

## ALGO MAS SOBRE EL CONSENTIMIENTO Y LA TRATA DE PERSONAS

### EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO

Roberto Falcone (h)\*

La regulación del delito de trata de personas en nuestro Código Penal adolece de una particularidad tan contundente como poco explorada en sus fundamentos dogmáticos, dada por la irrelevancia del consentimiento de la persona que resulta victimizada<sup>1</sup>. Tal extremo, hasta donde alcanzamos a advertir, ha ocupado a la doctrina especializada sólo marginalmente, invocando mayormente acuerdos internacionales pero sin ocuparse enteramente del aparente conflicto que entraña el hecho de ignorar un instituto que por regla –y desde hace ya bastante tiempo según una visión mayoritaria- obstaculiza la imputación objetiva<sup>2</sup> del comportamiento del supuesto autor. El objetivo de la presente contribución estará signado por tal punto de partida, intentando la fundamentación material de aquello que normalmente recibe tratamiento tangencial, y procurando desde el delito referenciado delimitar argumentalmente el ámbito de aplicación del consentimiento en el derecho penal<sup>3</sup>.

---

\* Profesor de Derecho Penal Parte Especial (UNMdP). Especialista en Derecho Penal (Universidad Austral).

<sup>1</sup> El actual artículo 145 bis del CP según ley 26.842 reza lo siguiente: “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**” (El resaltado nos pertenece). No es éste el único tipo penal regulado de ese modo; de hecho, la misma ley plasmó idéntico temperamento en el artículo 125 bis (promoción o facilitación de la prostitución) y 127 (explotación económica de la misma). Sin perjuicio de ello, vale aclarar aquí que las reflexiones efectuadas en las páginas que siguen tienen sólo como objeto de estudio al delito aludido en primer término.

<sup>2</sup> No nos es ajeno que, desde sectores enrolados en distintas corrientes de la teoría de las normas, los embates contra la teoría de la imputación objetiva han sido moneda corriente. Como muestra, basta confrontar con KAUFMANN, Armin, *¿“Atribución objetiva” en el delito doloso?*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales de España, Tomo 38, Fasc/mes 3, 1985, pp. 807 y ss. También, desde la perspectiva analítica, KINDHÄUSER, Urs, *El tipo subjetivo en la construcción del delito*, In Dret, Barcelona, 2008, pp. 5 y ss. No obstante, al haber ganado la misma, podría aseverarse, el peso de la tradición, se menciona en la presentación en honor al considerable consenso doctrinario al que se arribara en relación al punto, sin perjuicio de lo que, adelantamos, nuestra postura será diferente de la habitual. Una crítica extendida a la aludida teoría desviaría el curso de nuestro propósito primigenio.

<sup>3</sup> Un muy interesante análisis dogmático desde la casuística puede encontrarse en GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Imputación objetiva y conducta de la víctima*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales de España, VOL. LVIII (2005), pp. 735 y ss.

## 1.- El consentimiento como expresión de la autodeterminación personal

Liminarmente no puede ignorarse que todo delito supone, al detenernos en la relación entre autor y víctima, una arrogación del ámbito de organización de esta última por parte del primero<sup>4</sup>. Así, se le impide a quien resulta víctima modelar su propia existencia a cabalidad a partir de una heteroorganización<sup>5</sup>; en otras palabras, un determinado aspecto de su desenvolvimiento vital resulta sometido a los designios de otro ciudadano, quien mediante la expresión de este poder realiza su propio programa normativo, contrario al que debiera determinarlo en su accionar. De este modo, a partir de la coacción ejercida contra una voluntad ajena, el autor pone de manifiesto a través de una contra- norma una elevación por sobre el orden normativo imperante, que brinda la consecuente justificación de su responsabilidad jurídico-penal<sup>6</sup>. En definitiva, tal fundamento descansa en que aquel que delinque se atribuye a sí mismo la facultad de decidir cuándo otro ser humano merece ser tratado como persona, y en qué casos –contrariamente- puede ser considerado una cosa<sup>7</sup>, lo que resulta inadmisibile desde el punto de vista de una libertad garantizada sólo con el apego al deber como moneda de cambio.

Naturalmente, la respuesta estatal a tal esbozo de la configuración social realizado por el autor no puede ser otra que una sanción, en tanto quien aprovecha las ventajas que la coordinación social a través de normas asegura para todos<sup>8</sup> altera el mantenimiento de esas condiciones generales de juridicidad, preservación que no sólo resulta competencia de las instituciones estatales -dada su limitada capacidad de actuación- sino también de cada persona que habita en una comunidad<sup>9</sup>. Entonces, al quebrantar el orden jurídico, el representante de la misma está negando el concreto sostenimiento del estadio de la juridicidad que constituye su competencia, por lo que, consecuentemente, la comunidad jurídica reacciona con la imposición de una pena a la lesión del deber antedicho que implica todo injusto<sup>10</sup>. Se confirma de este modo, a costa del autor y a través de un medio coercitivo, la indisolubilidad de la relación entre el disfrute de la libertad y el

---

<sup>4</sup> Similar, puntualizando en la extensión del propio ámbito de organización a costa de otro de una forma desvalorada por la ley penal, FEIJOO SANCHEZ, Bernardo, *Actuación de la víctima e imputación objetiva*, publicado en Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED (España), 2º Epoca, núm. 5 (2000), p. 292.

