15.

En otra oportunidad, afirmó que este delito abarca conductas que interfieren en el libre y voluntario ámbito de determinación individual, en aquella capacidad para decidir libremente, con plena intención y voluntad sobre un plan de vida o desarrollo persona<sup>6</sup>.

Complejiza aún más el presente análisis lo sostenido por la socióloga española Ana María López Sala (2011)<sup>7</sup>, respecto a que esta definición se compone de tres elementos importantes, más allá de la individualización del bien jurídico tutelado, y la cual resume de la siguiente manera:

1) los actos criminales hacia las personas: reclutar o captar; transportar o trasladar; traspasar; alojar, guardar o acoger; recibir o adquirir.

2) los medios empleados para cometer dichos actos (que incluyen formas más o menos explícitas de uso de la fuerza): amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coerción; secuestro o raptó; fraude o engaños; abuso de poder o de una posición de vulnerabilidad; pagar u ofrecer beneficios a una persona que tiene el control o autoridad sobre otra persona.

3) los objetivos (el propósito de la explotación y las diversas formas que adopta): explotar la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual; trabajos o servicios forzados; esclavitud o prácticas similares a la esclavitud; servidumbre; extracción de órganos.

Menciona la autora respecto a este último elemento que, si bien el Protocolo de Palermo al abordar la explotación como aquello que define y delimita el proceso de la trata realiza una enumeración de cinco formas en que esta pueda presentarse, la Oficina Europea de Policía (Europol) sostuvo en un informe presentado a la Comisión Europea en el año 2007<sup>8</sup>, que las mismas pueden englobarse en tan sólo dos tipos:

- a) la trata con fines de explotación sexual y
- b) los trabajos forzosos.

Asimismo, la socióloga refiere que deben incluirse en la definición otros aspectos que hacen a la edad de la persona tratada, al elemento consentimiento y al concepto de abuso de una posición de vulnerabilidad.

---

<sup>6</sup> CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL (2016). Caso FPO 91000153/2011/TO1/CFC1, fs. 26.

<sup>7</sup> LÓPEZ-SALA, A. [et al.] (2011). *Poblaciones- mercancía. Tráfico y trata de personas en España*. Madrid: Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad.

<sup>8</sup> EUROPOL. (2007). *Trafficking in Human Beings in the European Union: an assessment manual*. Bruselas: Comisión Europea. Disponible en: [<https://ec.europa.eu>].

De este modo, se habla de comprender la trata de persona como un proceso complejo compuesto de distintas etapas y no ya como una situación estanca.

Para finalizar este apartado, haremos nuestras las palabras de Iglesias Skulj (2014) que, al intentar brindar una aproximación al concepto de trata, sostiene que:

*El delito de trata busca impedir que la persona pueda ser cosificada. Desde un punto de vista positivo la dignidad, que queda comprometida cuando una persona es convertida en objeto, se completa conectándola tanto a la integridad –física, moral, sexual-, a la libertad individual, a la igualdad formal.*

Agrega que:

*Esta interpretación de la dignidad, esto es, como un conglomerado de derechos fundamentales, en nada contradice a su condición de bien jurídico protegido en el delito de trata, puesto que no debe pasarse por alto que, tal como se encuentran redactados los arts. 145 bis y 145 ter, se describe un proceso en que a la persona le es negada sistemáticamente su condición de tal.*

Finaliza sosteniendo que “precisamente, porque el delito supone la vulneración de la esencia de la persona, la negación de su humanidad, debe reclamarse que la dignidad sea el bien jurídica protegido por este delito” (pp. 287-288)<sup>9</sup>.

Lejos de tratarse de una cuestión simple de abordar, ya sea por las múltiples manifestaciones en las que se produce o por las múltiples afectaciones a derechos fundamentales que produce, se trata de un proceso que amerita un análisis coordinado desde la perspectiva de la dogmática penal, pero también desde las perspectivas de derechos humanos y de género, a fin de intentar alcanzar un entendimiento lo más completo posible de este delito.

El entrecruzamiento de estas perspectivas implica realizar un análisis que incluya variables de género, de clase, etarias, así como de nacionalidad y etnia, a la par que se efectúe un examen de los comportamientos que configuran el tipo penal diseñado por el legislador y se pondere el fin último de éste: la explotación de una persona.

---

<sup>9</sup> IGLESIAS SKULJ, AGUSTINA (2014). La trata de mujeres con fine de explotación sexual (1° ed.). Buenos Aires: Didot.

## II. Aproximaciones a los elementos típicos

Con anterioridad a la sanción la ley 26.364, el delito de trata se encontraba legislado desde el año 1976 por la ley 21.338, derogada luego en 1984 por la ley 23.077, con excepción de algunos agregados o modificaciones efectuadas al Código Penal, entre ellas al artículo 127 ter, que quedó incorporado al Código Penal como 127 bis.

Dicho artículo 127 ter –luego 127 bis- preveía una pena de reclusión o prisión de tres a seis años para la persona que *promoviere o facilitare la entrada o salida del país de una mujer o de un menor de edad para que ejerzan la prostitución.*

Asimismo estipulaba una pena agravada de ocho años de prisión en los casos en que mediare alguna de las circunstancias enumeradas en el último párrafo del art. 125, a saber: *cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargada de su educación o guarda.*

Con posterioridad, la ley 25.087<sup>10</sup> introdujo modificaciones a dicho artículo, previendo figuras típicas diferenciadas conforme la edad de la víctima.

Ello así, en casos en que se promoviera o facilitara la entrada o salida del país de una persona menor de dieciocho años para que ejerciera la prostitución, la pena a aplicar sería de cuatro a diez años de prisión o reclusión. En casos de que la persona tratada fuera menor de trece años, la pena sería de seis a quince años.

Ambas penas se veían agravadas –prisión o reclusión de diez a quince años- en los casos en que mediare engaño, violencia, amenazas, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, o si hubiera sido cometido por una ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargado de la educación o guarda de la víctima.

En los supuestos en que se promoviera o facilitara la entrada o salida del país de una persona mayor de dieciocho años para que ejerza la prostitución, mediando engaño, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, la sanción penal a imponer era de tres a seis años de prisión.

---

<sup>10</sup> La ley 25.087, sancionada el 25 de abril de 1999, reformó el Código Penal en lo atinente a los delitos contra la integridad sexual, sustituyendo la rúbrica del Título III del Libro Segundo “Delitos contra la honestidad” por el de “Delitos contra la integridad sexual”.

La distinción que efectuaba dicha norma en torno no sólo a las escalas penales a aplicar si se trataba de una víctima menor o mayor de dieciocho años, sino también al “plus” que se exigía en el último de dichos casos (necesidad del empleo de medios de coactivos o fraudulentos para que se perfeccionara el tipo penal), da cuenta de los fundamentos de la distinción que efectuaba la ley 26.364 en torno a la figura del consentimiento de la víctima menor o mayor de edad.

