



TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

TRATA DE PERSONAS CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL EN ARGENTINA

TUTOR DE LA CARRERA: DRA. CANTARERO, MARÍA EUGENIA.

MACAGNO, FLAVIA ANTONELLA.

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO XXI.

ABOGACÍA.

CÓRDOBA.

2015.

A mi familia, mi padre Omar, y en especial a mi hermosa hija, Eugenia, que cambió mi mundo y me dio siempre la fortaleza y perseverancia para seguir adelante.

RESUMEN

Mediante el término trata de persona, se hace referencia al comercio de seres humanos con fines de explotación abusando de la vulnerabilidad de otros, con fines de lucro. Se trata de un delito de gran relevancia a nivel internacional, que involucra cientos de personas en todo el mundo y para el que se requiere un tratamiento exhaustivo y mancomunado de todas las instituciones gubernamentales. La presente obra asume el desafío de analizar los contenidos y alcances normativos del delito de trata de personas con fines sexuales en Argentina y el tratamiento que el ordenamiento jurídico le da al consentimiento de la víctima. Para ello debemos adentrarnos en la normativa existente a lo largo de los años y analizar acabadamente cada uno de sus aspectos.

ABSTRACT

By the term human trafficking, referring to the trade in human beings to exploration purposes, abusing the vulnerability of some people for profit. It is a crime of great international importance, involving hundreds of people around the world and required a comprehensive and joint treatment of all government institutions. This work takes up the challenge of analyzing the content and scope of regulatory offense of trafficking for sexual purposes in Argentina and treatment that the law gives the consent of the victim. So we must delve into the existing regulations throughout the years and analyze in detail each of its aspects.

ÍNDICE

- Introducción.....7

CAPÍTULO I

- Concepto del delito de trata de personas.....12
- El bien jurídico tutelado en la trata de personas.....15
- Factores que impulsan la trata de personas.....17
- Distinción entre los delitos de trata de personas y tráfico de personas.....19

CAPÍTULO II

- Antecedentes históricos de la trata de personas en Argentina.....23
- Legislación nacional:
 - Constitución Nacional, artículo 14.....25
 - Ley 12.331 de Profilaxis Antivenérea.....26
 - Incorporación del delito de trata de personas al Código Penal.26
 - Ley nacional 26364 y su modificatoria por la ley nacional 26842.....28
 - El modelo antropocéntrico: una propuesta para el abordaje del delito de trata.....35

CAPÍTULO III

- INSTRUMENTOS INTERNACIONALES
- Ley 25634 (Convención Internacional contra la delincuencia organizada transnacional) y sus protocolos.....37
- El Anteproyecto de Código Penal 2014 y el paradigma internacional en torno a la trata 41

CAPÍTULO IV

- Delito de trata de personas y sus agravantes.....44
- Explotación económica de la prostitución ajena.....48
- Delito de promoción y facilitación de la prostitución ajena.....49
- Promoción y facilitación de la prostitución de mayores y menores de dieciocho años. (art. 126).....52
- Causas de agravación de la pena en los delitos de promoción y facilitación de la prostitución de menores de edad.53
- Delito de proxenetismo.53

▪ Diferencias entre rufián y proxeneta.....	54
▪ La eficacia del consentimiento de la víctima en el delito de trata de personas.	55
▪ Violencia de género desde la perspectiva de la trata de personas.....	56
▪ Asistencia a las víctimas de trata de personas.	57
▪ Competencia en el juzgamiento de estas ilicitudes.....	59
▪ Condiciones especiales para el testimonio.....	60
▪ Confidencialidad de las actuaciones.....	61
▪ Medidas precautorias.....	61
CAPÍTULO V	
▪ Ley provincial 10.060.....	63
▪ ANEXO JURISPRUDENCIAL	
▪ Reseña del fallo “Rossina”.....	67
▪ Análisis del fallo “G., S. M.”.....	70
▪ Conclusión final	77
▪ Bibliografía	82

INTRODUCCIÓN.

La trata de personas es definida por nuestra legislación nacional como el ofrecimiento, la captación, el traslado, recepción o acogida de personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia fuera.

Este delito puede rastrearse varios años atrás, en las civilizaciones antiguas bajo la forma de esclavitud, entendiéndose ésta como la situación en la cual un individuo esta bajo el dominio de otro perdiendo de esta manera toda capacidad de disponer libremente de sí mismo. Pese a que nuestra Constitución Nacional en 1853 elimina toda forma de esclavitud, y declara libre a toda persona que se encuentre en esta situación, han sobrevivido diversas formas poco visibles de esclavitud y servidumbre, algunas de orden laboral y otras tan aberrantes como la explotación sexual. Asimismo, durante años conceptualmente dicho delito fue asociado al concepto *trata de blancas*, lo cual implicaba restringir el concepto al plano sexual y referido a las mujeres. En la actualidad, el concepto jurídico de trata de persona se posee una definición “de aceptación generalizada incluyendo diferentes modalidades de explotación como la sexual, laboral y extracción de órganos, contemplando ahora cualquier persona como posible víctima” (Messio, 2015, p. 31).

Esta última forma de esclavitud tiene una modalidad de captación particular, comienza con el reclutamiento y sigue con la extirpación de la persona, su familia y su entorno; se las traslada hacia el lugar de destino, donde son sometidas sexualmente por dinero.

La trata de personas o comercio de personas, es un negocio de gran movimiento económico, su principal objeto es el ser humano, especialmente mujeres y niños. Se trata de un fenómeno mundial que ha ido avanzando en los últimos tiempos a pasos agigantados. Argentina es considerada como un país de destino de estas mujeres y niños víctimas de las grandes redes criminales, que llegan engañados y terminan siendo explotados. Una de estas formas de explotación es la sexual.

En este sentido, la trata de blancas fue una de las primeras manifestaciones de delincuencia organizada, creando una gran alarma social que lleva a que en el año 1913 se promulgara la Ley Palacios N° 9143 con el principal objetivo de acabar con la corrupción de miles de mujeres, esta ley fue el primer intento legislativo para combatir la prostitución de mujeres y niños.

Lo cierto es que con anterioridad a esa fecha existía el Reglamento de Prostíbulos de Buenos Aires, dictado en 1875, el cual establecía que en los prostíbulos no se admitían mujeres menores de 18 años de edad, salvo que se hubiesen iniciado en la prostitución anteriormente. Implicaba una verdadera hipocresía ya que podía haber menores de edad siempre que se hubieran entregado a la prostitución tempranamente.

La Ley Palacios implica una modificación a algunos incisos de la ley 4189 del año 1903, conocida como la Ley de Reformas.

En su primer artículo la vieja Ley Palacios establecía la modificación a la algunos incisos de la ley 4189, modificándose las penas correspondientes a los autores de los delitos de prostitución sobre menores o mayores de edad y estableciendo un importante aumento en caso de que mediare violencia, amenaza, abuso de autoridad, entre otras formas de intimidación; o en el caso de que exista alguna relación de parentesco entre la víctima y el autor del hecho.

Luego, con la sanción de Ley de Profilaxis Antivenérea del año 1937, se intentó por un lado velar por la salud pública, y por el otro se buscaba instalar una herramienta para la lucha contra la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena. Esta gran repercusión que ocasionó la trata de personas se traduce en una lucha de años por intentar la abolición de esta forma de explotación, lucha que involucra tanto gobiernos, como diversas generaciones y clases sociales.

En 1968 se introduce el delito de explotación de la prostitución ajena por medio de la ley 17567. Se establece una pena que va desde los 3 a los 6 años de prisión o reclusión para quien promoviere o facilitare la entrada o salida del país de mujeres o menores de edad para el ejercicio de la prostitución.

En el año 1976 se sanciona la reforma a esta ley, a través de la ley 21338 y el delito queda limitado a la trata internacional. Solamente se reprimía la promoción o favorecimiento de la entrada o salida del país de mujeres o niños para que ejerzan la prostitución, agravándose la figura penal por el uso de medios fraudulentos, violencia o la existencia de vinculación alguna entre los sujetos pasivos y activos. En 1984 con la derogación de esta ley, se vuelve a la instancia original, retornando a un vacío normativo en la materia dentro del amplio abanico punitivo.

Por ello, era necesario adoptar una legislación a las nuevas exigencias y corregir las lagunas existentes. Se logra con el dictado de la ley 25087, del año 1999, donde se contemplan dos intereses en juego afectados con el delito de trata; el que afecta la libertad de las personas y la integridad sexual de las mismas.

Esta ley introduce importantes modificaciones al reformar el art.127 bis y 127 ter del Código Penal, se aumentan las penalidades y se acerca a las normas actuales, con características similares.

En su art.127 bis establecía la pena correspondiente para quien promoviere o facilitare la entrada o salida del país de un menor de 18 años, agravándose en caso de que fuese menor de 13 años.

Por su parte el artículo 127 ter, tipificaba la trata de personas en mayores de 18 años de edad.

Como puede observarse, en la legislación Argentina, se debió recorrer un largo camino hasta lograr la inclusión de este delito en el ordenamiento jurídico. Así finalmente se llega a la sanción y promulgación de la actual ley 26364 el 29 de abril de 2008, conocida como “Ley de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas”, derogando de esta manera la vieja ley 25087.

La nueva legislación fue muy bien recibida por un sector de la doctrina, y muy cuestionada por otro, entendiéndose que no castigaba al delito con la severidad que era necesaria, claro ejemplo de ello lo encontramos en su artículo 145 bis, donde se establecen penas que varían entre los 3 y los 10 años de prisión, por lo que permiten esperar el resultado de un eventual proceso en total libertad.

El 11 de marzo de 2009 el Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina sancionan la Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales. Tiene por objeto promover la eliminación de toda forma de discriminación entre mujeres y varones, garantizar el derecho de las mujeres de vivir una vida sin violencia y otorgarles acceso a la justicia, y asistencia integral a las mujeres que la padecen.

Debido a los pormenores que surtía la ley del año 2008, en el año 2012 se dicta la nueva normativa vigente en la actualidad, la ley 26842, introduciendo algunas modificaciones; se aumentan las sanciones para este delito y expresamente excluye el consentimiento de la víctima como eximente de responsabilidad.

En el presente trabajo de investigación, se desarrollará esta problemática a lo largo de los diferentes capítulos teniendo como fin principal responder a la pregunta de investigación planteada: ¿Cuáles es el contenido y el alcance normativo del delito de trata de personas con fines sexuales en Argentina? ¿Qué tratamiento le da el ordenamiento jurídico argentino al

término “consentimiento” en relación a la trata de personas con fines de explotación sexual? Respecto del primer interrogante se realizará un análisis crítico sobre la visión reduccionista con la que la legislación y el pensamiento penal han tratado la problemática jurídica, recurriendo a modelos que no indagan sobre la etiología del delito en forma integral, así las cosas, este trabajo final de grado estudiará el modelo antropocéntrico a los fines de propiciar una visión integral sobre el delito de trata de personas, anticipando desde ya la relación inescindible entre la prostitución y este tipo de ilícito. Anticipadamente se dirá que el modelo de marras es una propuesta superadora del prohibicionista, reglamentarista y abolicionista que centra su visión en la ética dialógica y respeta el libre albedrío de las personas como eje central de sus postulados, teniendo en cuenta el hecho de que la prostitución es un factor decisivo a la hora de diseñar políticas públicas para la erradicación del delito de trata, ya que la oferta y demanda del comercio sexual constituyen el contexto ideal para la materialización de este tipo de ilicitud (Messio, 2015).