<sup>5</sup> Sostiene PAWLIK que "... *determinar (bestimmen) a alguien significa dictarle los contenidos de su actuar y, de este modo, ejercer dominio sobre él. En cambio, una entidad política autónoma es independiente de un control externo. Ella misma administra sus propios asuntos. En términos equivalentes, los individuos son autónomos en la medida en que se gobiernan a sí mismos. Por tanto, el concepto de la autodeterminación individual también se caracteriza por una relación jerárquica de mandato y obediencia. Por consiguiente, el ser humano en cuanto ser que actúa, que en sí mismo es todavía tarea, no tiene simplemente su vida, sino que la conduce a la luz de sus propias representaciones de una existencia buena y exitosa*". Así en PAWLIK, Michael, *Ciudadanía y Derecho Penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 33 y ss.

<sup>6</sup> En idéntico sentido PAWLIK, Michael, *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad. Sobre la legitimación de la pena estatal*, Atelier, Barcelona, 2019, pp. 37 y ss.

<sup>7</sup> Tal postura en PAWLIK, Michael, "*Confirmación...*", cit., p. 41.

<sup>8</sup> Así MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo; *La pena como retribución, primera parte: la retribución como teoría de la pena*. Revista de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia 28, 83 (2007), p. 57.

<sup>9</sup> Cfr. PAWLIK, Michael; *La pena retributiva y el concepto de delito*, publicado en La Libertad Institucionalizada. Estudios de Filosofía Jurídica y Derecho Penal, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, p. 85.

<sup>10</sup> PAWLIK, Michael, "*La pena...*", cit., p. 86.

cumplimiento del deber de colaboración<sup>11</sup>, haciéndole a éste ver que quien no respeta la libertad ajena está renunciando a una parte de su propia libertad<sup>12</sup>.

Puede advertirse aquí con toda claridad que la noción de competencia *à la* JAKOBS resulta clave<sup>13</sup>. En ese sentido, la pregunta sobre la razón por la que un ciudadano puede ser compelido a respetar en el gobierno de su conducta la integridad de los intereses ajenos, tanto como la pregunta acerca de la medida en que tal respeto debe darse, se plantean de igual modo para cada tipo delictivo en virtud de su pertenencia al Derecho penal. Así, aquello que otorga estructura y dignidad sistemática a todas las interpretaciones individuales es el orden de los detalles según los riesgos en una determinada competencia<sup>14</sup>, lo que supone que el quebrantamiento de un ámbito de competencia personal que se comunica en un contexto social determinado sea lo que signifique, en su caso, antinormatividad<sup>15</sup>.

Tales consideraciones ceden en aquellos supuestos en los que la lesión de la víctima deviene no ya de la referida heteroorganización sino, propiamente, de su ámbito de decisión, pudiendo tal realización estar regida por un régimen de división de tareas con otro individuo pero siempre evidenciando un gobierno sobre la propia existencia<sup>16</sup>. Allí –en principio– no corresponde hablar de injusto contra las personas dado que aquel que tiene derecho a actuar en un determinado ámbito de organización interviene de modo imputable en el mismo; en tal caso, nadie lo subroga en su señorío<sup>17</sup>. En tal tesitura, y dado que los bienes individuales jurídico-penalmente protegidos ostentan la condición de tales en tanto contribuyen al libre desarrollo de la personalidad, el consentimiento para la realización de acciones congruentes con la disposición de los mismos por parte de su titular, lejos de importar un atentado contra el mentado desenvolvimiento, no supone otra cosa que una acabada expresión del mismo<sup>18</sup>.

---

<sup>11</sup> PAWLIK, Michael, “*La pena...*”, cit., p. 103.

<sup>12</sup> Las ideas expuestas se hallan profundizadas en FALCONE, Roberto (h), *Negociaciones incompatibles con la función pública: una perspectiva funcional*, publicado en Revista de Derecho Penal y Criminología, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, Año IX, N°7, Agosto 2019, pp. 40 y ss.

<sup>13</sup> JAKOBS, Günther, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1996, p.42.

<sup>14</sup> Fundamental PAWLIK, Michael, “*Ciudadanía...*”, cit., p. 83. No podemos ocuparnos aquí, dada la extensión prevista para el presente trabajo, del sistema de competencias (fomento y respeto) pergeñado por el autor en su modelo. Cfr. a tal efecto en la obra recientemente citada pp. 81 y ss.

<sup>15</sup> Claro al respecto CARO JOHN, José, *La normativización del tipo objetivo como fruto de la teoría de la imputación objetiva*, publicado en Autores detrás del autor (homenaje al profesor Dr. Dres. h.c Friedrich-Christian Schroeder) -1° ed.-, Ad Hoc, Buenos Aires, 2018, p. 254.

<sup>16</sup> Similar JAKOBS, Günther, *La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte*, publicado en Estudios de Derecho Penal, Civitas, Madrid, 1997, p. 395. El mismo autor, haciendo eje en la configuración responsable del mundo, amerita ser confrontado en *Imputación jurídico-penal*, artículo incluido en JAKOBS, G.- STRUENSEE, E., Problemas capitales del derecho penal moderno, Hammurabi, Buenos Aires, 1998, pp. 43 y ss.

<sup>17</sup> Claro al respecto JAKOBS, Günther, “*La organización...*”, cit., p. 396.

<sup>18</sup> Tal idea campea en la doctrina alemana partidaria del consentimiento como exclusión del tipo (RÖNNAU, ROXIN, WEIGEND, entre otros). Mayores referencias en KINDHÄUSER, Urs, *Reflexiones de teoría de las normas*

Estas ideas, que lucen plausibles a golpe de vista, ameritan ulteriores reflexiones de tinte normativo, las que nos permitirán sostener que el consentimiento en rigor lo que implica es la supresión de la validez de la respectiva norma de prohibición<sup>19</sup>.