Asimismo, dicha tipificación dejaba por fuera de la jurisdicción penal un amplio abanico de conductas que entrañan la trata de personas, como son la captación, el reclutamiento, el traslado –incluso el que se produce dentro de las fronteras de un país-, la recepción o la acogida de una persona.

Ahora bien, avanzando con el presente *racconto* normativo, y como anticipáramos, en la actualidad el delito de trata de personas se encuentra tipificado en el Libro Segundo, Título V del Código Penal, junto a aquellos delitos que afectan el bien jurídico libertad.

Fue introducido en el año 2008 por medio de la ley 26.364, y modificado en diciembre de 2012 por ley 26.842.

De este modo, a través del actual artículo 145 bis, el legislador dispuso que *será reprimido con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediare el consentimiento de la víctima.*

Los elementos que componen el tipo penal de la trata de personas son los que analizaremos a continuación.

#### **a. Sujeto activo.**

Respecto de la persona que resultaría alcanzada por el espectro de punibilidad, la norma no efectuó mayores precisiones, pudiendo ser cualquier sujeto que realice las conductas típicas de ofrecer, captar, trasladar, recibir o acoger personas con fines de explotación.

### **b. Sujeto pasivo.**

Con posterioridad a la reforma efectuada en el año 2012, la norma descartó toda distinción entre personas mayores y menores de dieciocho años, respecto al consentimiento que pudiere haber prestado la víctima al autor del delito.

### **c. Faz objetiva del tipo. Las acciones típicas.**

El texto legal prevé la configuración del delito de trata a través de la realización de diversas conductas, las que son alternativas entre sí.

Respecto de esto último, la doctrina y jurisprudencia han sido invariables respecto a que la configuración del delito se produce con la realización de tan solo una de las conductas enumeradas en el tipo del artículo 145 bis. Del mismo modo, si una persona efectúa más de una de esas acciones, no incurre en una multiplicidad delictual.

Respecto a las conductas enumeradas en el tipo penal del artículo en cuestión, diremos que:

**-Ofrecer.** Conforme el diccionario de la Real Academia Española, ofrecer implica *comprometerse a dar, hacer o decir algo*<sup>11</sup>. Vinculado al delito de trata, el sujeto activo compromete o realiza promesas futuras –en general de carácter laboral-, al sujeto pasivo, en busca de atraer su expectativa y, en consecuencia, su voluntad.

El hecho de que esta actividad quede abarcada por el espectro punitivo, refleja de forma clara la intención existente en el legislador respecto a la necesidad de adelantar la sanción a instancias anteriores. Respecto de esta anticipación, nos detendremos en párrafos siguientes.

**-Captar.** Siguiendo a la Real Academia Española, captar entraña un *atraer a alguien o ganar su voluntad o afecto*<sup>12</sup>.

En esta oportunidad, se trasciende de la mera propuesta para llegar a lograr el convencimiento o aquiescencia del sujeto pasivo en realizar una determinada actividad. Dicha voluntad captada lo es a través de diferentes mecanismos de coerción, que pueden consistir en el engaño, la persuasión, la amenaza, entre otros.

---

<sup>11</sup> Real Academia Española (2018). Disponible en: [<http://dle.rae.es>].

<sup>12</sup> *Ibídem*.

Es irrelevante que el sujeto pasivo conozca o no la actividad que realizará, ya que puede saber de ella pero tener un conocimiento engañoso respecto de las condiciones de su realización.

**-Trasladar.** Al igual que con los verbos anteriores, la Real Academia Española refiere que el trasladar implica *llevar a alguien o algo de un lugar a otro*<sup>13</sup>.

De este modo, entraña el transporte o del sujeto pasivo, desde su lugar de origen hacia el lugar de explotación, así como también aquel transporte posterior entre el lugar donde se recibió o acogió a la víctima y el o los lugares de explotación, en caso de no tratarse de un único sitio.

**-Recibir.** *Tomar o hacerse cargo de lo que le dan o envían*<sup>14</sup>. En el particular, se recibe al sujeto pasivo, al que se lo aborda como un objeto. Es una acción instantánea que se agota en la propia recepción o recibimiento.

**-Acoger.** Finalmente, acoger consiste *en admitir en su casa o compañía a alguien*<sup>15</sup>. Surge como una acción más específica que la anterior, que implica alojar a la persona tratada. Ello evidencia que el acogimiento se produce en un estadio posterior al recibimiento del sujeto pasivo.

Todas estas conductas serán pasibles de sanción siempre que hayan sido efectuadas con la *finalidad de explotar* a una persona, lo cual resulta determinante a la hora de considerar el delito de trata como un delito de los denominados por la doctrina como de “resultado anticipado” o “recortado”. Se sostiene que en estos delitos el legislador tuvo la intención de anticipar el momento de la consumación a un estadio anterior al de la concreción efectiva de la explotación de la víctima.

Ha dicho Luciani que *“la protección se adelanta a supuestos previos a la explotación, con lo que se produce un claro adelantamiento de las barreras de punición. De tal manera que la conducta quedaría configurada (...) independientemente de que la explotación se efectivice”* (pp. 190)<sup>16</sup>.

Esta característica que ponemos de resalto ha sido blanco de críticas en razón del posible conflicto constitucional que suscitaría el efectuar un reproche penal -aplicación de

---

<sup>13</sup> *Ibidem.*

<sup>14</sup> *Ibidem.*

<sup>15</sup> *Ibidem.*

<sup>16</sup> LUCIANI, DIEGO S. *Op. Cit.*

poder punitivo- a conductas que constituyen meros actos preparatorios, no abarcados por el derecho penal por no superar el principio de ejecución requerido conforme lo legisla el artículo 42 del Código Penal.

Del mismo modo, suscita conflictos no menos atendibles respecto de la figura de la tentativa. Vinculado a ello, se ha dicho que, si bien *a priori* podría considerarse inviable la aplicación del instituto de la tentativa en virtud de que lo que se sanciona es la propia actividad desarrollada por el autor sin importar el perfeccionamiento de la finalidad perseguida, lo cierto es que la doctrina admite que podría presentarse en casos concretos en los que por ejemplo quien acciona ha iniciado el proceso de seducción, un tercero descubre el propósito y frente a ello, el sujeto activo huye (Luciani, pp. 226)<sup>17</sup>.

#### **d. Faz subjetiva del tipo.**

Estamos ante un delito que, tanto en su faz cognitiva como volitiva, admite el llamado dolo directo. Es decir, el actor debe conocer y querer la realización de la conducta contemplada en el tipo, debe representarse los elementos del tipo objetivo.

Pero además de ello, el delito de trata exige del sujeto activo una *ultra-finalidad*, un “plus” de intención que no forma parte del dolo directo que mencionáramos. Es decir, constituye un elemento subjetivo más del tipo, pero que se ubica por fuera de la órbita del dolo. Es una carga intencional adicional al conocimiento de la conducta típica que se exige.