Sobre la cuestión del consentimiento, la legislación argentina ha marcado un notable avance conforme a la legislación internacional vigente en materia de derechos humanos receptada por el artículo 75 inc. 22 de la Carta Magna. Sin duda alguna la postura del legislador argentino al asignar ningún valor al consentimiento en el tipo penal constituye uno de los grandes avances en la materia, pues “importa resaltar la dignidad de la persona humana como atributo de su ser y como valor supremo indisponible tanto para el Estado como para terceros” (Messio, 2015, p. 36).

Conforme lo dicho con anterioridad el primer apartado gira en torno a los conceptos básicos para comprender el tema, como el de trata de personas con fines sexuales, el bien jurídico tutelado por la norma.

En el capítulo II, se dará un panorama general de la evolución que ha tenido este delito a lo largo de la historia Argentina y la normativa vigente a nivel Nacional, en el capítulo III se tratan normas internacionales al igual que el Anteproyecto de Código Penal 2014. En el capítulo IV veremos los delitos que guardan una íntima relación con la explotación sexual humana, como son los delitos de promoción y facilitación de la prostitución ajena y el delito de proxenetismo, también se desarrollará en esta parte las causas de agravamiento de la pena en el delito de trata de personas, la competencia judicial para el tratamiento y juzgamiento de estos delitos. Finalmente se cierra con el capítulo V con un anexo jurisprudencial y su respectivo análisis, una conclusión general en cuanto a la trata de personas con fines sexuales.

Por tanto, el fin de este trabajo de investigación, es analizar de manera exhaustiva el delito de trata de personas para su explotación sexual, la relación existente con la prostitución, sus antecedentes legislativos, y las últimas reformas en la materia. Para ello nos planteamos dos tipos de objetivos a seguir, objetivos generales y objetivos específicos. El primero de ellos corresponde a analizar el delito de trata de personas para su explotación sexual y su estrecha vinculación con la prostitución; alcances normativos y las últimas reformas penales. En cuanto a los objetivos específicos explicar que se entiende por trata de personas con fines sexuales, describir brevemente los factores que impulsan la trata de personas y explicar la evolución del Derecho nacional relativo a la trata de personas hasta nuestros días.

CAPITULO I

Concepto de trata de personas.

La Convención de Palermo nos brinda un concepto de lo que se entiende por trata de personas al decir:

“Por trata de personas se entiende la captación, el transporte, el traslado, la acogida o recepción de personas, recurriendo a las amenazas o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación” (Convención de Palermo).

Por otro lado, en la definición del delito de trata de personas que nos brinda la actual ley 26364, en consonancia con la última reforma operada por la ley 26842, se ha prescindido de enumerar las modalidades de captación, traslado y recepción de personas, que normalmente se utilizan en este tipo de delitos, es decir, que ya no hace referencia al uso de la violencia, la amenaza, el fraude, el abuso de poder o una situación de vulnerabilidad de la víctima. Se ha creído innecesario realizar una mención de todos ellos, ya que la naturaleza de este ilícito presupone el uso de dichos medios, además de que ya no posee eficacia jurídica el consentimiento prestado por el titular del bien jurídico protegido. Actualmente en consonancia con la última ley mencionada el delito de trata está contenido en el artículo 145 bis (trata de personas tipo básico) y 145 ter (trata de personas agravada) del Código Penal Argentino redactados de esta manera:

ARTICULO 145 bis: 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 mediere el consentimiento de la víctima.

ARTICULO 145 ter. - En los supuestos del artículo 145 bis la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, cuando:

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

2. La víctima estuviere embarazada, o fuere mayor de setenta (70) años.

3. La víctima fuera una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma.

4. Las víctimas fueren tres (3) o más.

5. En la comisión del delito participaren tres (3) o más personas.

6. 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.

7. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

Cuando se lograra consumir la explotación de la víctima objeto del delito de trata de personas la pena será de ocho (8) a doce (12) años de prisión.

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

El régimen anterior previsto por la ley nacional 26.485 establecía lo siguiente:

EX ARTÍCULO 145 BIS: El que capture, transportare o trasladare, dentro del país o desde o hacia el exterior, acogiere o recibiere personas mayores de dieciocho años de edad, cuando mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro 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, con fines de explotación, será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años.

La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de prisión cuando:

1. El autor fuere ascendiente, cónyuge, afín en línea recta, hermano, tutor, persona conviviente, curador, encargado de la educación o guarda, ministro de algún culto reconocido o no, funcionario público;

2. El hecho fuere cometido por tres (3) o más personas en forma organizada;

3. Las víctimas fueren tres (3) o más.

EX ARTÍCULO 145 TER: El que ofreciere, capture, transportare o trasladare, dentro del país o desde o hacia el exterior, acogiere o recibiere personas menores de dieciocho (18)

SEMINARIO FINAL

años de edad, con fines de explotación, será reprimido con prisión de cuatro (4) a diez (10) años.

La pena será de seis (6) a quince (15) años de prisión cuando la víctima fuere menor de trece (13) años.

En cualquiera de los supuestos anteriores, la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión, cuando:

1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, 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, cónyuge, afín en línea recta, hermano, tutor, persona conviviente, curador, encargado de la educación o guarda, ministro de algún culto reconocido o no, o funcionario público;
3. El hecho fuere cometido por tres (3) o más personas en forma organizada;
4. Las víctimas fueren tres (3) o más.

El doctor Maximiliano Hairabedián (2013) realiza una síntesis respecto al impacto que provocó la reforma del año 2012 en el tipo penal de trata de personas, señala principalmente que a partir de dicha modificación “Es irrelevante el consentimiento de la víctima en todos los casos. En tanto que los medios comisivos que fijaba el sistema anterior (engaño, violencia, etc.) como requisitos típicos para la trata de mayores, actualmente pasaron a ser calificantes (p. 24). Asimismo señala que “se elimina la tipificación por separado de la trata de mayores y menores con sus respectivas agravantes, el tipo básico ahora comprende ambas tratas y dentro de las calificantes hay una específica para los delitos de víctimas de menores” (p. 24).

La técnica legislativa adoptada por el legislador fue elogiada en distintos círculos académicos ya que introdujo, además de las mencionadas, las siguientes modificaciones:

El tipo básico sumó la acción de ofrecimiento (antes sólo previsto para menores) y la recepción. Se incorporaron como nuevas agravantes: autor descendiente de la víctima (anteriormente sólo se preveía el ascendiente); o cuando sea autoridad de algún culto (antes se contemplaba sólo al ministro), miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria (que en realidad ya estaban comprendidas en la calificante de funcionario público. También si la víctima está embarazada, o es mayor de 70 años, discapacitada, enferma o no pueda valerse por sí misma. La agravante por la intervención de tres o más personas ya no exige que hayan actuado de manera organizada. Una novedosa calificante introducida es aquella que se

configura cuando se consuma la explotación que se perseguía. Se eliminó la diferencia punitiva que la ley anterior imponía cuando la víctima era menor de 13 años. Las penas se elevaron. Se incorporó expresamente el decomiso de los bienes muebles e inmuebles donde se mantuvo a la víctima privada de libertad u objeto de explotación (Hairabedián, 2013, p. 24 y 25).

De la comparación de las normas transcritas puede decirse que las acciones típicas se han ampliado con la última reforma que introduce el ofrecimiento y la recepción al tipo básico, así pues el delito de trata, como se verá infra, es un delito que posee un tipo alternativo, pues con la sola realización de cualquiera de los verbos típicos queda configurado el ilícito. Debe aclararse igualmente que la comisión de dos acciones típicas no multiplica la criminalidad del hecho, en todo caso esta situación impactará a la hora de graduar la pena conforme los artículos 40 y 41 del Código Penal.

El bien jurídico tutelado en la trata de personas.

Este delito ha sido incorporado por el legislador en el Código Penal dentro de los delitos contra la libertad, pero a pesar de ello es posible agregar como bien jurídico tutelado por las normas y con igual intensidad que la libertad, a la dignidad de la persona, al ser reducida a un objeto de transacción, es decir, la cosificación económica de la persona tratada. Sobre este aspecto deben tenerse en cuenta las disquisiciones hechas por Maximiliano Hairabedián (2015) en su obra *Tráfico de Personas*, quien sostiene que “aunque la libertad es un concepto que presenta múltiples sentidos, la protección penal abarca tanto el libre despliegue de la conducta humana, como las zonas más íntimas y espirituales del hombre” (p. 21), agrega el autor mencionado que la libertad “es la facultad de todo individuo de poder conducirse de un modo o de otro, o de abstenerse de hacerlo, conforme con sus propias determinaciones” (p. 21).

En consecuencia, lo trascendente es garantizar la libre determinación individual del ser humano que se ve afectada en estos casos. Es así, que el principal objetivo de las disposiciones penales es sancionar aquellas conductas que lesionan la libre y voluntaria determinación de las personas, en tanto dicho ataque persigue finalidades denigrantes y contrarias a la dignidad humana.

Lo dicho encuentra sustento en los debates parlamentarios referidos a la sanción de la ley 26.364 que incorporó al Código Penal el artículo 145 bis y ter, en efecto se ha dicho en la Cámara de Diputados de la Nación que la trata es un delito que viola:

... los derechos humanos básicos de las víctimas a estar libres de explotación, a estar libres de un trato cruel e inhumano, a estar libres de la discriminación basada en el género, y a estar libres de violencia. Asimismo, se viola el derecho a la salud, a la educación y a la libertad de movimiento; en definitiva a una vida digna... (D'Alessio, 2009, p. 459)

Sobre la cuestión la jurisprudencia ha resuelto que se trata de un delito asimilable a una privación ilegítima de la libertad calificada, así pues se ha dicho:

... el delito de trata de personas no es ni más ni menos que una forma coactiva o fraudulenta de restringir la libertad ambulatoria de la víctima, que es orientada a alguna de las específicas intenciones del autor... se ha construido con este nuevo tipo penal una especie de privación ilegal de la libertad calificada por la finalidad de “explotación” tal como reza el Protocolo de Palermo...¹

D'Alessio (2009) entiende que en realidad lo que se protege con la norma es principalmente la autodeterminación de la libertad de las personas, pues en definitiva de la libertad plena, es decir la libertad entendida como una forma de conducir un proyecto de vida, es uno de los pilares donde se asienta el concepto de dignidad humana.

Por último cabe citar lo dicho por Hairabedián (2015) como conclusión sobre la temática del bien jurídico protegido:

En síntesis, la conceptualización de libertad permite concluir la importancia que ha tenido la limitación de la libertad que este tipo de delincuencia genera en las víctimas, a la hora de decidir el legislador su ubicación en la sistemática del Código Penal. Y ello se relaciona con la denominación general de “moderna esclavitud” que se le asigna al fenómeno (Hairabedián, 2015, p. 21 y 22).

¹ CFed. Mar del Plata, “Aguirre López, Raúl y otros s/inf. Art. 145 bis, 1º párr.” L.L. 171-A (2009)

Factores que impulsan la trata de personas.

La trata de personas como un fenómeno delictivo que traspasa fronteras no se presenta con la misma intensidad en todos los ámbitos. Existen factores económicos, sociales, ideológicos y geopolíticos que determinan la trata de personas.