Para ello, debe previamente entenderse que el derecho penal reconoce sólo dos clases de normas, siendo ellas las normas de comportamiento y las de sanción. Si a ello le sumamos las reglas imputativas, estamos frente a la quintaesencia de nuestra disciplina<sup>20</sup>. Las normas de comportamiento, que son las que aquí interesan, pueden tener como destinatario a cualquier persona o bien sólo a personas especialmente obligadas. Las mismas, según su contenido respectivo, resultan pasibles de ser subdivididas en cuatro clases: prohibiciones que proscriben un determinado comportamiento, mandatos que prescriben un determinado comportamiento, permisiones que autorizan un determinado comportamiento y exenciones que autorizan la omisión de un comportamiento. Así, las permisiones son la contrapartida de las prohibiciones y las exenciones la contrapartida de los mandatos<sup>21</sup>.

En puridad, las normas de comportamiento implican una coordinación del bien de la libertad general de acción de su destinatario con los bienes jurídicos protegidos, cualesquiera que fueren. Así, confrontan dos intereses contrapuestos que han de ser coordinados de tal modo que resulten identificadas las condiciones bajo las cuales la mentada libertad ceda frente al respectivo interés protegido, generándose como consecuencia los tipos delictivos. Los mismos (o mejor expresado, las normas de comportamiento que subyacen) fundamentan obligaciones cuyo seguimiento por parte de sus destinatarios es exigido ineludiblemente por el Estado en tanto “acreedor”. Sin perjuicio de ello, nada empece a que el interés jurídicamente protegido, que prevalecerá según la respectiva regulación típica frente a la libertad general de acción, ostente la estructura de un derecho subjetivo<sup>22</sup>, lo que supondrá que el Estado esté facultado para hacer total o parcialmente dependiente la obligación de seguir la norma de los intereses concretos de preservación del lesionado<sup>23</sup>. Los bienes jurídicos no son protegidos en tanto valor abstracto, al ser como ya

---

*acerca del consentimiento en el Derecho Penal*, publicado en *Teoría de las normas y sistemática del delito*, ARA editores, Lima, 2008, pp. 15 y ss.

<sup>19</sup> Tal postura en KINDHÄUSER; Urs, “*Reflexiones...*”, cit., p. 18.

<sup>20</sup> Sobre la distinción entre normas de comportamiento y reglas de imputación en la moderna teoría del delito ver MAÑALICH, Juan Pablo, *Norma e imputación como categorías del hecho punible*, Revista de Estudios de la Justicia de la Universidad de Chile n° 12 (2010), *passim*. También FALCONE, Andrés, *La intervención delictiva en el estado de necesidad exculpante. Un desafío para la distinción entre normas de comportamiento y reglas de imputación*, Revista En Letra: Derecho Penal, Año IV, número 6, pp. 294 y ss.

<sup>21</sup> Fundamental KINDHÄUSER, Urs, “*Reflexiones...*”, cit., pp. 18 y ss.

<sup>22</sup> Cfr. KINDHÄUSER, Urs, “*Reflexiones...*”, cit., p. 23, 26 y ss.

<sup>23</sup> Al decir de HAAS, “...*dado que por razones de proporcionalidad el Derecho penal es una rama jurídica limitadamente accesoria, el orden privado también es mediatamente relevante para la construcción de conceptos penales. Los elementos contenidos en los tipos penales protectores de bienes jurídicos individuales, que derivan su legitimación material de las relaciones jurídicas de Derecho privado, han de definirse de manera que reproduzcan (como mínimo selectivamente) las condiciones jurídico-privadas que preexisten a los enunciados penales. Desde la perspectiva de la teoría de las normas ello quiere decir que las normas de comportamiento, en las que se basan las normas de sanción penales, se derivan y legitiman teleológicamente a partir de las relaciones jurídicas de Derecho privado: en los delitos que afectan a bienes jurídicos individuales*”

afirmamos medios para el libre desarrollo de la personalidad de su titular<sup>24</sup>; por ello, a partir de su consentimiento resulta cancelado el fundamento de validez de la norma en relación a un caso concreto<sup>25</sup>.

Este recurso a la cancelación situacional de la norma como razón para la acción, que aparece primigeniamente en RAZ<sup>26</sup>, halla su fundamento en que la aplicabilidad de la misma a efectos de dispensar la aludida protección de bienes jurídicos se ve negativamente condicionada a partir de la declaración de voluntad imputable al titular de tal bien como un ejercicio autónomo de libertad de disposición. Así, en atención a que las razones subyacentes que legitiman la institucionalización de la norma de comportamiento como razón perentoria son las que fundamentan su inaplicabilidad, es que se activa la referida condición de cancelación<sup>27</sup>.

Dicho esto, resulta nítido que si el consentimiento de quien ostenta la titularidad del bien jurídico importa la cancelación situacional de la norma de comportamiento reforzada por la norma de sanción, entonces la neutralización de la primera debe necesariamente implicar la impertinencia de subsumir el comportamiento consentido bajo el tipo de delito cuya realización condiciona la aplicación de la segunda<sup>28</sup>. De tal suerte, se erige el principio de autorresponsabilidad<sup>29</sup> en un filtro

---

*las normas de comportamiento jurídico-públicas penalmente reforzadas sirven para impedir o evitar la existencia de (ciertos) estados jurídico-privados objetivamente antijurídicos, lo que se lleva a cabo estableciendo por parte de la generalidad una coerción normativa a actuar u omitir.”*Cfr. HAAS, Volker, *La doctrina penal de la imputación objetiva*, publicado en revista *In Dret*, Barcelona, 2016, p. 25.