Se ha expuesto que:

*Existen elementos subjetivos extraños al dolo: a) unos son claras ultrafinalidades, es decir, tipos en los que se exige que la finalidad tenga una particular dirección que exceda el tipo objetivo. Son los tipos que exigen un para, con el fin de, con el propósito de, etc. (Zaffaroni, Alagia, Sloka, 2008, pp. 543)<sup>18</sup>.*

La doctrina ha categorizados estos delitos como de “*intención interna trascendente o sobrante*”, siendo éstos delitos donde “*el autor tiene en vista un resultado que no necesariamente –y a veces nunca- debe alcanzar*” (Zaffaroni, Alagia, Slokar, pp. 544)<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> LUCIANI, DIEGO S. *Op. Cit.*

<sup>18</sup> ZAFFARONI EUGENIO R., ALAGIA ALEJANDRO y SLOKAR ALEJANDRO (2008). *Derecho Penal Parte General* (2º ed.). Buenos Aires: Ediar.

<sup>19</sup> ZAFFARONI EUGENIO R., ALAGIA ALEJANDRO y SLOKAR ALEJANDRO. *Ibidem.*

Esa finalidad que se consigue con posterioridad a la configuración de la conducta delictiva, es la que se expresa en el artículo 145 bis a través de la expresión *con fines de explotación*. La ultrafinalidad es la de explotar a otra persona.

#### **d.1. Finalidad de explotación.**

Vinculado con el concepto mismo de explotación se encuentra otro elemento del tipo penal de trata que resulta pasible de críticas de índole constitucional. Al tratarse de un tipo de los denominados “en blanco”, viene a completarse con el artículo primero de la ley 26.842, en cuanto prescribe que se entenderá por explotación la configuración de una serie de supuestos –que la norma enumera taxativamente-, más allá de que los mismos constituyan delitos autónomos respecto del delito de trata.

Los supuestos mencionados por la ley son:

##### **1) Cuando se redujere o mantuviere a una persona en condición de esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad.**

La esclavitud o servidumbre implica el ejercicio de un derecho de propiedad sobre la persona del sujeto pasivo. Esta situación de sometimiento y sujeción se encuentra prohibida en nuestra Constitución Nacional desde el año 1853.

En este punto, es necesario realizar una distinción entre la esclavitud a la que se hacía referencia en aquella época y lo que se conoce como “moderna esclavitud”. La variable etnia o raza era la que caracterizaba a las personas esclavas en la época de la colonia, mientras que en la actualidad –en la generalidad de los casos- las variables clase y género son las decisivas.

La propia ley 26.842 introdujo un nuevo artículo diferente de aquel que aborda la trata: el artículo 140 del Código Penal relativo a la reducción a servidumbre, prescribe la pena de reclusión o prisión de cuatro a quince años para la persona que *redujere a una persona a esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad, y el que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella. En la misma pena incurrirá el que obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados o a contraer matrimonio servil.*

El espíritu del legislador, al igual que con el artículo 145 bis, fue sancionar el sometimiento de una persona a la voluntad y al designio de otra, produciéndose una pérdida de su libertad y del ejercicio pleno de su voluntad, y consecuentemente, una reducción a condición de objeto.

El Grupo de Trabajo sobre la trata de personas de Naciones Unidas (2009) definió “servidumbre” como “las condiciones de trabajo o la obligación de trabajar o prestar servicios de que la persona en cuestión no puede escapar y que no puede modificar”<sup>20</sup>.

A su vez definió como esclavitud a la acción de “reducir a una persona al estado o condición respecto de la cual se ejercen todos o parte de los poderes atribuidos al derecho de propiedad”<sup>21</sup>.

## **2) Cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados.**

Siguiendo la definición amplia que brinda el Convenio n° 29 sobre Trabajo Forzoso, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) en 1930, se entiende por trabajo forzoso aquel que le es exigido a una persona bajo la amenaza de aplicársele una pena, y para el cual dicha persona no se ofrece voluntariamente.

Dicho organismo internacional enumeró una serie de indicadores para detectar situaciones de trabajo forzoso, entre las que se encuentran la violencia física o sexual, la restricción de movimientos, la retención de los salarios o negativa a pagar, la confiscación de documentación persona<sup>22</sup>.

## **3) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la prostitución ajena o cualquier otra forma de oferta de servicios sexuales ajenos.**

En este punto, la norma realiza una distinción entre quienes inducen o promueven la prostitución ajena y quienes ejercen dicha actividad. La distinción radica en que el poder sancionatorio recae únicamente sobre aquel primer grupo de personas.

La ley 26.842 introdujo modificaciones a los artículos 125 bis<sup>23</sup>, 126<sup>24</sup> y 127<sup>25</sup> del Código Penal, incluyendo sanciones para quienes promuevan, faciliten o exploten la

---

<sup>20</sup> GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA TRATA DE PERSONAS (2009). *Análisis de algunos importantes conceptos del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños*. Disponible en: [[https://www.unodc.org/documents/treaties/organized\\_crime/C70C\\_COP\\_WQ4\\_2010\\_2\\_S.pdf](https://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/C70C_COP_WQ4_2010_2_S.pdf)], consultado el 1/10/2015].

<sup>21</sup> GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA TRATA DE PERSONAS. *Ibidem*.

<sup>22</sup> O.I.T. (2006). *Trata de seres humanos y trabajo forzoso como forma de explotación. Guía sobre la legislación y su aplicación*, pp. 21. Disponible en: [[http://white.lim.ilo.org/ipecc/documentos/guia\\_trata\\_forzoso.pdf](http://white.lim.ilo.org/ipecc/documentos/guia_trata_forzoso.pdf)].

<sup>23</sup> ARTICULO 125 bis — El que promoviere o facilitare la prostitución de una persona será penado con prisión de cuatro (4) a seis (6) años de prisión, aunque mediare el consentimiento de la víctima.

<sup>24</sup> ARTICULO 126 — En el caso del artículo anterior, la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

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.

prostitución ajena. Acorde con la reforma introducida por la propia ley en relación al delito de trata, tanto el artículo 125 bis como el 127, consideran configurado el tipo penal *aunque mediare el consentimiento de la víctima*, eliminando la distinción entre personas mayores y menores de dieciocho años.

Asimismo, el legislador previó agravantes para las figuras delictivas básicas, que son compartidas con los agravantes del artículo 145 ter: cuando existan medios coactivos, por la condición del sujeto pasivo o por la calidad del sujeto activo.

#### **4) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la pornografía infantil o la realización de cualquier tipo de representación o espectáculo con dicho contenido.**

La introducción de dicho inciso como modalidad que puede adquirir la trata de personas, constituye una adaptación de las prescripciones de la Convención sobre los derechos del niño de Naciones Unidas, que nuestro país ratificó en el año 1990, por medio de la ley 23.849.

Esta convención realiza una especial consideración respecto de *todo niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, prescribiendo que *los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social*” (artículo 39).

Los esfuerzos para perseguir y sancionar a quienes someten, abusan y explotan de niños y niñas, deben ser intensificados, por lo que el legislador de la ley 26.842 novedosamente introdujo esta especial modalidad de explotación.

---

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.

<sup>25</sup> ARTICULO 127 — Será reprimido 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.

La pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

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.