Se centra principalmente en la condición de vulnerabilidad de las personas tratadas, su condición social y económica muchas veces provocan que se vean en la necesidad de ingresar en la cadena de explotación humana. También se reconoce un fin económico, las organizaciones criminales procuran un lucro con la actividad, reduciendo a las personas a una mera mercancía de uso sexual.

Los factores económicos aparecen identificados con la globalización de los mercados, la pobreza, la disminución de la oferta de trabajo y la necesidad migratoria para poder subsistir. Entre los factores sociales, la desigualdad social, la discriminación por edad, género o condición y la prostitución. Sobre estos factores económicos y su influencia en el proceso delictual se ha dicho que:

La pobreza se destaca como un factor alterno que propicia que un individuo asuma la condición de víctima, entendida aquella en sentido lato que refleje de alguna manera un modo de exclusión social y/o económica y/o cultural. De tal modo, la marginación de los individuos de la sociedad de la que forman parte produce en los mismos un sentimiento de frustración y un estado de necesidad impostergable que debilita su capacidad de discernimiento y compele a los mismos a sucumbir ante las maniobras ardidasas y delictivas de los explotadores sexuales y laborales. El fenómeno está directamente relacionado con: a) la exclusión social, causada con frecuencia por la desigual distribución del ingreso y del acceso a la justicia, y por la asimetría entre hombres y mujeres (advertiéndose que la mayoría de los casos de esclavitud y explotación se comenten contra mujeres, niñas y adolescentes, especialmente con fines de explotación de la prostitución); y b) las condiciones económicas imperantes, determinadas por la carencia de trabajo y la imposibilidad de procurarse medios para el sustento propio y familiar, estando las personas más proclives ser engañadas bajo la promesa de un futuro mejor o ser sometidas bajo violencia a la explotación (Messio, 2015, p. 112 y 113).

Las causas geopolíticas se vinculan con la guerra, la videncia y los conflictos sociales, ya que en muchas ocasiones el fenómeno se vincula a los flujos migratorios resultado de las políticas macroeconómicas que obligan a la búsqueda de sustento en otras regiones o países.

Otros factores que también influyen en la promoción de la actividad ilegal: la corrupción, la ausencia de controles o un grado de tolerancia de ciertas actividades marginales, una legislación inadecuada, etc. Respecto a estas causas del delito de trata es válido mencionar una problemática grave que gira en torno al reparto de competencias de poder de policía entre los tres niveles de gobierno en nuestro ordenamiento jurídico: régimen federal, provincial y municipal-ciudad autónoma. El interrogante ¿por qué municipios o comunas habilitan aquello que el estado nacional se comprometió a combatir y erradicar? se plantea a propósito de las ordenanzas, leyes o decretos de la órbita municipal y provincial que en un momento dado habilitaban prostíbulos bajo eufemismos a pesar de la prohibición de la ley 12.331 respecto de casas o locales donde se ejerza la prostitución o se incite a ella.

Lo dicho revela una deficiencia en el modo de construir políticas públicas para el combate efectivo de cualquier tipo de delitos, más allá de la trata, pues cada estamento gubernamental estaría en condiciones de permitir conductas prohibidas bajo ropaje legal-administrativo. Así las cosas, debe avanzarse en la construcción de políticas públicas integrales que legislativamente se diseñen teniendo en cuenta la interjurisdiccionalidad y el reparto de competencias, particularmente el delito de trata se ha comenzado a combatir mediante la prohibición por parte de los gobiernos locales de todos aquellos establecimientos donde presumiblemente se podría ejercer la prostitución, más allá de la efectividad o el cuestionamiento a la medida en sí misma lo cierto es que se ha logrado articular medidas que impactan en los tres niveles de gobierno antes mencionados (Messio 2015; Pivas, 2013). Con respecto a este tópico la doctora María Angélica Pivas (2013, p. 127 y 128) afirma:

Entendemos que resulta imperioso que las provincias, municipios o comunas adecuen sus normativas a la nacional y supranacional, cumpliendo de esta forma con el mandato que nuestra Carta Magna establece en su artículo 31, la jerarquía en el ordenamiento de la República Argentina. En efecto, declara la supremacía de la Constitución Nacional por sobre todo el orden jurídico argentino. La Argentina es un país federal, donde la Constitución, las leyes de la Nación que se dicten en su consecuencia por el Congreso y los tratados internacionales están por encima del ordenamiento local, que debe subordinarse a esa supremacía. Así las cosas de mantenerse las actuales habilitaciones de prostíbulos debemos prevenirnos acerca de la desconstitucionalización y de la ruptura del principio de supremacía constitucional. Ello va más allá del dictado de leyes o actos administrativos inconstitucionales,

sino que también abarca a cómo ejercen sus atribuciones los funcionarios legítimamente elegidos.

Cabe aclarar que lo planteado respecto a los problemas del reparto de competencias y poder de policía se menciona en esta parte del trabajo a los efectos de evidenciar una de las causas que influyen en la proliferación del delito de trata, lo dicho no debe interpretarse como una visión reduccionista alrededor de la habilitación o no de prostíbulos, por el contrario lo planteado aquí pretende exponer la deficiencia en la construcción de políticas públicas efectivas.

Por otro lado, el factor motivacional juega un papel primordial, puesto que impulsa a una persona a trasladarse en la búsqueda de una mejor calidad de vida, siendo otro de los factores esenciales el gran avance tecnológico generado en los últimos tiempos que permiten ofrecer trabajos sexuales o laborales a través de las redes telemáticas. En relación a este factor se hace necesario mencionar al exitismo económico como aspecto influyente en el escenario delictivo, así pues la cultura del dinero fácil y los referentes sociales que constantemente aparecen en los medios masivos de comunicación como personas exitosas influyen en el modo de pensar de los sectores vulnerables de la sociedad:

La formación de subculturas de la delincuencia está motivada, entre otros aspectos, por el parámetro del éxito económico que intenta lograrse de manera rápida, coyuntural y con el menor esfuerzo posible, todo bajo el parámetro del “triunfador”. Bajo tal ropaje, dichos individuos incursionan en las modalidades delictivas a fin de captar voluntades de las personas vulnerables mediante diversos mecanismos inescrupulosos. En síntesis, el exitismo económico, la falta de escrúpulos, sumado al hecho de haber transitado un fallido proceso socializador y factores no menos relevantes tales como la impunidad y la corrupción, son variables del entorno social que ejercen una influencia determinante sobre el universo de individuos que se erigen en partícipes activos de las diversas modalidades de trata de personas con objetivos sexuales y/o laborales (Messio, 2015, p. 123).

Distinción entre los delitos de trata de personas y tráfico de personas.

El tráfico de personas consiste en la facilitación del ingreso irregular de una persona extranjera a un país diferente al de su nacionalidad, y con la ayuda de un tercero que recibe a cambio ciertos

beneficios que pueden ser dinero en efectivo. Esto se encuentra previsto en la ley 25.871 sancionada el 17 de diciembre de 2003:

Artículo 116: Será reprimido con prisión o reclusión de uno (1) a seis (6) años el que realizare, promoviere o facilitare el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a la República Argentina.

Se entenderá por tráfico ilegal de personas la acción de realizar, promover o facilitar el cruce ilegal de personas, por los límites fronterizos nacionales con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio.

Por lo tanto, las conductas típicas consisten en promover o facilitar. Por un lado, promueve quien incita o impulsa la permanencia procurando que esta se logre. Facilita el que la hace posible o más sencilla.

Se trata específicamente de una infracción a las normas migratorias que regular el ingreso y la salida del territorio nacional, como también la estadía de personas extranjeras en la república, esta condición de ilegal se adquiere cuando se ingresa al país violando las leyes de traspaso fronterizo.

La trata de personas por otro lado y a diferencia del tráfico de personas no requiere el cruce de fronteras de un país a otro, basta con que se produzca dentro del territorio nacional para que quede configurado el delito.

En ocasiones el tráfico ilegal de migrantes puede estar relacionado con la trata de personas, esto ocurre cuando los traficantes y tratantes forman una asociación que lucra ingresando a personas al país de manera ilegal y luego someténdolas sexualmente.

Patricia Messio (2015) propone distinguir conceptualmente estos delitos a partir de tres elementos característicos presentes en ellos: el consentimiento, la explotación y la transnacionalidad.

Respecto al primero de aquéllos debe decirse que el tráfico de personas queda configurado en virtud del asentimiento de las víctimas a pesar de las condiciones de peligro y humillantes en la que se realiza. En cambio en la trata las víctimas nunca han consentido o si lo hicieron inicialmente, ese consentimiento ha perdido su validez por los distintos modos de anulación de la voluntad por parte de los sujetos activos:

En la trata de personas, la relación de la víctima con el tratante surge de manera coercitiva o por medio de un engaño, siendo la privación de la libertad un requisito y el despojo de los documentos uno de los medios. En contraposición con esto, el tráfico ilícito de migrantes se produce con el consentimiento de la víctima, tornando aquí como indispensable el cruce de una frontera (Messio, 2015, p. 44).

Respecto a la explotación, la diferencia radica en que en la trata ésta es prolongada y no se agota con la llegada de las víctimas a destino, la situación de trata implica un abuso permanente que provoca graves consecuencias psico-físicas en la víctima al haber sido blanco de ultrajes que tuvieron como objetivo anular la voluntariedad de la persona para equipararla a una cosa generadora de dinero con período de vida útil y totalmente fungible:

En la trata de personas, la explotación implica como tal una actividad delictiva continuada en el tiempo que hace a su naturaleza, ya que se doblega la voluntad de la víctima de manera continua e ininterrumpida con el objetivo de menoscabar su poder de decisión y, por ende, se erige en un verdadero proceso de transformación de personalidad (Messio, 2015, p. 44).

La UNICEF en un trabajo titulado *Trata de personas y tráfico ilícito de migrantes en México y América Central* sostiene que:

En la trata de personas, la víctima – el sujeto pasivo – es siempre una persona, es decir que estamos ante un delito contra la vida, la dignidad, la libertad, en el que se incluyen elementos tales como la coacción, la violencia física y psíquica, el abuso, la explotación sexual y/o laboral, etc. En cambio en el tráfico ilícito de migrantes, el sujeto pasivo, es decir, el titular del bien jurídico protegido, es el Estado. Ello es así, ya que, en primer lugar, estamos en frente a un crece irregular de frontera, el cual, en todo caso, significa una infracción administrativa con consecuencias no penales para las víctimas, en el peor de los casos las autoridades de aplicación disponen el retorno compulsivo a sus países de origen (UNICEF, 2007, p. 8 y 9).

En cuanto al elemento transnacionalidad mencionado anteriormente como carácter que permite el distingo de las conductas prohibidas por el régimen penal, debe afirmarse que el tráfico ilícito es siempre de naturaleza transnacional mientras que la trata puede o no serlo, la trata no incluye necesariamente en la acción típica el cruce de fronteras:

Otro elemento que diferencia la trata de personas del tráfico ilícito de migrantes es el de los mecanismos de reclutamiento o contratación, y prestación de servicios. En el tráfico ilícito, el ofrecimiento de un cruce seguro de fronteras es un elemento fundamental. Puede darse a partir de la simple actividad de un agente ocasional o “guía” (también conocido como “coyote”), hasta la actividad más compleja de bandas internacionales que llevan migrantes de un continente a otro. Esto último es un complejo proceso que incluye la provisión de documentación, transporte, logística, alojamiento o empleo. Estas organizaciones suelen dedicarse tanto al tráfico ilícito de migrantes como a la trata de personas.