<sup>24</sup> En tal sentido, debe impedirse que el concepto de bien jurídico “sirva de mera pantalla para la protección penal de todo tipo de intereses, estrategias o convicciones morales cuya lesión, sin embargo, carecería de una auténtica repercusión negativa en la realización de los individuos como seres sociales (...) De este modo surgieron los conceptos sociológico funcionalistas de bien jurídico, que aprecian correctamente la necesidad de entender los bienes jurídicos en su dimensión social, como condiciones necesarias para la conservación de un orden social. Consiguientemente, la característica común de los hechos lesivos de bienes jurídicos será su ‘dañosidad social’”. Así SILVA SANCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo* (2° ed.), BdeF, Buenos Aires, 2012, pp. 426 y ss.

<sup>25</sup> Cfr. KINDHÄUSER, Urs, “Reflexiones...”, cit., p. 32 y ss.

<sup>26</sup> Véase al respecto RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms* (2° ed.), Princeton University Press, Princeton, 1990, pp. 26 y ss., 96 y ss.

<sup>27</sup> Cfr. MAÑALICH, Juan Pablo, *Volenti non fit iniuria. Sobre la función y la estructura del consentimiento como categoría jurídico-penal*, publicado en *Tendencias actuales del Derecho Penal* (4° ed.), IDEMSA, Lima, 2019, pp. 43 -44.

<sup>28</sup> Para una postura diferente, que ve en la aprobación del titular del bien jurídico una causa de justificación reconocida por el derecho consuetudinario en tanto tipo permisivo deducido del derecho de autodeterminación, véase en lugar de muchos HILGENDORF, Eric- VALERIUS, Brian, *Derecho Penal Parte General* (1° ed.), Ad Hoc, Buenos Aires, 2017, p. 117.

<sup>29</sup> Como bien lo expresan POLAINO NAVARRETE y POLAINO-ORTS, “...El reconocimiento por parte del Estado de un ámbito de libertad en el ciudadano obliga necesariamente a la garantía de un ámbito de autorresponsabilidad personal. El Estado deja de ser, en esos supuestos, un órgano superior, paternalista y controlador para convertirse en un ente que respeta a los ciudadanos, les permite, reconoce y garantiza una esfera de libertad y confía en que cada uno gestionará su ámbito de organización dentro de los límites de permisibilidad (libertad) y de respeto a los demás ciudadanos. El principio de autorresponsabilidad únicamente es viable si el Estado reconoce al ciudadano como un ser capaz de autogestionar determinados riesgos. Pero, como cabe comprender, la libertad de actuación tiene como contrapartida la responsabilidad por las consecuencias. Por ello, junto a la primera tendencia o vector la imputación (la familiarización con el riesgo)

normativo relevante en relación al ámbito o alcance del tipo de acuerdo con una interpretación sistemática de los mismos que tenga en cuenta los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico<sup>30</sup>. Por ello, naturalmente, la carencia de antinormatividad de la conducta de quien menoscaba consentidamente el bien jurídico protegido por la norma de comportamiento le otorga fundamento a la atipicidad de ese mismo comportamiento en relación a la correspondiente norma de sanción<sup>31</sup>. Pero esa negación de la tipicidad, debe sostenerse, es *externa* en tanto el despliegue del comportamiento en sí exhibe los caracteres fundantes de la respectiva tipicidad, sin perjuicio de lo cual la misma no se concreta en virtud de la satisfacción de las antedichas condiciones de cancelación<sup>32</sup>. El consentimiento no modifica el extremo de que se manipule la situación del objeto que exhibe la correspondiente propiedad positivamente valorada, sino sólo el hecho de que la referida manipulación deba ser considerada ilícita bajo la respectiva norma de comportamiento<sup>33</sup>.

## 2.- Acerca de la distinción entre consentimiento y acuerdo

Tradicionalmente, a partir de una demarcación atribuible a GEERDS en Alemania<sup>34</sup>, se trazó la distinción entre ambos supuestos, la cual sigue contando en su país de origen con numerosos

---

*existe una segunda tendencia que se cifra en el reconocimiento de un ámbito de autorresponsabilidad personal por parte del sujeto gestor (...). Desde este punto de vista, dicho principio es un criterio de dignificación del ser humano como persona en derecho, como ser social titular de derechos y obligaciones: reconociendo su libertad, se le reconoce un ámbito en el que él, en ejercicio de su libertad, puede resultar (auto)lesionado. Y dicha lesión, normativamente irrelevante, se concibe como un producto de la libertad personal.”* Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO-ORTS, Miguel, *Autodeterminación y libertad. Implicaciones jurídico-penales*, publicado en Legitimación del Derecho penal (JAKOBS, Günther *et al.*), ARA editores, Lima, 2012, pp. 104-105.

<sup>30</sup> Cfr. FEIJOO SANCHEZ, Bernardo, “Actuación...”, cit., p. 325/6. Crítico con la autorresponsabilidad y partidario de una victimodogmática elástica fundada en el principio de *ultima ratio* del Derecho Penal, SCHÜNEMANN, Bernd, *El sistema del ilícito jurídico-penal: concepto de bien jurídico y victimodogmática como enlace entre el sistema de la parte general y la parte especial*, publicado en el libro Obras (Tomo II) de su autoría, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, *passim*. Similar a éste, puntualizando en el efecto de bloqueo para el Derecho penal que importa la desprotección voluntaria de la víctima, HASSEMER, Winfried, *Consideraciones sobre la víctima del delito*, publicado en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales de España, Fascículo 1 (1990), pp. 250 y ss.