## **5) Cuando se forzare a una persona al matrimonio o a cualquier tipo de unión de hecho.**

Del mismo modo que el anterior inciso, la reforma ha incluido a los matrimonios forzados o cualquier otra unión de hecho, como formas de explotación constitutivas del delito de trata.

La reforma introducida al Código Penal va en sintonía con las prescripciones del Código Civil que prevé que para la existencia válida de un matrimonio se requiere necesariamente el consentimiento de ambos contrayentes (artículo 172), siendo que dicho consentimiento puede viciarse por violencia, dolo o error acerca de la persona o las cualidades personales del otro contrayente (artículo 175).

La Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956, brindó una definición de matrimonio forzado o servil: *se entiende por matrimonio forzado toda institución o práctica en virtud de la cual:*

*i) Una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas; o*

*ii) El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera; o*

*iii) La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona* (artículo 1, inciso c).

## **6) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la extracción forzosa o ilegítima de órganos, fluidos o tejidos humanos.**

Aquí se legisló respecto a la promoción, facilitación o comercialización de la extracción forzosa o ilegítima de órganos, dejando por fuera la persecución penal respecto de las acciones atinentes a la propia extracción. Dichas conductas son incluidas en la ley 24.193 (1993) -modificada por ley 26.066 (2005) - que regula los trasplantes de órganos y tejidos anatómicos en el territorio argentino.

### **d.2. Tipo penal abierto.**

Al analizar las diferentes formas en que la explotación puede manifestarse, surge la necesidad de acudir a las prescripciones contempladas en otras leyes, que funcionan

como normas complementarias al propio Código Penal. Desde este punto, la reforma introducida por la ley 26.842 resulta pasible de críticas a raíz del imperio del principio de legalidad contemplado en los artículos 18 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, que impone al legislador una descripción clara, precisa y circunstanciada de la materia de prohibición.

#### **e. El consentimiento de la víctima de trata.**

Ha sido uno de los ejes centrales de la reforma efectuada en el año 2012, ya que la ley anterior realizaba una distinción entre víctimas mayores de dieciocho años de edad y víctimas menores de dicho límite etario.

De este modo, conforme el artículo 2 de la ley 26.364 se entendía por trata de personas mayores a la captación, el transporte y/o traslado —ya sea dentro del país, desde o hacia el exterior—, la acogida o la recepción de personas, 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 ley reservaba para la trata de personas menores de dieciocho años la acción de *ofrecimiento* de una persona “menor” y realizaba una aclaración final: *existe trata de menores aun cuando no 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*.

Finalizaba dicha distinción prescribiendo que *el asentimiento de la víctima menor de dieciocho años no tendría efecto alguno*.

Como adelantáramos, la sanción de la ley 26.842 en diciembre de 2012, introdujo cambios de relevancia vinculados al consentimiento de una víctima del delito de trata de personas. Sustituyó el artículo 2 y derogó el artículo 3 de la ley 26.364, introduciendo el verbo típico *ofrecimiento* para los casos de trata de personas mayores de dieciocho años, e incorporando un párrafo final: *el consentimiento dado por la víctima de la trata y explotación de personas no constituirá en ningún causal de eximición de responsabilidad*

*penal, civil o administrativa de los autores, partícipes, cooperadores o instigadores del delito.*

### **III. Supuestos que agravan la pena**

La figura básica contemplada en el artículo 145 bis reconoce diversos supuestos en los que se incrementa la escala penal en cinco años de prisión para el mínimo y diez años para el máximo. Dichos supuestos comisivos, contemplados en el artículo 145 ter, son los siguientes:

#### **a. Por el modo de comisión del tipo objetivo.**

**Inciso 1°. 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.**

Todos ellos son modos de viciar o anular la voluntad del sujeto pasivo del delito. En particular podemos decir, de cada uno, lo siguiente:

\* **Engaño:** mentira o falsedad a través de la cual se intentan ocultar o encubrir los objetivos reales de explotación de la víctima, haciéndola incurrir en un error acerca de una situación futura, generalmente, de carácter laboral.

\* **Fraude:** en este caso, el sujeto activo se vale de un ardid para hacer incurrir en error a la víctima, a través de una concreta puesta en escena o de un despliegue de una maquinación, que no se encuentra presente en el engaño.

En el comentario a la “*Ley modelo contra la trata de personas*” elaborada por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delitos<sup>26</sup> se precisa que tanto el “engaño” como el “fraude” pueden referirse a la naturaleza del trabajo o servicio que la persona debe realizar, así como a las condiciones de dicho trabajo, o a ambos coetáneamente.

\* **Violencia:** refiere a la fuerza física que se emplea para someter a una persona, en contraposición a la violencia psicológica abarcadas por la figura de las amenazas.

\* **Amenaza:** se traduce en términos de violencia psicológica, abarcando múltiples formas de coacción, con el fin de generar miedo en la víctima.

---

<sup>26</sup> OFICINA DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO –U.N.O.D.C.- (2009). *Model Law against Trafficking Persons.* Disponible en: [<http://www.unhcr.org/protection/migration/4bf685f19/model-law-against-trafficking-persons.html>].

**\*Cualquier otro medio de intimidación o coerción:** esta agravante del tipo penal básico puede ser cuestionada por la utilización de términos vagos o poco precisos, que ponen en riesgo el principio de legalidad. Bajo una técnica legislativa desprolija se intentó abarcar las múltiples situaciones fácticas que la realidad ofrece.

Podría incluirse aquí la llamada “servidumbre por deuda”, en la que el tratante genera permanentemente deudas en cabeza de la víctima y le exige su cancelación como requisito para poder finalizar el vínculo.

**\*Abuso de autoridad:** se trata de una acepción amplia del vocablo autoridad, no constituyendo el caso de abuso de autoridad del que habla el artículo 248 del Código Penal. Respecto de dichos casos de autoridades o funcionarios públicos, la norma reservó el inciso 7 del mismo artículo.

Se hace alusión al ejercicio de poder de una persona sobre otra, proveniente de una relación laboral, familiar –no contemplada en el inciso 6-, económica, entre otras.

**\*Situación de vulnerabilidad:** si bien el concepto de vulnerabilidad es amplio y, consecuentemente, resulta difícil delinear una acepción clara del mismo, podemos sostener que se refiere a un aprovechamiento del estado de indefensión en el que se encuentra el sujeto pasivo.

Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (en adelante “Reglas de Brasilia”)<sup>27</sup>, constituyen una guía para considerar cuales son las situaciones concretas que colocan a una persona en situación de vulnerabilidad. Si bien la enumeración no es taxativa, podemos mencionar factores como la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades aborígenes, la pobreza, el género, la situación de migración.

De acuerdo con el *método Delphi*, los indicadores para detectar los casos de explotación a través del abuso de una situación de vulnerabilidad son: el abuso de un situación familiar complicada, el abuso del estatus irregular, el abuso de la falta de educación, la falta de información, el control por parte de los explotadores, las dificultades

---

<sup>27</sup> Aprobada en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en marzo de 2008.

para organizar el viaje, razones económicas, información falsa sobre la legislación o las autoridades o sobre el éxito de la migración, entre otros<sup>28</sup>.