Para las situaciones de la trata de personas, los mecanismos y actividades desplegadas son mayores. Hay restricción de movimiento, engaño y coerción, pero, además, a las víctimas se les suele cobrar el hospedaje, la alimentación y el vestuario, por lo que se desarrolla un mecanismo de acumulación de deudas. También existen casos de tratantes que cambian los términos de los contratos iniciales y retienen documentos, dándose así origen a las condiciones de explotación (Messio, 2015, p. 43-45).

En consonancia con lo expuesto sobre las diferencias entre los delitos analizados, resulta interesante citar a las doctrinarias Flores y Romero Díaz (2009) que realizan su aporte sobre el asunto:

El tráfico ilícito no se realiza por coacción, ni fraude, ni engaño. El migrante ilícito busca esa colaboración para su ingreso por paso clandestino o con documentación irregular a cambio de un precio pero su voluntad migratoria no está viciada, su interés de cruzar la frontera e ingresar al país de destino es propio, espontáneo y auténtico (p. 57).

CAPITULO II

Antecedentes históricos. La explotación sexual en Argentina.

Existen tres sistemas o régimen legislativos antagónicos: el prohibicionista, el reglamentista y el abolicionista. El primero prohíbe la trata de personas y la prostitución, el segundo de los sistemas lo considera como un mal necesario, por lo cual se opta por regularla como una actividad lícita y los prostíbulos como una actividad comercial más que tributa al Estado, quien les concede la habilitación respectiva. Por último, el sistema abolicionista (al cual adhiere nuestro país) rechaza toda reglamentación de la prostitución. Las mujeres, niños o adolescentes que se muestran en estos lugares son considerados víctimas, y deben ser asistidos como tales.

En sus comienzos legislativos desde 1875 la ciudad de Buenos Aires sancionó la primera ordenanza reglamentarista respecto a las llamadas “casas de tolerancia”, la cual les asignó para funcionar un radio dentro de la ciudad y determinados requisitos de control sanitario, penalidades por infracciones, etc. El fin era evitar enfermedades venéreas pero resulto ineficaz y estimuló lo que entonces se denominó trata de blancas.

El 23 de septiembre de 1913 se promulga la ley 9.043 conocida como “Ley Palacios”, que penalizaba la explotación de la prostitución, protegía a las víctimas y combatía el flagelo.

En 1936 comienza para la Argentina el sistema abolicionista en cuanto a la reglamentación de los locales donde se ejerza la prostitución y con el dictado de la ley 12331 de profilaxis antivenérea, se prohíbe la instalación de prostíbulos en todo el territorio nacional.

El artículo 15 de dicha norma dice:

“Queda prohibido en toda la república el establecimiento de casas o locales donde se ejerza la prostitución, o se incite a ella”

Queda claro que la ley no disponía la abolición de la prostitución, sino la habilitación de la reglamentación correspondiente.

Hubo varios intentos de modificación en el sistema abolicionista, así el decreto 10638 del año 1944 modifica el artículo 17 de la ley 12331 y dispone:

“El simple ejercicio de la prostitución por la mujer en sus casa en forma individual o independiente, sin afectar el pudor público, no constituye delito, tampoco constituye delito el

ejercicio de la prostitución por la mujer, o el desarrollo de las tareas necesarias de gestión o administración realizadas por mujeres cuando se trate de actividades cumplidas dentro y para los establecimientos autorizados”

Luego, en el año 1965 el dictado de la ley 16.666 abrogó estas modificaciones, con lo cual cobró vigencia nuevamente el artículo 17 en su forma primigenia.

Lo cierto es que la punibilidad de la trata de personas fue establecida en varios acuerdos internacionales, pero nuestro Código Penal de 1921 contenía un vacío legislativo en la materia, a pesar de los numerosos convenios.

En el año 1976 se llega a la sanción de la ley 21.338 de reformas al Código Penal, donde se incluían dos normas diferentes; la primera en el artículo 127 bis introduciendo el delito de rufianería, sancionando a quien lucrara con la prostitución de una mujer, en otras palabras, se trataba de punir a quien vivió a expensas del trabajo de una mujer y generaba un estado por medio del cual debía trabajar para sostener económicamente al sujeto activo del delito. La segunda, a través del artículo 127 ter del Código Penal incriminaba la trata de personas propiamente dicha.

La ley 23.077 del año 1984 al derogar la ley 21.388 retoma al vacío normativo original del Código de 1921.

Posteriormente se sancionan numerosas leyes y convenciones internacionales procurando lograr un marco normativo que abarque estos ilícitos, así la ley 23.849 del año 1990 aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño, donde los Estados partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abusos sexuales. En el año 1994 se aprueba la Convención internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer por medio de la ley 24.632.

La ley 26.485 en su artículo número 1 dispone que se prohíban 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 sexuales.

Luego de varios años de vacíos legislativos, en año 1999 se sanciona la ley 25.087, que por intermedio del artículo 127 bis del Código Penal viene a modificar y ampliar lo que disponía la vieja ley 21.338:

“El que promoviere o facilitare la entrada o salida del país de menores de dieciocho años para que ejerzan la prostitución, serán reprimidos con reclusión o prisión de cuatro años a diez años. La pena será de seis o quince años de reclusión o prisión cuando la víctima fuere menor de trece años. Cualquiera fuere la edad de la víctima la pena será de prisión o reclusión de diez años a quince años 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 encargo de su educación o guarda”

Como se puede observar, el texto no incluía la trata interna, aquella que se realiza dentro del territorio nacional, sino aquella que se produce desde el exterior para que ejerza la prostitución en nuestro país por parte del sujeto pasivo y viceversa.

Estas disposiciones fueron nuevamente suprimidas por la modificación al Código Penal realizada a través de la ley 26.364 en el año 2008.

Cuatro años más tarde, a fines del año 2012, el delito de trata de personas alcanza su consagración definitiva con el dictado de la ley 26842, en donde los nuevos delitos son contenidos en los artículos 145 bis y 145 ter del texto punitivo, que tienden a tutelar el bien jurídico “libertad individual”, con probables afectaciones a otros bienes jurídicos como la integridad sexual, física o corporal en todas sus variantes.

El injusto se encuentra estructurado sobre la base de varias acciones alternativas, siendo suficiente el autor realice una de ellas para que el delito quede configurado, mientras que la producción de varias acciones típicas no multiplica la delictuosidad ni permiten considerarlo como un supuesto de reiteración delictiva.

Por otro lado, la nueva norma incrementa las penalidades, incluye la conducta del ofrecimiento que antes se reservaba para los menores de edad, extiende la extraterritorialidad para todas las acciones y no solo para el traslado, y excluye el consentimiento de la víctima como eximente de responsabilidad.

Legislación Nacional.

a) Constitución Nacional artículo 14.

En nuestra Constitución Nacional en su artículo 14, se les reconoce a todas las personas que habiten el suelo argentino el derecho a trabajar en su forma más amplia, a ejercer la industria lícita, a comercial, etcétera.

En la legislación Argentina se le da al trabajo una importancia que no se limita al solo aspecto material y económico, se le da un alto valor social e individual. En este sentido, todo el ordenamiento jurídico está dotado de un valor moral por lo que los actos jurídicos deben ajustarse a estos principios éticos, conformes a la moral y a las buenas costumbres.

De esta manera, resulta inconcebible que la prostitución sea considerada legalmente como un trabajo, la explotación de la prostitución es una forma de violencia contra las mujeres, una violación a los derechos humanos, no es un contrato entre un cliente y una mujer prostituta, entre empleador y empleada, ya que no existe aquí un consentimiento válido en situaciones de profunda desigualdad.

b) La explotación de la prostitución ajena en la Ley de Profilaxis Antivenérea.

La ley de profilaxis antivenérea fue sancionada en el año 1937 con dos objetivos claves, por un lado el tratamiento sanitario de las enfermedades venéreas en todo el territorio de la nación, velando por la salud pública; y por otro lado se tuvo en miras la lucha contra la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena.

Para el logro de estos fines, se dispone la creación en el Departamento Nacional de Higiene, de una sección denominada “profilaxis de las enfermedades venéreas” que se encontrará a cargo de un médico especializado en la materia y propenderá además al desarrollo de la educación sexual en todo el país.

El artículo 15 de la ley prohíbe el establecimiento de casas o locales donde se ejerza la prostitución. Por su parte el artículo 17 impone multas a quienes sostengan, administren o regenteen casas de tolerancia, y en caso de reincidencia se castiga con prisión de uno a tres años más la pérdida de la ciudadanía y la expulsión del país una vez cumplida la condena.

A partir de la vigencia de esta ley, Argentina se clasifica como un país abolicionista, no se reprime el ejercicio de la prostitución ni se reglamenta pero si se sanciona a todo aquel que lucre o explote el ejercicio de la prostitución ajena.

c) Incorporación del delito de trata de personas al Código Penal

Con el dictado de la ley 26.364, el Estado argentino da cumplimiento a uno de sus compromisos penales y procesales, especialmente se instituye el régimen penal de trata de personas.

Por medio del artículo 10 de dicha ley se incorpora al Código Penal el artículo 145 bis:

“ El que captare, trasportare, o trasladare dentro del país o desde o hacia el exterior, acogiere o recibiere personas mayores de dieciocho años de edad, 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, con fines de explotación, será reprimido con 3 (tres) a 6 (seis) años de prisión o reclusión. La pena será de 4(cuatro) a 10 (diez) años de prisión cuándo: 1. El autor fuere ascendiente, cónyuge, afín en línea recta, hermano, tutor, persona conviviente, curador, encargado de la educación o guarda, ministro de algún culto reconocido o no, o funcionario público; 2. El hecho fuere cometido por 3 (tres) o más personas en forma organizada; 3. Las victimas fueren 3 (tres) o más.”

También se incorpora el artículo 145 ter por medio del artículo 11 de la ley, el cual establece:

“El que ofreciere, captare, trasportare, o trasladare dentro del país o desde o hacia el exterior, acogiere o recibiere personas menores de dieciocho años de edad, con fines de explotación, será reprimido con prisión de 4 (cuatro) a 10 (diez) años. La pena será de 6 (seis) a 15 (quince) años de prisión cuando la víctima fuere menor de 13 (trece) años. En cualquiera de los supuestos anteriores la pena será de 10 (diez) a 15 (quince) años de prisión, cuando: 1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza, o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, 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, cónyuge, afín en línea recta, hermano, tutor, persona conviviente, curador, encargado de la educación o guarda, miembro de algún culto reconocido o no, o funcionario público; 3. El hecho fuere cometido por 3 (tres) o más personas en forma organizada; 4. La víctima fuere 3 (tres) o más.”

La definición de trata de personas tomada por la legislación Argentina ha sido la establecida por los documentos internacionales y se incorporan a nuestro Código Penal por medio de los artículos mencionados supra.

“La prostitución, por su parte, consiste en la entrega sexual por precio en forma habitual y a personas indeterminadas e indiscriminadas” (Palacio de Arato).