<sup>31</sup> Así MAÑALICH, Juan Pablo, “Volenti...”, cit., p. 44.

<sup>32</sup> Contundente MAÑALICH, Juan Pablo, “Volenti...”, cit., p. 45. En contra, proclive a sostener una negación *interna* de la tipicidad, ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General*, tomo I, CIVITAS, Madrid, 1997, pp. 517 y ss.

<sup>33</sup> Cfr. MAÑALICH, Juan Pablo, “Volenti...”, cit., pp. 46-47, quien cita en su apoyo la posición de Joel FEINBERG (en *Harm to Others*, Oxford University Press, Nueva York, 1984, pp. 31 y ss., 105 y ss.) concerniente al esclarecimiento de la conexión entre los conceptos de daño (*harm*) y agravio (*wrong*), sosteniendo que, “...en sentido descriptivo, por ‘daño’ cabe entender la afectación de un interés; en sentido normativo, en cambio, por ‘daño’ tendríamos que entender la afectación de un interés jurídicamente irrogada, en cuyo caso el daño se corresponde con un agravio...”. En suma, del menoscabo consentido de un bien jurídico resulta un daño sin agravio.

<sup>34</sup> Cfr. GEERDS, Friedrich, *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht*, publicado en Goldammer’s Archiv für Strafrecht (GA), 1954, pp. 262 y ss. La misma era ya antes insinuada por QUINTANO

adeptos. Así, operaría un acuerdo jurídico-penalmente válido y eficaz en aquellos casos caracterizados porque el actuar contra o sin la voluntad del sujeto pasivo es elemento típico, inherente a la realización delictiva, de modo que la presencia de ese acuerdo, asentimiento o voluntad aprobatoria del titular del bien jurídico determina la ausencia de un elemento esencialmente integrante del tipo y, por ende, la atipicidad de la conducta<sup>35</sup>. Ello se diferenciaría del consentimiento *stricto sensu*, que operaría como causa de justificación<sup>36</sup>.

Pareciera ser, ya en una primera aproximación, que la propuesta adolece de un naturalismo excesivo que debiera tener nula incidencia en una dogmática penal normativista. En efecto, en ningún caso puede considerarse operada una lesión de un bien jurídico cuando, como ya insistentemente dijimos, lo que termina acaeciendo es precisamente el resultado de la configuración gobernada por el portador del mismo en el contexto de su desenvolvimiento vital. Como bien señala ROXIN, las causas de justificación descansan en los principios de ponderación de intereses y de necesidad: en una situación de conflicto inevitable es legítimo el sacrificio de un interés menos valorado por el ordenamiento jurídico cuando dicho sacrificio es necesario en salvaguardia de un interés mayor. Pero en el consentimiento no está en juego ni un conflicto de intereses entre el que actúa y el que consiente ni la necesidad del hecho<sup>37</sup>.

De este modo, habiéndose descartado la distinción tradicional, si asumimos que todo acuerdo en rigor importa la reformulación negativa de un determinado elemento del tipo respectivo, que luce conceptualmente incompatible con la conformidad de la persona en quien incide el aspecto de la conducta juzgada que resulta especificada por el tipo en cuestión<sup>38</sup> (por caso, en el art. 150 del CP argentino ya consignado, la voluntad expresa o presunta contraria al ingreso a la propia morada), entonces el mero hecho de pensar en un “*acuerdo con una violación de domicilio*” supone una *contradictio in adjecto* u *oxímoron* que le otorga sustento a la caracterización de los casos así nominados como supuestos de negación *interna* de la tipicidad, al advertirse la

---

RIPOLLES en España, quien sostenía que “... en estrictos principios de técnica, el consentimiento tiene diversas formas de operar: unas, excluyendo efectivamente la tipicidad, cuando la definición positiva del delito presupone como necesaria la voluntad adversa del sujeto pasivo, mientras que otras lo que destruye es la antijuridicidad de la acción persistiendo, en cambio, la estructura típica del delito.” Así en QUINTANO RIPOLLES, Antonio, *Relevancia del consentimiento de la víctima en materia penal*, publicado en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales de España, Tomo 3, Mes 2, 1950, p. 329.

<sup>35</sup> Un ejemplo apropiado vendría dado por el tipo penal de violación de domicilio previsto en el art. 150 de nuestro CP, en tanto estipula que: “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, si no resultare otro delito más severamente penado, el que entrare en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo.”

<sup>36</sup> Véase al respecto POLAINO-ORTS, Miguel, *¿Volenti non fit iniuria? Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento en Derecho penal*, publicado en Aspectos fundamentales de la Parte General del Código Penal peruano, Anuario de Derecho Penal, PUCP Fondo Editorial, Lima, 2003, p. 217.

<sup>37</sup> Tal visión en ROXIN, Claus, “*Derecho Penal...*”, cit., p. 521. Acude gráficamente (p. 522) al siguiente ejemplo: “Si Max Brod, conforme al consentimiento y el deseo de Franz Kafka, hubiese quemado el manuscrito de éste, eso habría sido jurídicopenalmente inobjetable; y sin embargo, no puede dudarse en absoluto que en una concreta ponderación del caso era mayor en su estima el interés social en la conservación del texto que la voluntad del poeta.”