La Oficina de Naciones Unidas contra la droga y el delito (U.N.O.D.C.) delineó conductas que podrían sindicar un caso de abuso de condición de vulnerabilidad, aclarando que dicha enunciación no era taxativa. A saber:

*Tomar ventaja de las vulnerabilidades resultantes de la persona que ingresa ilegalmente al país o sin la documentación apropiada, de un embarazo o cualquier enfermedad o discapacidad física o mental de la persona, incluyendo adicciones al uso de alguna sustancia, o capacidad reducida de formar juicios en virtud de ser un niño*<sup>29</sup>.

**\*Concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.**

Esta agravante ha sido foco de críticas en virtud de la imprecisión en la que incurre al referirse a la concesión de un pago o beneficio y a su recepción, ello con el fin de obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima. Ya que no reparó en que la última conducta –la de recepción del pago o beneficio- es asumida por la propia persona que la norma individualiza como aquella con autoridad sobre la víctima.

De este modo, se ha sostenido que una correcta técnica legislativa debería haber contemplado “cuando mediar (...) concesión de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima y el que teniendo autoridad sobre la víctima recibiere pagos o beneficios para prestar su consentimiento”.

Ello en pos de cumplir con el requisito constitucional de legalidad, que reclama una redacción precisa y clara de las conductas perseguidas por el poder punitivo del Estado.

#### **b. Por la calidad particular del sujeto pasivo.**

**Inciso 2°. Cuando la víctima estuviere embarazada, o fuere mayor de setenta años.**

**Inciso 3°. Cuando la víctima fuera una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma.**

---

<sup>28</sup> El listado de los indicadores que surgieron luego de las rondas de consultas efectuadas a expertos en la materia, a raíz de la sanción del Protocolo de Palermo, puede ser consultado en [[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---declaration/documents/publication/wcms\\_105035.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_105035.pdf)]

<sup>29</sup> OFICINA DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. U.N.O.D.C. (2009). *Op. cit.*

Estos dos incisos denotan una clara intención del legislador de perseguir con mayor fuerza aquellas situaciones donde la víctima se encuentra en una mayor situación de desigualdad respecto del sujeto activo, donde la situación de vulnerabilidad que refiriéramos con anterioridad, se presenta de forma exponencialmente más clara, reduciéndose las posibilidades de resistencia de la misma.

**Inciso 4°. Cuando las víctimas fueren tres o más.**

Con el presente inciso se busca sancionar la reiteración delictiva por parte del sujeto activo y la consecuente afectación de bienes jurídico tutelados, sin importar que las víctimas hayan estado privadas de su libertad en el mismo lapso de tiempo y lugar.

**c. Por la calidad que reviste el sujeto activo del delito.**

**Inciso 5°. Cuando en la comisión del delito participaren tres o más personas.**

Se trata de una agravante relacionada con la exponencial situación de indefensión de la víctima frente a una multiplicidad de sujetos activos. En virtud de lo cual, el justificativo de esta agravante se asemeja al que expusiéramos en los incisos dos y tres de este artículo. En el presente se requiere la sola presencia objetiva de tres personas para que se configure la agravante, no requiriendo la probanza del grado o tipo de organización existente entre las mismas.

**Inciso 6°. Cuando 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.**

Se trata de agravantes justificadas en el particular vínculo entre el sujeto pasivo y el sujeto activo del delito. Esta mayor intención punitiva no resulta novedosa ya que fue receptada con anterioridad en el Código Penal, en el caso del inciso 1° del artículo 80.

El fundamento radica en el aprovechamiento que realiza el autor de la confianza que posee la víctima respecto de él.

**Inciso 7°. Cuando el autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.**

Al igual que el inciso anterior, la agravante también había sido incorporada con anterioridad al Código Penal, en los incisos 8° y 9° del artículo 80.

El legislador ha querido agravar la pena de quien tiene en cabeza un deber particular (velar por la seguridad de los miembros de la sociedad) y se aprovecha de esa situación en que dicho deber lo coloca para cometer el delito.

**d. Asimismo, se incrementa la sanción penal en caso de consumación de la explotación de la víctima.**

La norma penal prevé otro agravamiento de la escala penal para los casos en que se logre la consumación de la explotación de la víctima. En este caso, la pena será de ocho a doce años de prisión.

Se ha expuesto que una de las particularidades de este tipo penal radica en que la protección se adelanta a supuestos previos al perfeccionamiento de la explotación del sujeto pasivo, con el objetivo de evitar que efectivamente se produzca. El legislador considera que la situación de sometimiento se acrecienta o se agravada con la concreción del objetivo último perseguido por el sujeto activo.

**e. Finalmente, se agrava por la edad de la víctima.**

Dice la norma: *si la víctima fuere menor de dieciocho años, la escala de la pena también se incrementará, en este caso de diez a quince años de prisión.*

Con anterioridad a la reforma, la trata de personas menores de dieciocho años constituía un tipo penal separado de aquel que tenía por víctimas a las personas mayores de esa edad. Se le reservaba una pena mayor (cuatro a diez años de prisión).

Se considera que el fundamento de la agravante actual está dado por la situación de vulnerabilidad mayor en la que se encuentra el sujeto pasivo, quien inclusive contaría con mayores obstáculos a la hora de comprender y dimensionar la situación de trata en la que se encuentra.

**IV. Modificaciones de la ley 26.842**

Para sintetizar, conforme lo explicado hasta acá, en el año 2012 se sancionó la ley 26.842, que modificó el anterior texto legislativo referente a la persecución y sanción del delito de trata de personas.

- La ley descartó la clasificación entre trata de personas mayores de edad y menores, al excluir el consentimiento de la víctima como causal de atipicidad, en los casos

de personas mayores de dieciocho años. Dicho de otro modo, los diferentes medios comisivos que preveía –engaño, fraude, violencia, amenaza, cualquier medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios- para los casos de trata de personas mayores de dieciocho años, fueron dejados de lado como requisitos para la configuración del tipo penal y pasaron a ser considerados como elementos agravantes de la escala penal (de cinco a diez años de prisión).

- En segundo término, y vinculado al punto anterior, el legislador previó otros aumentos o agravamientos de la sanción penal:

. Para el caso del tipo penal básico del artículo 145 bis prevé un aumento del mínimo y del máximo de la pena a imponerse: de tres años se aumentó a cuatro, y de seis a ocho.

. En los casos de víctimas menores de dieciocho años se estipula una pena que va de los diez a los quince años de prisión. En caso de verificarse el empleo de alguno de los medios comisivos ya enunciados, la sanción a aplicar será entre cinco a diez años de prisión.

- Otra novedad fue la eliminación de las distinciones entre víctimas menores o mayores de dieciocho años en relación al verbo típico “ofrecer”, que ahora puede presentarse también en estos últimos casos.