El ejercicio de la prostitución no está penalizado cuando se realice de manera individual e independiente, esto no constituye delito, y no corresponde confundirlo con la conducta que es desplegada por los sostenedores y administradores o regentes de la prostitución.

d) Ley nacional 26.364 y su modificatoria por la ley 26.842.

El 9 de abril del 2008 el Congreso de la Nación sanciona la ley 26.364 publicada por el boletín oficial el 30 de abril del mismo año, denominada Ley de Trata de Personas.

Se procura afianzar la normativa del país para hacer frente a las nuevas formas de delincuencia organizada, implementando medidas para prevenir y sancionar este delito, asistir y proteger a sus víctimas.

La ley distingue entre trata de menores y de mayores, división que no es contemplada en los instrumentos internacionales. El legislador ha justificado estas categorías aludiendo a la necesidad de brindar una mayor protección a los niños y por el carácter transnacional de estas formas de explotación, que hacen indispensable la existencia de marcos normativos nacionales para su prevención.

Se incorporan las nuevas figuras penales dentro de aquellos ilícitos que tienden a tutelar el bien jurídico libertad individual, lo que implica un desplazamiento del bien jurídico tutelado, ya que antes de la sanción de esta ley, la llamada trata de personas se encontraba prevista en el artículo 127 ter del Código Penal como un delito contra la integridad sexual.

Podemos aseverar que el delito de trata de personas es un delito de resultado anticipado, el legislador anticipó la realización del resultado ante su consumación, aunque el bien jurídico no esté materialmente atacado o lo esté solo en parte, por lo que la conducta del autor que realice alguna de las acciones típicas del delito con alguna de las finalidades de explotación que contempla esta figura puede resultar subsumible en el delito de trata de personas, aun cuando la finalidad de explotación no se haya materializado.

La nueva ley 26.842 modificatoria de la ley 26.364, ha venido a poner fin a una cuestión muy debatida, que era si el consentimiento de la víctima de trata tornaba atípica la conducta o no.

La ley establece:

“El consentimiento dado por la víctima de trata y explotación de personas no constituirá en ningún caso causal de eximición de responsabilidad penal, civil, administrativa, de los autores, partícipes, cooperadores o instigadores”

La nueva normativa ha eliminado toda incertidumbre, dejando claro que se configura el delito de trata aun mediando el consentimiento de la víctima.

“De este modo, la existencia o no de consentimiento, se convierte en una circunstancia que deberá evaluar el juzgador como pauta de atenuación de la pena, con arreglo a los artículos 40 y 41 del Código Penal, y no como criterio de tipicidad o atipicidad de la conducta” (Palacio de Arato).

Trata de personas mayores de dieciocho años de edad.

Antes de comenzar el tratamiento de esta temática se aclarará al lector que en primer lugar se hará un análisis de las disposiciones del Código Penal conforme a la ley 26.364 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas sancionada en el año 2008, para luego abordar las modificaciones realizadas por la Ley Nacional 26.842 que lleva el mismo nombre y fue sancionada en el año 2012.

Como señalamos anteriormente, la trata de personas mayores de 18 años de edad está regulada por el Código Penal en el artículo 145 bis, cada una de las conductas descriptas por la normativa puede cometerse por media de cualquiera de los modos previstos, ya sea uno solo de ellos, o más de uno.

Estos medios consignados por la norma penal son los siguientes:

Captar: es el apoderamiento de la víctima por parte del sujeto activo de la trata, debe entenderse que alude al reclutamiento, el cual puede ser violento, cuando el apoderamiento se realiza a través de la privación ilegítima de la libertad o puede consistir en el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad.

Transportar o trasladar: podemos definirlo como la acción de llevar a una persona de un lugar a otro, contemplando tanto el tráfico de personas interno (realizado dentro de las fronteras de un país) como el tráfico transnacional (desde y hacia el exterior de nuestro país).

“Algunos autores entienden que puede atribuirse el término transporte al tráfico de personas desde y hacia el exterior de nuestro país, y traslado a la circulación forzada de personas dentro de las fronteras del país (transporte interno)” (Flores, 2009, p.85).

El traslado puede ser realizado utilizando cualquier medio de transporte, durante un lapso de tiempo y en cualquier tramo de la ruta de trata.

Hay que resaltar que solo podrá ser aplicada la legislación Argentina cuando la persona ha sido traída al país para ser explotada dentro del mismo, es decir, cuando los efectos del ilícito tiendan a producirse dentro del territorio Argentino.

Acoger: Hospedar a la víctima, proporcionarle un lugar físico para impedir el descubrimiento del delito, ya sea alojando a la víctima en una vivienda por un período de tiempo hasta que sea transportada a otro sitio para ser explotada, o simplemente aguardar su llegada en un lugar determinado. Siempre que el fin sea la explotación, con dolo directo, se habrá consumado el delito con el solo contacto de la víctima con el tratante.

Recibir: alude al lugar de destino de la víctima para ser finalmente explotada, aunque éste no sea el lugar definitivo.

Debemos tener en cuenta que para que se configure el delito de trata de personas mayores de 18 años de edad es requisito necesario la ejecución de los verbos típicos arriba descriptos por parte del tratante más la realización de cualquiera de los artificios que están claramente enumerado en la norma, pueden ser; “el engaño, el fraude, la violencia, amenaza, cualquier otro 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”².

En el acto siempre intervienen dos sujetos, uno denominado sujeto activo del delito, es el tratante, hombre o mujer, que se dedica a la captación y el transporte de personas, con la finalidad de obtener un lucro directo o indirecto producto de la trata. Por otro lado se encuentra el sujeto pasivo, la víctima, es siempre una persona mayor de 18 años de edad, hombre o mujer.

Del mismo modo no debe dejar de mencionarse que la ley 23.364 en su artículo 2º define qué es lo que debe entenderse por trata de personas mayores de dieciocho años de edad al disponer lo siguiente:

² Artículo 145 bis antes de la ley 26.842: El que captare, transportare o trasladare, dentro del país o desde o hacia el exterior, acogiére o recibiere personas mayores de dieciocho años de edad, cuando mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro 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, con fines de explotación, será reprimido con prisión de TRES (3) a SEIS (6) años.

La pena será de CUATRO (4) a DIEZ (10) años de prisión cuando:

1. El autor fuere ascendiente, cónyuge, afín en línea recta, hermano, tutor, persona conviviente, curador, encargado de la educación o guarda, ministro de algún culto reconocido o no, o funcionario público;
2. El hecho fuere cometido por TRES (3) o más personas en forma organizada;
3. Las víctimas fueren TRES (3) o más.

Se entiende por trata de mayores la captación, el transporte y/o traslado —ya sea dentro del país, desde o hacia el exterior—, la acogida o la recepción de personas mayores de DIECIOCHO (18) años de edad, con fines de explotación, cuando mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima, aun cuando existiere asentimiento de ésta.

Como habrá de notarse, la definición dada por la propia ley luego es tomada por el Código Penal para tipificar el delito, el concepto que se desprende del artículo transcrito es el que se desglosa minuciosamente ut supra al analizar el delito de trata de personas mayores de dieciocho años propiamente dicho, es decir, de acuerdo a la tipificación penal.

Ahora bien no debe pasarse por alto la construcción gramatical compuesta por los vocablos “con fines de explotación”, ya que es sin duda alguna la nota característica por excelencia de la trata de personas en sí misma y por ello aparece tanto en el artículo 2º citado como en el propio Código Penal, artículo 145 bis. ¿Qué es lo que implica dicha parte de la ley? Para dar una respuesta a este interrogante se citará una vez más al eminente jurista Andrés D’Alessio (2009) que explica el sentido de la expresión en análisis al decir respecto al artículo 145 bis: “el tipo requiere un elemento subjetivo distinto del dolo una - ultrafinalidad - , puesto que exige que la acción sea realizada con fines de explotación” (p. 466).

De ese modo el penalista citado da a entender que esa ultraintención hace más específica la conducta delictiva en el sentido que requiere de aquélla para configurar el acto ilícito. A propósito de esto el autor remite al artículo 4º de la ley entendiendo que es éste el que define lo que ha de entenderse por explotación:

ARTÍCULO 4º — Explotación. A los efectos de la presente ley, existe explotación en cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) Cuando se redujere o mantuviere a una persona en condición de esclavitud o servidumbre o se la sometiere a prácticas análogas;
- b) Cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados;
- c) Cuando se promoviere, facilitare, desarrollare o se obtuviere provecho de cualquier forma de comercio sexual;
- d) Cuando se practicare extracción ilícita de órganos o tejidos humanos.

Sobre el inciso a) una vez más debe decirse que someter a una persona a condiciones de servidumbre o situación análoga significa considerarla como una cosa, ni más ni menos, a disposición de la soberana voluntad de otra, el sujeto activo del delito. (D'Alessio, 2009)

El inciso b) referido a los trabajos o servicios forzados es explicado claramente por el autor aquí seguido al decir que los mismos implican “casos en los que exista amenaza de castigo que provoquen un vicio en la voluntad del trabajador” (p. 466).

Respecto al comercio sexual abarcado por el inciso c), debe entenderse que el mismo abarca mucho más que la prostitución, como bien lo explica Macagno citado por D'Alessio (2009) quedarán comprendidos también “las conductas típicas regladas por los artículos 125 bis – promoción y facilitación de la prostitución de menores de dieciocho años de edad –, 126 – promoción y facilitación de la prostitución de los mayores de dieciocho años de edad – y 127 – explotación económica de la prostitución - ” (p. 467). Agrega además el doctor D'Alessio (2009) que también es factible que el artículo 128 del Código Penal, vinculado con la pornografía de menores, y el artículo 17 de la ley 12.331 referido a regenteo de prostíbulos, queden comprendidos.

Por último, el inciso d), referido a la extracción ilícita de órganos y tejidos humanos, posee relevancia por el hecho de que el delito de trata en algunos casos se presenta como una conducta antecedente de los delitos previstos en la Ley de Trasplantes de Órganos y Material Anatómico Humano³ (D'Alessio, 2009).

Finalmente cabe destacar que el autor que se ha citado al abordar esta parte del trabajo de investigación sostiene que la enumeración del artículo 4° es taxativa.

Ahora bien, como se dijo al comenzar este apartado la Ley Nacional 26.842 hizo cambios sustanciales. En primer lugar sustituyó el artículo 2° de la ley 26.364 que quedó redactado de la siguiente manera:

Artículo 2°: Se entiende por trata de personas el ofrecimiento, la captación, el traslado, la recepción o acogida de personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países.

A los fines de esta ley se entiende por explotación la configuración de cualquiera de los siguientes supuestos, sin perjuicio de que constituyan delitos autónomos respecto del delito de trata de personas:

³ Artículos 28 a 30 de la Ley Nacional 24.193.

- a) Cuando se redujere o mantuviere a una persona en condición de esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad;
- b) Cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados;
- c) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la prostitución ajena o cualquier otra forma de oferta de servicios sexuales ajenos;
- d) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la pornografía infantil o la realización de cualquier tipo de representación o espectáculo con dicho contenido;
- e) Cuando se forzare a una persona al matrimonio o a cualquier tipo de unión de hecho;
- f) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la extracción forzosa o ilegítima de órganos, fluidos o tejidos humanos.

El consentimiento dado por la víctima de la trata y explotación de personas no constituirá en ningún caso causal de eximición de responsabilidad penal, civil o administrativa de los autores, partícipes, cooperadores o instigadores.