<sup>38</sup> Atinado MAÑALICH, Juan Pablo, “*Volenti...*”, cit., p. 48.

insatisfacción semántica de un elemento positivo del tipo respectivo que imposibilita la subsunción del comportamiento en cuestión. Aquí no existe una meta-regla dogmáticamente elaborada como en los casos de consentimiento que es la que otorga fundamento a la cancelación situacional ya explicada y que deriva en una negación *externa* de la tipicidad, por lo que la categoría del acuerdo es nítidamente ajena a la noción de disposición sobre el bien jurídico en cuestión; contrariamente, se corresponde exclusivamente con el alcance de la protección dispensada a aquel en un determinado tipo penal<sup>39</sup>.

### 3.- La despersonalización y la consecuente irrelevancia del consentimiento en el delito de trata de personas

Previo al abordaje de la fundamentación del postulado aquí propuesto, resulta imprescindible una somera contextualización en relación a la aparición a nivel global de esta clase de criminalidad y el correspondiente interés por parte de la comunidad internacional en su prevención y represión. En tal tesitura, merece destacarse que la primera Resolución de las Naciones Unidas relativa a la trata de personas es del año 1950<sup>40</sup>, y fue adoptada con el nombre de “*Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena*”. Allí se abordó principalmente el tema de la prostitución, comprometiendo a los Estados a castigar las conductas de concertación de dos personas para que una de ellas preste un servicio sexual a la otra o bien explotar a una persona en el ejercicio de la prostitución, con independencia de que medie su consentimiento en cualquiera de los dos supuestos, y la de mantener una casa dedicada a la prostitución o participar de cualquier forma en el favorecimiento de la misma (arts. 1 y 2). El documento estaba nítidamente alineado con una política criminal abolicionista de la prostitución, comprometiendo a los Estados que lo aprobaban a tomar medidas para derogar cualquier legislación que estableciera registros o carnets de identificación de las personas que ejercían tal práctica. Como era evidente, en esa época la trata se asociaba exclusivamente con el ejercicio de la prostitución<sup>41</sup>.

Las décadas siguientes pudieron atestiguar el vertiginoso incremento del fenómeno específico de la trata de personas, volviéndose un negocio más lucrativo que el tráfico de drogas o de armas y ostentando en la actualidad un volumen económico que fluctúa entre los cinco y los siete billones de dólares anuales<sup>42</sup>. Ello motivó que en el año 1994 la Asamblea General de las Naciones Unidas decidiera crear un Comité *ad hoc* con el objetivo de estudiar el problema y diseñar propuestas, lo que desembocó en la reunión en Palermo (Italia) del año 2000. Allí, en presencia de

---

<sup>39</sup> Cfr. MAÑALICH, Juan Pablo, “*Volenti...*”, cit., pp. 48-49.

<sup>40</sup> Sin perjuicio de ello, existió un interés anterior en la temática que data del año 1904, enmarcado en el Acuerdo internacional rubricado el 18 de mayo de aquel año que tuvo como objetivo la represión de la trata de blancas. El mismo fue modificado por el Protocolo aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1948.

<sup>41</sup> Así MAPELLI CAFFARENA, Borja, *La trata de personas*, publicado en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales de España (ADPCP), VOL.LXV, 2012, pp. 28 y ss. Resulta esencial para entender el actual tratamiento del delito en el contexto europeo la consideración del Convenio de Varsovia, acordado por el Consejo de Europa en el año 2005. Para ello, con detalle, la obra recientemente citada en pp. 36 y ss.

<sup>42</sup> Cfr. MAPELLI CAFFARENA, Borja, “*La trata...*”, cit., p. 29.

representantes de 148 países, se suscribió el *Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas*, que fuera rubricado por ochenta de los países asistentes a la referida reunión y entrara finalmente en vigor en el año 2003, apareciendo ante el concierto de naciones como el primer instrumento jurídico universal para el abordaje del flagelo de la trata de personas<sup>43</sup>. En tal documento, debe resaltarse, se consignó con toda contundencia la irrelevancia del consentimiento de las víctimas en la configuración del delito analizado.

La fundamentación material de tal extremo viene dada por el hecho de que, en estos casos, se suscitan contextos de superioridad del autor en relación a la víctima que vuelven a esta última un instrumento del primero a partir sus déficits de responsabilidad<sup>44</sup>. En efecto, la esencia de este delito supone la constatación de que no se está en presencia de una persona responsable en el trato con sus propios bienes al existir una relación de dependencia entre el autor y el instrumento, independientemente del “consentimiento” eventualmente existente en la conducta riesgosa<sup>45</sup>. La interacción entre ambos debe provocar una valoración no fenomenológica sino normativa de la situación<sup>46</sup>, destacando la influencia inequitativa que el autor tiene sobre el suceso.

La víctima nunca puede ser responsable cuando carece de la capacidad necesaria para consentir, o bien cuando se encuentra en una situación de presión en la que su consentimiento queda invalidado. Así, entran en juego las reglas de la imputabilidad penal como punto de referencia para decidir si el consentimiento resulta imputable a la víctima en términos normativos, a fin de delimitar los ámbitos de responsabilidad entre víctima y autor dentro del contexto objetivo de un acontecer fáctico<sup>47</sup>. Merece destacarse con toda claridad que en el delito de trata de personas la propia esencia de la explotación importa que nunca exista organización conjunta entre ambos sino que, por el contrario, la víctima se vea incluida en la configuración de una actividad que debe atribuirse al autor, siendo éste a quien debe imputársele el potencial lesivo de la misma<sup>48</sup>.

En ese sentido, debe resaltarse que el consentimiento de la víctima, para tener validez en derecho penal, nunca puede implicar una despersonalización originada en una disposición

---

<sup>43</sup> Véase MAPELLI CAFFARENA, Borja, “*La trata...*”, cit., pp. 30 y ss. Se analiza allí de modo preclaro el comúnmente conocido como *Protocolo de Palermo*, por lo que a tal aporte nos remitimos.