- Asimismo, se suprimió el verbo típico “transportar” por considerarse que quedaba abarcado por aquel vinculado al *traslado* de la persona; y se reemplazó la acción de “repcionar” por la de “recibir”, que resultaba más descriptivo y preciso.

- Finalmente, y como viéramos al abordar los modos de explotación que contempla la ley, se han incorporado la promoción, facilitación o comercialización de la pornografía infantil y el matrimonio o unión de hecho forzado, a cuyos desarrollos oportunos nos remitimos.

Vinculado a otro modo de explotación, en este caso con la extracción forzosa o ilegítima de órganos, fluidos o tejidos humanos, el legislador contempló la persecución penal para quienes promuevan, faciliten o comercialicen dicha extracción, dejando de lado la persecución a quienes realicen dichas extracciones, actividad que sí estaba incluida en la ley anterior.

## V. Leyes nacionales en la materia

En plano local contamos con varias leyes vinculadas a la trata de personas, además de la mencionada ley 26.364 -modificada por ley 26.842-.

- La ley 12.331 de Profilaxis Antivenérea (1936), que en su artículo 15 establece la prohibición del *establecimiento de casas o locales donde se ejerza la prostitución, o se incite a ella*. A la par que, en el artículo 17, prevé la sanción de multa a quienes *sostengan, administren, regenteen, casas de tolerancia*. En caso de reincidir en dichas conductas, prevé una sanción de uno a tres años de prisión. Para aquellos ciudadanos naturalizados argentinos contempla la pena accesoria de pérdida de la ciudadanía y la expulsión del país una vez cumplida la condena.

La norma es cuestionada constitucionalmente por considerarse que afecta el principio de reserva estipulado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, máxime cuando en muchos casos no logra comprobarse una real afectación del bien jurídico “salud pública” –*ratio legis* de la ley 12.331-, y no trasciende de la esfera privada.

- La referida ley 24.193 -modificada por ley 26.066- que regula los trasplantes de órganos y tejidos anatómicos en el territorio argentino, que prescribe sanciones para quienes lucren con ablaciones de órganos y tejidos humanos; del mismo modo que lo hace la mencionada ley 22.990 –reglamentada por decreto 1.338/2004- conocida como “ley de sangre”.

- El Decreto 936/2011 de Prohibición de la Publicidad de Oferta Sexual, reglamentario de la ley 26.364. En su primer artículo establece la prohibición de los avisos que promuevan la oferta sexual o hagan explícita o implícita referencia a la solicitud de personas destinadas al comercio sexual, por cualquier medio, con la finalidad de prevenir el delito de trata de personas con fines de explotación sexual y la paulatina eliminación de las formas de discriminación de las mujeres, conforme las prescripciones de las leyes 26.364 y 26.485.

En los fundamentos del decreto se deja en claro que dichos avisos son considerados facilitadores del tráfico de personas y de la actividad de aquellas organizaciones criminales que tratan mujeres para su explotación sexual.

Las críticas basadas en la libertad de expresión se hicieron sentir a poco de aprobado el decreto, argumentando que se trataba de un derecho contemplado en nuestra constitución nacional que debía ser reglamentado únicamente por el poder legislativo.

Del mismo modo, fue foco de críticas desde la Asociación de Mujeres Meretrices de la Argentina (A.M.M.A.R.), que consideró que dicha prohibición contrariaba el derecho de las mujeres trabajadoras sexuales a trabajar en forma libre, autónoma y sin intermediarios. Desde A.M.M.A.R. se entendió que estas medidas *no hacen otra cosa que seguir arrastrando a las mujeres a la clandestinidad y al manejo de las grandes mafias, y expresa que el trabajo sexual voluntario ejercido por mujeres mayores de edad no es igual a la trata de personas*<sup>30</sup>.

- La ley 25.871 de Migraciones. Uno de los principales fundamentos de su sanción fue la necesidad de *promover el intercambio de información en el ámbito internacional, y la asistencia técnica y capacitación de los recursos humanos, para prevenir y combatir eficazmente a la delincuencia organizada transnacional.*

En conjunción, la Resolución 23/2012 del Ministerio del Interior y Transporte, relativa a la inclusión de la República Dominicana dentro de la categoría de países que requieren de una visa de turismo para ingresar a la Argentina, ya que en los fundamentos se expresó que se intenta prevenir el ingreso de personas provenientes de dicho país que llegan con el fin de ser tratadas, basándose en el hecho de haber registrado casos de personas dominicanas que excedieron el tiempo de permanencia aquí y que, al ser localizados, se encontraban realizando tareas remuneradas.

Respecto de este último documento, cabe formular algunas críticas: no sólo se omitió aportar datos estadísticos concretos de dichas situaciones de irregularidad migratoria que den fundamento empírico a dicha medida, sino que, además de tratarse de una medida abiertamente discriminatoria, agrava las condiciones para el eventual ingreso regular a nuestro país y contribuye de forma exponencial a que se produzcan ingresos ilegales o irregulares.

- La ley 26.485 de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones

---

<sup>30</sup> A.M.M.A.R. (2011). Comunicado oficial disponible en [<http://www.ammar.org.ar>].

interpersonales, se erige como la base regulatoria de los derechos y garantías de las mujeres desde la cual sustentar el abordaje de cada caso.

En el artículo 2 inciso “b” establece como objetivo primordial y general el *promover y garantizar el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia*.

A la hora de definir los tipos de violencia abarcados, prescribe que por violencias sexual se entiende *cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo (...) la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres* (artículo 5, inciso 3).

- La ley 26.061 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (2005), protege a las niñas, niños y adolescentes frente a cualquier sometimiento a tratos violentos, vejatorios e intimidatorios, así como frente a cualquier forma de *explotación económica, torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante* (artículo 9).

- La Resolución 2149/2008 del Ministerio de Justicia de la Nación que creó el Programa Nacional de Rescate y Acompañamiento a las Personas Damnificadas por el Delito de Trata, para el cual prevé la conformación de equipos interdisciplinarios (unidades específicas de las Fuerzas de Seguridad, psicólogos/os, trabajadoras/es sociales, abogadas/os y médicas/os) para intervenir en el acompañamiento y asistencia de las *personas damnificadas por el delito de mención hasta el momento de la declaración testimonial de la víctima* (artículo 1).

- En coordinación con lo previsto por dicha resolución, el Ministerio de Seguridad de la Nación, por intermedio de la Resolución 742/2011, diseñó el Protocolo de Actuación de las Fuerzas Federales para el rescate de víctimas de este delito, que apunta a brindar un especial abordaje y tratamiento a las mismas, acordes a la situación de vulnerabilidad que se encuentran atravesando, por sobre la necesidad de recolectar pruebas o elementos de interés para la investigación.

## VI. Previsiones de la Constitución Nacional

La Constitución Nacional contiene disposiciones relativas a la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, a las que entiende como fenómenos que implican el ejercicio de derechos de propiedad sobre una tercera persona.