Como puede observarse esta norma unificó el artículo 2º y 4º de la anterior ley y acabó con la distinción entre trata de mayores de dieciocho años y menores de esa edad, de hecho la ley mencionada modifica el artículo 145 bis del Código Penal por el siguiente y al mismo tiempo modifica el 145 ter previendo las agravantes para este:

Artículo 145 bis: 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 mediere el consentimiento de la víctima.

De este modo el análisis doctrinario que hace D'Alessio (2009) del hoy derogado artículo 4º de la 26.364 es válido para el actual artículo 2º según la ley 26.842, de hecho la actual normativa recepta la mayoría de los comentarios vertidos por él.

Con respecto al inciso c) del artículo 2º de la nueva ley es necesario hacer una pequeña digresión definiendo lo que supone técnicamente la prostitución para delimitar la extensión de la norma, para ello se citará al profesor Arocena (2007) que en *Derecho Penal Parte Especial* brinda un concepto por demás interesante:

La prostitución consiste en la depravación de los motivos generadores del trato sexual, pues la búsqueda de complacencia del placer, la atracción física, el deseo de procrear y el amor son reemplazados – en tanto razones que impulsan la práctica del sexo – por la pretensión de lograr

provechos económicos. De allí que, a los efectos de satisfacer los presupuestos de esta noción, se exija una entrega sexual venal, habitual y a personas indeterminadas (Arocena, 2007, p. 297).

Teniendo en cuenta la definición dada es prudente decir respecto al ya mencionado inc. c) que el concepto de explotación a que hace mención la primera parte del artículo 2º se refiere al ánimo que moviliza al sujeto activo para lucrar con la prostitución de la víctima en el ámbito del delito de trata. Esto no debe confundirse con los delitos de promoción o facilitación de la prostitución que se analizarán infra.

Trata de personas menores de 18 años de edad.

La diferencia sustancial que hacía el artículo 145 ter (según la ley 26.364) con la trata de mayores de edad estaba dada por la condición de la víctima, y donde es indiferente la presencia o no de consentimiento por parte de ella.

La mayor punibilidad del de este delito radica en que al ser más vulnerables, los niños exigen una mayor protección.

En esta clase de lícitos el legislador optó por incluir, en el ex artículo 145 ter, las mismas conductas que en la trata de mayores de edad (ex artículo 145 bis), con la sola salvedad de incluir en el catálogo de conductas típicas al acto de “ofrecer”. Se ha entendido que ofrece quien propone a un tercero la entrega de una persona menor de 18 años con la finalidad de que esta sea explotada bajo alguna de las modalidades descriptas por la norma.

En cuanto a los sujetos intervinientes en el delito son los mismos que para la trata de mayores de edad, el sujeto pasivo y activo pueden ser hombre o mujer, uno o más, donde la cuantía de la pena se agrava cuando intervengan para su comisión más de 3 personas.

Actualmente el artículo 145 ter del Código Penal según la última modificación llevada a cabo por la ley 26.842 agrava las penas para las distintas modalidades del artículo 145 bis también modificado, dentro de esas agravantes está prevista una pena de entre diez a quince años de prisión cuando la víctima fuere menor de dieciocho años⁴. En definitiva actualmente la trata de

⁴ Artículo 145 ter según Ley 26.842: En los supuestos del artículo 145 bis la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, cuando:

menores de dieciocho años está considerada como una agravante específica de la trata legislada en el artículo 145 bis, así pues puede sostenerse que la labor de la reforma no ha alterado sustancialmente la estructura de los delitos mencionados.

El modelo antropocéntrico: una propuesta para el abordaje del delito de trata

El modelo antropocéntrico nace como respuesta a las críticas realizadas a cada uno de los paradigmas anteriores (prohibicionista, reglamentarista y abolicionista). Se basa sustancialmente en mirar el fenómeno desde distintos ángulos, tanto desde la perspectiva de la víctima, victimario y entorno social.

De este modo postula la necesidad de construir consensos mínimos, es decir buscar una ética como resultado del diálogo traducido en la internalización de pautas culturales. Uno de sus objetivos, por ejemplo, sería universalizar el rechazo del consumo de oferta sexual y la conciencia sobre los males que puede producir una red de explotación sexual. Dice Messio (2015, p. 57) sobre esto: “Con el modelo buscamos superar las contradicciones, fruto de las diferencias de interpretación sobre las decisiones individuales, la unidad en la diversidad y la generación de consenso preservando el libre albedrío de la persona humana”.

A modo de síntesis la doctora Messio (2015) expone algunos postulados centrales del modelo:

-
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. La víctima estuviere embarazada, o fuere mayor de setenta (70) años.
 3. La víctima fuera una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma.
 4. Las víctimas fueren tres (3) o más.
 5. En la comisión del delito participaren tres (3) o más personas.
 6. 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.
 7. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

Cuando se lograra consumir la explotación de la víctima objeto del delito de trata de personas la pena será de ocho (8) a doce (12) años de prisión.

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

No tolerancia a situación alguna de explotación bajo el pretexto “cuidado de la persona explotada”. Ningún modelo va a dar los resultados esperados si no se tiene en cuenta una férrea visión antropológica, en la cual se conciba como indispensable el proceso de culturización de las personas desde muy temprana edad para elegir libremente. Este modelo antropocéntrico propone acompañar las medidas necesarias de marco legislativo que impliquen el cierre de todo lugar que pueda potencialmente dar origen a la explotación sexual. Más allá de las diferencias en la conceptualización sobre si la prostitución es o no un trabajo que deba ser reglamentado, el acuerdo expreso radica en que no va a tolerarse desde ninguno de los sectores de la población la explotación, independientemente de las concepciones ideológicas, políticas o culturales imperantes, ya que ningún ser humano debe ser considerado objeto por otros que intentan – ostentando la calidad de seres humanos – sacar provecho individual (Messio, 2015, p. 59).

En definitiva, el modelo antropocéntrico propone mirar al explotador más que al cliente, pero justamente la dirección de la mirada provoca que se rechace la habilitación o funcionamiento de cualquier lugar donde eventualmente pueda explotarse a las personas. De esta manera, se sintetiza el modo de concebir el comercio sexual superando la discusión sobre si la prostitución debe ser regulada como una actividad laboral o si debe ser totalmente prohibida, ya que la coincidencia básica entre estas premisas se asienta en el rotundo rechazo a la conculcación de la dignidad humana. Lo de la clientela del comercio sexual se resolverá con políticas a largo plazo y en todo caso será un efecto del rechazo que la sociedad tenga por los explotadores: “No habrá clientes cuando todos los agentes de socialización acuerden pautas culturales que se conviertan en sellos en la interioridad del ser humano, cuando la consideración del valor persona prime sobre cualquier posibilidad de reducir a la condición de objeto inanimado al otro” (Messio, 2015, p. 79).

CAPITULO III

LEY 25.634. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada y su protocolo adicional.

La Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional fue sancionada el 1 de agosto del año 2002 cuyo principal propósito es promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada.

La Convención consta de 41 artículos y sus protocolos complementarios, uno de ellos, el que nos ocupa a los fines de la presente investigación, se trata del protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente en mujeres y niños, contiene 20 artículos; y el segundo protocolo destinado a la regulación del tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que consta de 25 artículos.

Los Estados partes se comprometen a cumplir sus obligaciones con arreglo a la Convención, y la no intervención de ellos en los asuntos internos de otros Estados.

A su vez, nada de lo dispuesto por la Convención facultará a un Estado parte para ejercer en el territorio de otro Estado parte, jurisdicción o funciones que el derecho interno de ese Estado reserve para sus autoridades de una manera exclusiva.

Por otro lado, la Convención nos da una definición de lo que debe entenderse por “grupo delictivo organizado”:

“Por grupo organizado se deberá entender a un grupo estructurado de 3 o más personas que existan durante cierto tiempo y concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente convención con miras a obtener directa o indirectamente un beneficio económico u otro beneficio de orden material”. (Palacio de Arato. 2013. P.177)

Asimismo, la Convención exige que los Estados partes penalicen las siguientes conductas delictivas:

- a) Participación en un grupo delictivo organizado: Cada Estado parte debe adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometen intencionalmente, la tentativa y la participación,

siendo que esta última debe ser analizada de acuerdo a los conceptos y la definición de organización o red de trata, conforme lo estipula en la penalización de la participación en un grupo delictivo organizado.

Se establece la responsabilidad de las personas jurídicas por participación en delitos graves en los que esté involucrado un grupo delictivo estableciendo distintos niveles de responsabilidad, ya sea civil, penal u administrativo, sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas físicas que hayan perpetrado el delito. Esto nos lleva a la necesidad de determinar la participación criminal, ya que la responsabilidad es personal e intransferible; amen de ello, es posible dominar la voluntad a través de aparatos organizados de poder, dentro de los cuales la posición preponderante que tiene uno o varios sujetos, los convierte en autores mediatos de los hechos que ejerzan otros miembros.

El organizador, llamado por la doctrina el hombre de atrás, es responsable por el comportamiento de los subordinados a título de coautor, mientras que el ejecutor directo del delito responde por ese hecho pero también por la mera integración de la asociación criminal.

b) Participación en el blanqueo de dinero: exige que cada Estado parte establezca un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias que puedan ser utilizadas para el lavado de activos, promueve la cooperación e intercambio de información a nivel nacional e internacional. Invita a los miembros firmantes a considerar la posibilidad de aplicar medidas para detectar el movimiento entre fronteras de dinero y títulos negociables. Estas medidas podrán incluir las exigencias de que los particulares y las entidades comerciales notifiquen los movimientos transfronterizos de cantidades elevadas de efectivo.

c) Incautación de fondos: con el objetivo de tornar efectivos los controles, permite a los Estados partes aplicar medidas de incautación de esos fondos, con miras a su eventual decomiso.

Establece también la cooperación internacional para los fines del decomiso, cuando un Estado parte requiera al otro la incautación de bienes que se encuentren en su territorio,

disponiendo normas de carácter procesal con el objetivo de lograr un mayor entendimiento entre los miembros firmantes, en la medida que guarden relación con el producto del delito.

El producto del delito que se logre decomisar se destinara a indemnizar a las víctimas o devolver ese producto o bienes a su propietario legítimo, y en su defecto se destinará a una cuenta creada al afecto para los organismos de la lucha contra la delincuencia organizada, y en el último supuesto se repartirá entre los Estados partes.

d) Corrupción venal: busca punir y combatir la corrupción en la administración pública, de las conductas de los funcionarios, sea en la promesa o en la concesión directa o indirectamente de un beneficio indebido que redunde en su propio beneficio o en el de otra persona, o en entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus legítimas funciones, sea en provecho propio o de un tercero.

e) Obstrucción de la justicia: el objeto de protección es el normal desenvolvimiento de la administración de justicia, el que puede cometerse a través de dos vías, una de ellas es la obstaculización de la investigación dentro de un proceso criminal, cuando se utilice la fuerza física, amenazas o intimidación, o la promesa, el ofrecimiento o la concesión de un beneficio indebido para inducir a falso testimonio u obstaculizar la presentación de un testimonio o la aportación de pruebas dentro de un proceso; la otra consiste en la obstaculización de la justicia propiamente dicha entiendo esta cuando se utilice la fuerza física, amenazas o intimidación para obstaculizar el cumplimiento de las funciones oficiales de un funcionario de la justicia o de los encargados de hacer cumplir la ley.

f) Proceso penal: también se prevé la protección física de los testigos y víctimas que participen en procesos penales, tanto para ellos mismos como para sus familiares y personas de su núcleo cercano.