<sup>44</sup> Es contundente TAMARIT SUMALLA cuando afirma que “*En el aspecto jurídico, asistimos a una evolución en la concepción de la vulnerabilidad. La visión estática, etiquetadora y diferenciadora, en que la condición de especialmente vulnerable se reconocía de modo automático a dos colectivos, menores de edad e incapaces, y se negaba de modo absoluto al resto de colectivos, cede paso a una concepción dinámica en que se requiere una evaluación de las circunstancias individuales de la víctima y una determinación de las necesidades concretas de protección (...)*” Así TAMARIT SUMALLA, Josep, *Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad*, publicado en revista *In Dret*, Barcelona, 2013, p. 12.

<sup>45</sup> Es ilustrativa la sentencia de ROXIN en cuanto afirma que, en determinados casos, “*...la víctima debe ser protegida también de sí misma...*”. Véase ROXIN, Claus, “*Derecho Penal...*”, cit., p. 529.

<sup>46</sup> Cfr. CANCIO MELIA, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1998, pp. 347-348.

<sup>47</sup> Claro CANCIO MELIA, Manuel, “*Conducta...*”, cit., pp. 357 y ss.

<sup>48</sup> Similar CANCIO MELIA, Manuel, “*Conducta...*”, cit., pp. 369-370.

inadmisible de su dignidad<sup>49</sup>. Los hombres nunca pueden ser reductibles a cosas, debiendo reconocerse en la praxis política, legislativa y jurisdiccional ciertos aspectos intangibles que se reconocen como propios de las personas y que deben ser respetados, pues no dependen de una creación fundada en la voluntad del poder sino que éste ha de protegerlos y desarrollarlos para asegurar su legitimidad<sup>50</sup>. Entiende SPAEMANN desde la filosofía práctica que el hombre no ostenta valor sino dignidad, pues los valores son intercambiables y comparables mientras que la dignidad debe considerarse “*la propiedad merced a la cual un ser es excluido de cualquier cálculo por ser él mismo medida de cálculo*”<sup>51</sup>. Así, la persona sería sólo por su condición de tal epicentro de una dignidad en sentido estático, en tanto se le reconoce un particular estatuto existencial dentro del orden de los seres que lo ubica en una jerarquía superior y preferencial<sup>52</sup> que ésta no puede resignar. El hombre es más que sus relaciones de producción, sociales o políticas y su horizonte tiende a una expansión que supera esos contextos. Por eso tiene derecho a estar a solas, a tomar distancia o reflexionar sobre sí, a un ámbito de privacidad y a trazar por sí mismo los desarrollos de aspectos esenciales de su vida<sup>53</sup>. Cualquier consecuencia restrictiva de derechos provocada por la coacción estatal debe tener ello en consideración, pero la importancia de ese marco conceptual es tal que ni siquiera la propia persona puede renunciar a ello. Entenderlo de otro modo supondría avalar desde la elaboración dogmática procesos de despersonalización inadmisibles.

Asimismo, no puede obviarse que si el límite del consentimiento viene dado por su propio fundamento vinculado a la autodeterminación personal ligada a la libertad, justamente delitos como el estudiado, en tanto suponen por definición su negación, deben encender alarmas. Consentir la pérdida de libertad debe necesariamente llamarnos la atención. La preservación de ésta también constituye (al igual que lo ya analizado en relación a la dignidad) un interés social al margen de la capacidad de disposición individual, al ser base de sustentación de una convivencia entre ciudadanos gobernada por relaciones sociales entre iguales<sup>54</sup>. Con toda claridad sostiene SANCHEZ-OSTIZ al analizar la libertad antropológica que “... *La vida social parte del presupuesto de que somos libres, de que nuestro existir no se halla regido por un destino inexorable. Esto es lo que permite reconocer el obrar humano: porque se rige por pautas que posibilitan después la imputación de algo*

---

<sup>49</sup> La tutela de la misma constituye un principio material, en tanto enunciado normativo con pretensiones de validez y aplicación caracterizado por ser origen de otras decisiones jurídicas a las que da sentido. La positivización que ostenta coopera a la obtención de consenso y aceptación. Así SANCHEZ –OSTIZ, Pablo, *Principios y reglas de las decisiones de la política criminal*, publicado en Revista Persona y Derecho de la Universidad de Navarra (España) n° 56 (2007), pp. 71-72. La recepción positiva del principio puede verse en YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2014, pp. 265 y ss.

<sup>50</sup> Así YACOBUCCI, Guillermo, “*El sentido...*”, cit., p. 267.

<sup>51</sup> SPAEMANN, Robert, *Lo natural y lo racional*, Rialp, Madrid, 1989, pp. 45 y ss.

<sup>52</sup> Cfr. YACOBUCCI, Guillermo, *La deslegitimación de la potestad penal*, Abaco, Buenos Aires, 2000, pp. 338 y ss. El autor también trata la dignidad en un sentido dinámico, que hace foco en el modo según el cual la concreta persona ejercita su libertad dentro del campo social, generándose como consecuencia juicios de valor en ese nivel.

<sup>53</sup> Tal visión en YACOBUCCI, Guillermo, “*El sentido...*”, cit., p. 267.