Puntualmente, en su artículo 15 prevé que *en la Nación Argentina no hay esclavos; los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración.*

En consecuencia, prescribe que *todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República.*

El artículo 17 dispone que *ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley.*

Cierto es que la fórmula del artículo 15 resulta anacrónico, porque -como lo sostiene Pearce (2016)- *“en la actualidad no se celebran contratos de compra venta de esclavos y las nuevas formas de esclavitud no se encuentran reguladas jurídicamente e integradas al sistema económico como en el pasado”*. Sin embargo, no es menos cierto que.

*Una interpretación dinámica del texto constitucional con la incorporación de los instrumentos internacionales revela que la prohibición de la esclavitud, obligación erga omnes y con carácter jus cogens, es un recurso actual para proteger a la población de la invisibilidad de la esclavitud moderna que substituyó a la imagen de los hombres con grilletes* (Pearce, pp. 262)<sup>31</sup>.

Complementando los principios fundamentales declarados en estos dos artículos, la reforma de la Constitución Nacional del año 1994, introdujo con jerarquía constitucional a nuestro ordenamiento jurídico numerosos tratados internacionales de derechos humanos cuyas prescripciones van en el mismo sentido.

Se ha dicho que *“los derechos reconocidos en los tratados constituyen un plus que se adiciona a los declarados en el orden interno”*. Incluso, *“si el alcance de esos derechos*

---

<sup>31</sup> PEARCE, DANIELA. (2016). *Esclavitud en el Siglo XXI* en GARGARELLA, Roberto - GUIDI, Sebastián (Coords.), Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y Doctrina: Una Mirada Igualitaria. Buenos Aires. La Ley.

*fuese menor, prevalece el derecho interno, o, por el contrario, el del tratado que otorgue mayor protección” (Gelli, 2008, pp. 227)<sup>32</sup>.*

Los tratados que contienen normas vinculadas a la materia bajo estudio son los siguientes:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos que en su artículo 4 dispone que *nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.*

- La Convención Americana sobre Derechos Humanos que dispone en el artículo 6 inciso 1 que *nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas.*

Asimismo, en el inciso 2 dispone que *nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio.*

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 8 inciso primero prevé que *nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas,* mientras que en el inciso segundo afirma que *nadie estará sometido a servidumbre.*

- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé el derecho a la libre elección de un trabajo que garantice un nivel de vida digna –artículos 6 y 7-.

- La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de forma más específica, prescribe el deber de los Estados Partes de tomar *todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer* (artículo 6).

- La Convención sobre los Derechos del Niño en el artículo 34 prescribe el compromiso de los Estados Partes en *proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales.*

Asimismo, y con dicho fin, *los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:*

---

<sup>32</sup> GELLI, M. ANGÉLICA. (2008). *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada* (4° ed.). Buenos Aires: La Ley.

a) *La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;*

b) *La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;*

c) *La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.*

Finalmente, en el artículo 35 dispone que *los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.*

## **VII. Marco normativo internacional específico. Estándares internacionales**

### **a. Naciones Unidas.**

Más allá de esos tratados internacionales de protección de derechos humanos, existen otros que, si bien no gozan de la mencionada jerarquía constitucional, resultan de aplicación para nuestro Estado en virtud de haber sido aprobados y ratificados por el mismo, y abordan de forma específica la problemática de la trata.

Vinculados de forma directa con el objeto del presente trabajo podemos mencionar el Convenio para la Represión de la Trata de personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena del año 1949, primer instrumento internacional sobre trata suscripto por la Argentina en 1957. En su preámbulo afirma que tanto la trata como el ejercicio de la prostitución son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana, inscribiéndose en la postura abolicionista imperante en Europa por aquellos años.

En el primer artículo dispone que los Estados parte *se comprometen a castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra: 1) Concertare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona; 2) Explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona.*

Más avanzada en el tiempo, la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, conocida como Convención de Palermo del año 2000, fu incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por medio de la ley 25.632 (2002).

Su principal objetivo –conforme el artículo primero- es *promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional.*

La misma cuenta con tres protocolos anexos:

1. El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños.
2. El Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.
3. El Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones.

El primero de dichos documentos, conocido como Protocolo de Palermo, declara como finalidad principal en su artículo segundo:

- a) Prevenir la trata de personas, cuyas líneas de acción deben prestar especial atención a las mujeres y los niños.
- b) Proteger, ayudar y asistir a las víctimas de la trata, focalizando en el respeto y garantía de sus derechos humanos fundamentales.
- c) Finalmente, promover la cooperación entre los Estados parte para lograr los fines antes expuestos.

En la actualidad cuenta con ciento diecisiete Estados signatarios<sup>33</sup>, erigiéndose como el instrumento central a nivel mundial en materia de trata de personas. Tal es así que, nuestro propio legislador, a la hora de sancionar normas vinculadas a la prevención, persecución y sanción de este delito, utilizó como fuente indiscutible de inspiración dicho protocolo. Sobre este punto volveremos en el capítulo siguiente.

En materia laboral internacional contamos con el ya referido Convenio n° 29 de la Organización Internacional del Trabajo (sobre trabajo forzoso u obligatorio) y con el Convenio n° 105 de 1957 (puntualmente sobre abolición del trabajo forzoso). Ambos acuerdos aportan directrices que contribuyen a la identificación de situaciones de explotación y a su consecuente tratamiento.

Finalmente, se aprobó el Convenio n° 182 (1999) sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, que legisla en igual sentido que los anteriores pero refuerza la protección en los casos de explotación laboral de niños, niñas y adolescentes.

#### **b. Sistema Interamericano de Derechos Humanos.**

En el plano interamericano contamos con un instrumento específico en lo atinente a la promoción y protección de los derechos de las mujeres: la Convención Interamericana

---

<sup>33</sup> Confr. registro de Naciones Unidas disponible en: [<https://treaties.un.org>].

para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, conocida comúnmente como Convención de Belém Do Pará (1996).

En su artículo primero conceptualiza lo que debe entenderse por violencia contra la mujer, prescribiendo que lo es *cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.*

Asimismo, en el inciso b del artículo segundo establece que *se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual.*

Hace mención expresa a la trata de personas y a la prostitución forzada como manifestaciones del flagelo de la violencia estructural que afecta a todas las mujeres, y que puede asumir las formas más variadas.

Las respuestas que los Estados deben dar frente a dichas situaciones son detalladas en los artículos 7 y 8: van desde el eje preventivo, la protección, ayuda y asistencia a las víctimas concretas de estos delitos, hasta la persecución y sanción de los responsables de dichas violaciones de derechos.

Otro instrumento interamericano de relevancia en el presente es la Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores, que fuera ratificada por Argentina en el año 1999. Dicho convenio tiene como principio rector el interés superior del niño, consagrado a nivel mundial.

En el inciso b del artículo segundo define el tráfico internacional de menores como *la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor con propósitos o medios ilícitos.* Entendiendo con *propósitos ilícitos a la prostitución, explotación sexual, servidumbre o cualquier otro* (inciso c).

### **VIII. Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños de Naciones Unidas para la Argentina**

Especial interés reviste el Informe elaborado por la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, luego de su misión a la Argentina, en septiembre de 2010.