Además, los Estados partes coinciden en que para el tratamiento eficaz del tráfico de personas se requiere un enfoque amplio e internacional, abarcando los países de origen, tránsito y destino, que incluyan medidas para prevenir dicha trata, amparando los Derechos humanos de la víctimas, y teniendo en cuenta que si bien existe un gran número y variedad de instrumentos internacionales que contienen normas y medidas prácticas, no existe ningún instrumento

universal que aborde todos los aspectos de la trata, por lo que las personas vulnerables a este delito no se encuentran lo suficientemente amparadas. Por ello, los países firmantes totalmente convencidos de que para prevenir y combatir este flagelo será necesario completar la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional con un instrumento internacional destinado a prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños; protocolo éste que tiene principalmente 3 objetivos bien definidos, prevenir y combatir la trata de personas, prestando atención especialmente a las mujeres y niños; proteger y ayudar a las víctimas y promover la cooperación entre los Estados partes para el logro de esos fines.

El protocolo define a la trata de personas como:

La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al abuso de la fuerza u otras formas de coacción, al reparto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos". (Palacios de Arato, 2013, p.48)

Estas conductas deberán de ser tipificadas como delitos en el derecho interno de cada uno de los Estados partes, cuando se cometan intencionalmente, como así también se deberá tipificar la tentativa, la participación y la organización o dirección de otras personas para la comisión de estos hechos.

El consentimiento dado por la víctima de la trata a toda explotación, no se tendrá en cuenta cuando haya utilizado medios intimidatorios o violentos.

El protocolo además dedica una serie de artículos al tratamiento y protección de las víctimas de trata de personas, disponiendo que cada Estado proteja la privacidad y la identidad de las víctimas, previendo la confidencialidad de las actuaciones judiciales. Cada Estado parte considerará la posibilidad de aplicar medidas destinadas a prever la recuperación física, psicológica y social de las víctimas de trata, y la posibilidad de obtener una indemnización por los daños sufridos.

Se establecen medidas de prevención y cooperación entre los Estados firmantes, asumen el compromiso de reforzar en la medida de lo posible, los controles fronterizos que sean necesarios para prevenir y detectar la trata de personas.

Se establece el modo de solución de controversias, que puedan llegar a entre los Estados por la interpretación o aplicación del protocolo, sometiéndose a arbitraje y en caso de no lograr un acuerdo puede recurrirse a la Corte Internacional de Justicia.

El Anteproyecto de Código Penal 2014 y el paradigma internacional en torno a la trata

Esta iniciativa legislativa fue impulsada por el Poder Ejecutivo Nacional en el año 2012 a través del Decreto 678/12 que designó una “Comisión Para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación”, designando al Dr. Raúl Eugenio Zaffaroni como su presidente, a los doctores León Carlos Arslanián, María Elena Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra y Federico Pinedo como miembros, al Dr. Julián Álvarez como secretario y al Dr. Roberto Manuel Carlés como coordinador de la misma. Es digno de mencionar que entre los miembros de esta comisión se encuentran representados varios espacios políticos y que además se propició la participación de variados sectores sociales y académicos.

El Anteproyecto 2014 prevé la figura de trata en el artículo 111 que establece lo siguiente:

ARTÍCULO 111.- Trata de personas.

1. Será penado con prisión de TRES (3) a OCHO (8) años, el que captare, transportare o recibiere a una persona para someterla a extracción forzada de órganos o tejidos, o a cualquier forma de explotación sexual o laboral, o el que con el mismo fin promoviere o facilitare su entrada o salida del país, aunque mediare el consentimiento de la víctima.
2. La pena será de CUATRO (4) a DIEZ (10) años:
 - a) 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 tuviere autoridad sobre la víctima.
 - b) Si 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.

- c) Si el autor fuere funcionario público y cometiere el hecho favorecido por el ejercicio de sus funciones.
 - d) Si el hecho fuere cometido por tres o más personas en forma premeditada.
 - e) Si las víctimas fueren tres o más.
 - f) Si la víctima fuere una persona con discapacidad, embarazada o mayor de setenta años.
3. Será penado con prisión de CUATRO (4) a QUINCE (15) años, el que captare, transportare o recibiere a un menor para someterlo a extracción forzada de órganos o tejidos, o a cualquier forma de explotación sexual o laboral, o el que con el mismo fin promoviere o facilitare su entrada o salida del país, aunque mediare consentimiento de la víctima. Si la víctima fuere menor de trece años, el mínimo de la pena será de OCHO (8) años.
4. Las personas jurídicas podrán ser sancionadas por el delito previsto en este artículo, en los términos del presente Código.

La norma proyectada no posee grandes diferencias con el régimen actual, se inscribe en el Título IV *De los delitos contra la libertad* coincidiendo así con las consideraciones hechas sobre el bien jurídico protegido por la doctrina actual comentada en el Capítulo Primero. A propósito dice la exposición de motivos de dicho cuerpo normativo:

Corresponde al vigente artículo 145 *bis*, conforme al texto de la ley 26.842. Se ha mantenido el criterio del texto vigente, dada su reciente incorporación (B.O. 27/12/2012). Sólo se han simplificado los verbos para mejorar la técnica legislativa, conforme al criterio de eliminar la sobreabundancia que no afecta el ámbito de prohibición del tipo. Se precisa que la explotación debe ser sexual o laboral o para la extracción de órganos o tejidos, pues la vigente voz *explotación* a secas, puede ser equívoca. En definitiva, no se conoce hasta el momento otra forma de explotación en este sentido, que la sexual y la laboral. Tampoco esa voz abarca la posibilidad de extraerle órganos o tejidos, por lo cual en todo caso se hace necesaria su mención específica. En el inciso 2º se reproduce la calificación de la segunda párrafo del artículo citado, con la pena de cuatro a diez años, agregando la hipótesis de persona discapacitada. El inciso 3º corresponde al vigente artículo 145 *ter*, precisándose, al igual que en el anterior, que la explotación puede ser laboral o sexual, y que también puede tener por objeto la extracción de órganos o tejidos.

El Anteproyecto 2014 postula en su artículo 1º la necesidad de compatibilizar el derecho penal con el régimen normativo internacional sobre derechos humanos, así como consagra principios rectores en materia de garantías constitucionales del imputado, reconoce la preponderancia del bloque normativo originado en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución

Nacional, lo cual significa también el respeto por las políticas públicas orientadas a disminuir delitos que agravan a la dignidad de la persona, de hecho se proyecta en este nuevo código un título referido a los delitos de lesa humanidad.

En definitiva la normativa proyectada no hace más que reconocer la importancia de la lucha contra el delito de trata y se mantiene en consonancia con los instrumentos internacionales desglosados al comenzar el presente capítulo.

CAPITULO IV

Delito de trata de personas y sus agravantes.

Según el actual artículo 145 bis del Código Penal se impondrá una pena que va desde los cuatro (4) a los ocho (8) años de prisión para la figura simple de trata de personas, y según el artículo 145 ter las penas van desde los cinco (5) a los diez (10) años de prisión para la figura agravada:

Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o 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;

La víctima estuviere embarazada, o fuere mayor de setenta (70) años;

La víctima fuera una persona discapacitada, enferma o que no pueda velarse por sí misma;

Las víctimas fueren tres (3) o más;

En la comisión del delito participaren tres (3) o más personas;

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;

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. (Código Penal, art. 145 ter).

Como vemos, existen dos clases de agravantes, una relacionada con la manera en que se ha conseguido que la persona se dedique a la explotación o permanezca en ella, y otra calificante tiene que ver con las características de los sujetos activos y pasivos del delito.

ENGAÑO

Según la real academia española por engaño debe entenderse “la falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre”. En el sentido jurídico se trata de una aseveración falaz, un ocultamiento malicioso de la verdad, debe tratarse de una mentira con cierta entidad como para inducir a error.

Puede ocurrir que la víctima sea “parcialmente engañada”, como sucede cuando la víctima conoce ciertas circunstancias que no son ciertas, por ejemplo que en el lugar de destino ejercerá

la prostitución pero no se le indica que será en condiciones humillantes, encierro, golpes, etcétera.

FRAUDE

Quien actúa de este modo utiliza maquinaciones, astucia, o cualquier ardid para provocar en la víctima una falsa percepción de la realidad, busca lograr una confusión en la víctima y que realice lo que el agente está buscando.

VIOLENCIA

Por violencia debe entenderse la fuerza física, corporal que se ha ejercido sobre la víctima para quebrantar su voluntad y lograr el fin propuesto. De incluirse también el uso de estupefacientes o medios hipnóticos.

AMENAZA O CUALQUIER OTRO MEDIO DE INTIMIDACIÓN O COERCIÓN

Actúa sobre la voluntad de la víctima, ocasionándole principalmente el temor a sufrir un daño ya sea en su persona o en sus bienes debido a las amenazas del agente del delito. En todos los casos la voluntad de la víctima se encuentra doblegada, no pudiendo actuar de acuerdo a su propia determinación.

ABUSO DE AUTORIDAD

Se configura esta agravante cuando existe un exceso de poder de las personas que poseen autoridad sobre otras, por ejemplo el empleador respecto del trabajador, los padres respecto a sus hijos. Debe tratarse de personas que no encuadrarían en el agravante del inciso 7, artículo 145 ter del Código Penal.

APROVECHAMIENTO DE UNA SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

Vulnerable es aquella persona que por las circunstancias especiales que padece se encuentra con menores posibilidades defensivas que el común de las personas, por lo que resulta de más fácil sometimiento a la voluntad del agente. Esta vulnerabilidad debe ser conocida por el autor y puede relacionársela con distintos factores como son la edad, la religión, el sexo, la posición social y económica, entre otros; incluso puede existir con anterioridad al contacto de la víctima con el autor del hecho o ser creada luego por el agente.

CONCESIÓN O RECEPCIÓN DE PAGOS O BENEFICIOS PARA OBTENER EL CONSENTIMIENTO DE UNA PERSONA QUE TENGA AUTORIDAD SOBRE LA VÍCTIMA

Se trata de cualquier clase de pagos, o entrega de beneficios a un tercero que tenga poder de hecho sobre la víctima. Los pagos realizados a la propia víctima no se agravarían por este inciso a menos que se compruebe que la misma recibió los beneficios debido a la especial situación de vulnerabilidad que padecía y por una exclusiva necesidad.

LA VÍCTIMA ESTUVIESE EMBARAZADA O FUERE MAYOR DE SETENTA (70) AÑOS

El embarazo puede existir en cualquier momento del delito y la agravante prevista quedara configurada, durante la captación, el traslado, incluso puede suceder durante la explotación de la víctima.

En cuanto a la edad de la víctima no se exige que ésta presente un deterioro de su salud, basta con que tenga objetiva esa edad.

LA VÍCTIMA FUERA UNA PERSONA DISCAPACITADA, ENFERMA O QUE NO PUEDA VELARSE POR SÍ MISMA

La enfermedad debe ser tal que implique una disminución en las facultades físicas y psicológicas, es decir que debe debilitar de cierto modo las aptitudes de la víctimas.