<sup>54</sup> Similar BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal Parte General* (4° ed.), PPU, Barcelona, 1994, pp. 304 y ss.

a alguien y su inmediata valoración. Esa normatividad del actuar humano posibilita la vida social misma, y hace que tenga sentido proyectar el futuro...”<sup>55</sup>. Pero además, dentro de la síntesis de la libertad tiene su lugar la *voluntariedad*, que no viene dada al ser humano por su mero carácter de tal sino que se logra en cada caso adoptando pautas a conciencia de lo que se hace, es decir, adoptando pautas como motivos vinculantes que evidencian un compromiso con el objeto del obrar percibido como bien. En suma, esa libertad accesible a la imputación humana se entiende como capacidad de compromiso con el bien, captando el agente la peculiar relación de sentido en lo que hace y decidiéndose precisamente en virtud de tal relación<sup>56</sup>.

Resulta esencial a efectos de profundizar nuestro punto de vista el acudir a la noción de control. Cada riesgo que se suscita en la sociedad es pasible de ser imputado a una persona determinada sólo en tanto ésta ostente un control objetivo sobre el mismo o bien, por defecto, ingrese en su competencia tal neutralización. Ello así dado que una persona en derecho (*Rechtsperson*) no es ni más ni menos que un centro de imputación<sup>57</sup> que permite analizar en clave social cada uno de sus comportamientos. Se nace en un mundo coexistencial, y todos nos volvemos personas a partir de las exigencias de responsabilidad que rigen tal contexto<sup>58</sup>. De este modo, la imputación de un determinado comportamiento siempre supone que exista una persona que posea, aunque sea compartido con otro agente, el control del contexto fáctico. Sólo así podremos decir que se trata de una obra suya, entrando de lleno en el campo de la propia esfera de organización del sujeto en sus cosas<sup>59</sup>.

---

<sup>55</sup> Ver SANCHEZ-OSTIZ, Pablo, *La libertad del Derecho penal: ¿de qué hablamos cuando decimos libertad?*, publicado en revista In Dret, Barcelona, 2014, p. 14.

<sup>56</sup> La distinción entre volición y voluntariedad en tanto síntesis de la libertad está muy lúcidamente abordada en SANCHEZ-OSTIZ, Pablo, “*La libertad...*”, cit., pp. 15 y ss. Recomendamos la lectura del aludido aporte a efectos de clarificar la amplia polisemia que ostenta el tópico de la libertad en nuestra disciplina.

<sup>57</sup> Sostenía KANT que “*Imputación (imputatio)* en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (*causa libera*) de una acción, que entonces se llama acto (*factum*) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (*imputatio iudiciaria*), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (*imputatio diiudicatoria*). La persona (física o moral) competente para imputar judicialmente se llama juez o también tribunal (*iudex. s. forum*)”. Cfr. KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 35.

<sup>58</sup> Así CANCHO ESPINAL, Ciro, *Algunas consideraciones sobre el concepto de persona en el Derecho penal*, publicado en Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales n° 6 (2005), pp. 114 y ss.

<sup>59</sup> Cfr. LUZON PEÑA, Diego, *Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo*, publicado en Revista Nuevo Foro Penal Vol. 6, N°74, enero –junio 2010, Universidad EAFIT (Medellín), pp. 75 y ss. Se estudian en la doctrina especializada cada vez con mayor ahínco los fenómenos conocidos como de *persuasión coercitiva*, haciendo foco en las sectas criminales que sirven de antecedente para la comisión de determinados delitos –fin en su seno. La dinámica comienza allí con la captación o reclutamiento de personas susceptibles de entrar en una determinada tipología sectaria. Posteriormente se somete al adepto a técnicas fisiológicas y psicológicas de persuasión extremas, y finalmente se le intimida si no funcionan las anteriores. Las técnicas o estrategias de persuasión o de influencia no son estrictamente injustas o delictivas sino muchas veces mundanas, pero la unión de varias, su frecuencia, intensidad, finalidad o contexto riesgoso limitan la capacidad de obrar de los individuos al hacerlos víctimas de lo que se conoce como “engaño coercitivo”. El modo correcto de su tipificación penal es objeto de vivo debate. Ver al respecto

En ese sentido, consentir una despersonalización supone ceder de modo permanente el control sobre la propia existencia, afectando la dignidad en sentido estático que a cada hombre le corresponde desde su nacimiento. La conclusión ineludible es que ese consentimiento no puede ser imputado a la persona; se trata de mera naturaleza no susceptible de producir sentido comunicativamente relevante en una configuración social signada por la interrelación personal. Una aproximación al juicio eminentemente adscriptivo de la imputación no puede darse de modo ontológico, al no ser la causalidad la categoría que debiera proveer el sustrato óntico a una posible relación de imputación. Este juicio se halla en rigor integrado por reglas que enuncian las condiciones de las cuales depende que la correspondiente atribución de responsabilidad se encuentre justificada<sup>60</sup>. En esa línea, la dogmática penal humanista jamás podrá avalar una despersonalización por propia decisión; la condición de *persona* (en tanto tal, digna y autodeterminada) debe en todo caso resultar indisponible para el derecho, por lo que cualquier consentimiento en sentido opuesto se verá en la imposibilidad de ser a ella imputado, provocándose así su irrelevancia en términos normativos. Así es que la tipicidad prevista en el artículo 145 bis del Código Penal argentino no podrá ser por tal motivo situacionalmente cancelada.

---

BARDAVIO ANTON, Carlos, *La relevancia típica de la "persuasión coercitiva": propuesta de tipificación*, publicado en Revista LA LEY Penal n° 128, Editorial Wolters Kluwer, septiembre-octubre 2017, pp. 3 y ss.

<sup>60</sup> Así MAÑALICH, Juan Pablo, *El concepto de acción y el lenguaje de la imputación*, publicado en Revista DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n° 35 (2012), pp. 676-677.