Dicho informe, de fecha 24 de mayo de 2011, conceptualizó a nuestro país como un país de origen, tránsito y destino de las víctimas de la trata de personas (párr. 6)<sup>34</sup>.

Precisó que:

*Un amplio sector de la población sigue sufriendo la exclusión social y no puede disfrutar plenamente de sus derechos económicos, sociales y culturales”. Lo que “contribuye en gran medida a la vulnerabilidad de las víctimas potenciales, susceptibles de ser presas de los tratantes al buscar oportunidades de subsistencia fuera de sus lugares de origen. A la vez, a raíz del crecimiento económico y la recuperación que ha experimentado el país en los últimos años, así como la situación general de subdesarrollo de la región, la Argentina atrae a los migrantes económicos de los países vecinos que también pueden convertirse en víctimas de la trata, puesto que rara vez ingresan en el país por medios legales (párr. 10).*

Luego de efectuar un análisis de la situación actual de nuestro país, formuló conclusiones y efectuó recomendaciones. Algunas de ellas fueron:

- Aprobar el proyecto de enmiendas a la ley 26.364 para imponer penas más severas a los tratantes y eliminar la cuestión del consentimiento y la distinción basada en la edad (párr. 93, punto a).

Debemos recordar que la visita *in loco* fue realizada con anterioridad a la sanción de la ley 26.842 en diciembre de 2012, que modificó la ley 26.364.

- Prestar una asistencia integral a las víctimas de la trata, teniendo plenamente en cuenta sus derechos humanos, con miras a su reintegración y rehabilitación. Los programas de asistencia a las víctimas deberían aplicarse no solo en la ciudad de Buenos Aires sino también en todas las provincias, para atender a las víctimas de la trata y a las víctimas potenciales que podrían ser presas de los tratantes, sin discriminación por motivos de sexo, género y/u orientación sexual (párr. 93 punto c).

- Elaborar un plan nacional de lucha contra la trata de personas, que sea detallado, global e integrador, establezca claramente objetivos estratégicos, facilite la cooperación entre los organismos del Estado, y entre estos y las organizaciones de la sociedad civil, y

---

<sup>34</sup> RELATORA ESPECIAL SOBRE LA TRATA DE PERSONAS ESPECIALMENTE MUJERES Y NIÑOS (2011). *Informe especial. Misión a la Argentina*. A/HRC/17/35/Add.4.

produzca indicadores mensurables y herramientas de vigilancia y evaluación (párr. 93, punto h).

- Respecto a la jerarquía constitucional de tratados internacionales específicos en la materia, aconsejó que se otorgue dicha categoría al Protocolo de Palermo (párr. 94).

Este documento permitió conocer el estado de situación local, a la par que constituyó un alerta o llamado de atención para el Estado argentino respecto de sus falencias a la hora de dar respuestas concretas a esta problemática.

### **IX. Reflexiones finales**

Luego del breve repaso efectuado a lo largo del presente trabajo, y a modo de conclusión, puede señalarse que:

- En abril de 2008 se sancionó la ley 26.364 que preveía modificaciones en el Código Penal argentino al introducir los artículos 145 bis y ter y establecía como objeto principal el implementar medidas destinadas a prevenir y sancionar la trata de personas, asistir y proteger a sus víctimas.

Sin embargo, realizaba una distinción entre víctimas mayores de dieciocho años de edad y víctimas menores de dicha edad conforme la presunción o no de existencia de consentimiento.

Dicha técnica legislativa, si bien priorizó la cristalización en el plano interno de la letra del Protocolo de Palermo, dio lugar a numerosas críticas, algunas de las cuales fueron analizadas por la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la trata de personas en su informe del año 2011.

- En diciembre de 2012, se sancionó la ley 26.842 que introdujo cambios en la primera de las normas mencionadas y, en consecuencia, en el Código Penal argentino.

Sustituyó su artículo 2 e introdujo el verbo típico “ofrecimiento” para el caso de trata de personas mayores de dieciocho años de edad, incorporó un párrafo final acerca del consentimiento de la víctima de la trata y explotación de personas: el consentimiento de ningún modo constituirá causa de eximición de responsabilidad de los autores, partícipes, cooperadores o instigadores del delito.

De este modo, el Estado argentino, desde uno de sus tres poderes, vino a dar respuestas a aquellos casos cuyo abordaje despertaba dudas respecto de su legitimidad

constitucional, adecuando sus prescripciones a los estándares internacionales de derechos humanos en la materia.

## **X. Bibliografía**

- DE LUCA, JAVIER A. (2009). Delitos contra la integridad sexual (1° ed.). Buenos Aires: Hammurabi.
- DONNA EDGARDO A. (2002). Delitos contra la integridad sexual. 2° ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- GELLI, M. ANGÉLICA. (2008). Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada (4° ed.). Buenos Aires: La Ley.
- IGLESIAS SKULJ, AGUSTINA (2014). La trata de mujeres con fine de explotación sexual (1° ed.). Buenos Aires: Didot.
- LÓPEZ-SALA, A. [et al.] (2011). Poblaciones- mercancía. Tráfico y trata de personas en España. Madrid: Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad.
- LUCIANI, DIEGO S. (2015). Trata de personas y otros delitos relacionados (1° ed.). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- PEARCE, DANIELA. (2016). Esclavitud en el Siglo XXI en GARGARELLA, Roberto - GUIDI, Sebastián (Coords.), Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y Doctrina: Una Mirada Igualitaria. Buenos Aires. La Ley.
- ZAFFARONI EUGENIO R., ALAGIA ALEJANDRO y SLOKAR ALEJANDRO (2008). Derecho Penal Parte General (2° ed.). Buenos Aires: Ediar.

## **XI. Informes**

- EUROPOL. (2007). Trafficking in Human Beings in the European Union: an assessment manual. Bruselas: Comisión Europea. Disponible en: [<https://ec.europa.eu>].
- GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA TRATA DE PERSONAS (2009). Análisis de algunos importantes conceptos del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños. Disponible en: [[hups://www.unodc.org/documents/treaties/organized\\_crime/C7'0C\\_COP\\_WQ4\\_2010\\_2\\_,S.pdf](https://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/C7'0C_COP_WQ4_2010_2_,S.pdf)], consultado el 1/10/2015].

OFICINA DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO – U.N.O.D.C.- (2009). Model Law against Trafficking Persons. Disponible en:

[<http://www.unhcr.org/protection/migration/4bf685f19/model-law-against-trafficking-persons.html>].

-O.I.T. (2006). Trata de seres humanos y trabajo forzoso como forma de explotación. Guía sobre la legislación y su aplicación. Disponible en: [[http://white.lim.ilo.org/ipecc/documentos/guia\\_trata\\_forzoso.pdf](http://white.lim.ilo.org/ipecc/documentos/guia_trata_forzoso.pdf)].

- RELATORA ESPECIAL SOBRE LA TRATA DE PERSONAS ESPECIALMENTE MUJERES Y NIÑOS (2011). Informe especial. Misión a la Argentina. A/HRC/17/35/Add.4.