LAS VÍCTIMAS FUERAN TRES (3) O MÁS

Esta calificante se configura siempre que el autor haya conocido la situación, si tomo contacto durante la explotación con dos víctimas y desconocía la existencia de las demás no se agrava el delito, pero en el caso de que sólo haya tomado contacto con una de ellas pero conozca de la existencia de más víctimas igualmente se configuraría la agravante prevista en este inciso.

EN LA COMISIÓN DEL DELITO PARTICIPAREN TRES (3) O MÁS PERSONAS

No se requiere que exista una asociación ilícita, basta con que en la comisión u organización del delito participen tres o más personas, ya sea como autores, colaboradores, auxiliares, etcétera. Además es requisito necesario que todos conozcan de la existencia de varias personas en la realización del ilícito, de lo contrario solo responderá por la agravante la persona que tenia noción de ello.

EL AUTOR FUERA ASCENDIENTE O DESCENDIENTE

La razón de esta gravante redundo en la existencia del mayor desprecio y peligrosidad que genera la persona que viola los deberes morales y de cuidado del vínculo familiar. La agravante se da en cualquier grado de ascendencia y descendencia ya que la ley nada dice al respecto.

CÓNYUGE

SEMINARIO FINAL

Se trata de la persona casada en legal matrimonio, subsistiendo al agravante cuando exista una separación de hecho, no así en el caso de un divorcio vincular.

AFÍN EN LINEA RECTA

La afinidad es la llamada comúnmente “parentesco político”, en contraposición con los parientes de sangre.

COLATERAL

En principio esta agravante abarca a todos los colaterales sin distinción alguna ya que la ley nada dice al respecto, pero por razones de interpretación debe limitarse a los parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad inclusive (hermanos, tíos y primos).

CONVIVIENTE

Aquí la ley ha querido referir a que aquella persona que convive en aparente matrimonio con el autor, no así a cualquier persona que conviva con el agente sobre el mismo techo ya que esto implicaría incluir en la agravante a los que comparten una pensión por ejemplo, cuando entre estos no existe ninguna relación.

TUTOR Y CURADOR

La tutela “es el derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad, que no está sujeto a patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil” (Código Civil, artículo 377).

Como la tutela recae sobre las personas menores de edad, la curatela lo es para las personas mayores que se encuentren imposibilitadas o disminuidas psicológica o físicamente, conteniendo ambas figuras los mismos efectos.

AUTORIDAD O MINISTRO DE CUALQUIER CULTO RECONOCIDO O NO

No importa aquí el carácter de la región, si es reconocida o no de todos modos de configuraría la agravante, y en cuanto a las autoridades debe entenderse que son todas las personas que en un culto determinado poseen algún tipo de poder o facultad para dirigir.

ENCARGADO DE LA EDUCACIÓN O GUARDA DE LA VÍCTIMA

Abarca cualquier tipo de educación, maestros particulares, profesores de gimnasia, de religión, etcétera.

Guardador es quien tiene bajo su cuidado ya sea de hecho o por disposición judicial a una persona menor de edad o incapaz.

FUNCIONARIO PÚBLICO O MIEMBRO DE UNA FUERZA DE SEGURIDAD, POLICIAL O PENITENCIARIA

Con la expresión “empleado público” se hace referencia la persona que participa en el ejercicio de las funciones públicas permanente o accidentalmente. No es necesario que se haya valido del cargo para cometer el ilícito ya que la agravante redundante en la mayor responsabilidad de las personas que poseen cargos públicos.

Por otro lado, el artículo del Código también prevé como agravante el caso en que el o los agentes del delito hubiesen consumado la explotación, caso para el cual se establece una pena que será de ocho (8) a doce (12) años de prisión.

Explotación económica de la prostitución ajena

La explotación comercial del ejercicio de la prostitución ajena se ha transformado en el modo de identificar la trata de personas, cuando se habla de prostitución por lo general se presupone una contraprestación económica por dicho servicio sexual, por lo que se excluiría a aquellas relaciones sexuales sin demandada dineraria.

La explotación comercial de la actividad sexual ajena no siempre se identifica con el ejercicio de la prostitución, en casos las víctimas participan de producción de pornografía adulta o de shows eróticos. Estas formas de explotación se desarrollan, por lo general, en lugares acondicionados y preparados para esos fines. El encierro, las amenazas, la violencia física y la muerte aparecen como métodos idóneos para lograr subordinación y disciplina.

Los efectos colaterales de esta forma de esclavitud sexual se visualizan la probabilidad de contagio de enfermedades de transmisión sexual, en el peligro que representa para la salud psíquica y física de la víctima, además de la carga humillante que generan estas prácticas ilícitas al afectar la dignidad del ser humano.

El negocio de la trata de personas aparece como el más rentable en relación a los riesgos y beneficios. Existe un gran mercado tanto interno como internacional de captación de mujeres y menores de edad para su sometimiento sexual y desde el punto de vista de la industria del sexo, la trata de personas ocupa un lugar de privilegio, ya que aporta gran cantidad de individuos, para ser destinados a esta forma de explotación humana. Este mercado mueve millones de dólares anuales, esta actividad delictiva crece y se reproduce gracias a una demanda creciente. Las leyes

de mercado explican que la oferta se relaciona con el grado de demanda, así la expansión de los medios telemáticos han posibilitado y favorecido el gran crecimiento de la pornografía para adultos e infantil. La primera cuenta con una gran aceptación social y es ofrecida en cualquier canal de cable o digital, y se registra un gran aumento en la demanda de esta forma de explotación sexual ajena y en cuanto a la pornografía infantil, lamentablemente se ha extendido de manera irrefrenable en los canales informáticos.

Delitos de promoción y facilitación de la prostitución ajena.

A lo largo de la historia el ejercicio de la prostitución ha sido muy discutido y abordado normativamente desde distintas posturas, en los últimos tiempos ha sido primeramente perseguida y luego tolerada por los ordenamientos penales.

La ley 26.842 en miras a erradicar la explotación sexual de terceros, ha modificado la regulación de los delitos relacionados con el ejercicio de la prostitución, esta nueva reforma adopta una prohibición general de la promoción y facilitación de la prostitución ajena, sean las víctimas menores de edad o adultos.

En un primer momento se puso principal atención a los problemas de salud pública que genera la propagación de enfermedades venéreas y se condujo a la necesidad de controlar este tipo de actividades, el proxenetismo se convirtió en la principal preocupación de las autoridades públicas por la participación de bandas criminales organizadas para la explotación de las mujeres. En el año 1936 se sancionó la ley 12.331, denominada “Ley de Profilaxis”, que tuvo la intención de prevenir infecciones venéreas. El artículo 15 de esta ley prohíbe “en toda la república el establecimiento de casas o locales de tolerancia donde se ejerza la prostitución o se incite a ella”. El artículo 17 por su parte reforzaba esta prohibición al castigar con pena de multa a los primarios, y de prisión a los reincidentes.

A diferencia de ello, el ejercicio privado de la prostitución jamás estuvo prohibido penalmente, si en derecho contravencional de cada provincia se castigó la llamada prostitución escandalosa, es decir, cuando su ejercicio desataba una alteración del orden público.

Podemos decir que en materia de prostitución existen tres sistemas: el sistema prohibicionista, el reglamentarista y el abolicionista.

El sistema prohibicionista constituye el mecanismo de control penal de la sexualidad más antiguo y castiga la prostitución, considerándola un delito y aplicando una sanción a tales conductas.

Implica la criminalización tanto del ejercicio de la prostitución como de cualquier forma de proxenetismo y explotación de la prostitución ajena.

El sistema reglamentarista por su parte, no prohíbe la prostitución, sino que la reconoce, la reglamenta y la somete a continuas inspecciones sanitarias, además el fisco percibe impuestos por los locales donde se ejerce la prostitución.

Este fue el modelo adoptado por nuestro país hasta la sanción de la ley 12.331 de Profilaxis Antivenérea.

El sistema abolicionista postula la abolición de toda reglamentación de la prostitución de las casas de tolerancia, no incrimina a la prostitución como un delito, pero tampoco la reconoce. No persigue a la mujer que por su propia voluntad ejerce la prostitución, por ello, el solo hecho de ejercer la prostitución no la hace autora de un delito, no son punibles ni el cliente que demanda el servicio, ni la persona que lo ofrece. Para esta postura solo son acreedores de reproche punitivo los terceros que promueven, facilitan o explotan la prostitución ajena.

En nuestro país rige plenamente este sistema, sancionándose solo las conductas que tiendan a favorecer el ejercicio de la prostitución, la explotación económica del sujeto que la ejerce, o el sostenimiento o administración de los lugares donde la misma se practica habitualmente.

La prostitución y los males que la acompañan, entre ellas la trata de personas, atentan contra la dignidad y el valor de las personas. El bien jurídico tutelado es la autodeterminación del sujeto pasivo, y se extiende a evitar que la persona que ejerce la prostitución sea explotada por terceros. Se trata de un delito de peligro abstracto, es decir, no se requiere que el sujeto haya ejercido la prostitución como consecuencia del accionar de agente, basta con que el sujeto activo haya promovido o facilitado, aun sin éxito, la prostitución ajena.

El ejercicio de la prostitución es tolerado por Estado, pero no promocionado, ya que es común de este tipo de prácticas sexuales la proliferación de organizaciones vinculadas a la trata de personas. La persona menor de trece años queda automáticamente incluida en esta normativa, porque carece de comprensión para aceptar el ejercicio de la prostitución. Quien mantiene relaciones sexuales con un menor de trece años comete el delito de abuso sexual agravado por acceso carnal. En cambio, a partir de los trece años, la ley penal le reconoce cierto grado de

madurez mental para comprender el acto sexual, y mantener esta clase de relaciones con terceras personas.

La doctrina ha discutido sobre el carácter oneroso o no del servicio sexual, y parece más acertado entenderla como la prestación onerosa de un servicio sexual, entendiendo que este carácter económico no se limita solo al dinero, sino que se extiende a cualquier tipo de beneficio, ya sea la entrega de bienes muebles o inmuebles, sustancias tóxicas o la obtención de un beneficio. Tampoco es un requisito que exista coincidencia entre la persona que cumple con la prestación onerosa y la persona que recibe el servicio sexual. El ejercicio de la prostitución tampoco requiere habitualidad en la prestación del servicio sexual.

El contenido de lo injusto típico, consiste en promocionar, determinar a una persona mayor de edad para dedicarse al ejercicio de la prostitución, y facilitar el ejercicio de dicho acto sexual. En el caso de que sea una persona menor de dieciocho años eleva la pena, tal cual lo prevé el artículo 126 de la reforma.

El acto de promoción presupone que el sujeto no se haya iniciado en la actividad, el autor debe incitar a otro para ejercer la prostitución, será suficiente que el autor haya apoyado esa iniciativa, inclusive el acto de promoción puede alcanzar a una persona que con anterioridad se haya dedicado a esta actividad pero que la haya abandonado.

La facilitación de la prostitución por su lado, incluye la prestación de medios para favorecer su ejercicio como la mantención de la persona en ese estado, prestando ayuda económica, habitacional o de cualquier tipo; conductas estas que podrán ser consideradas como punibles al igual que la publicación de la prestación de servicios sexuales a cargo de terceros.

De acuerdo a lo previsto por el Código Penal en su artículo 126, los actos de promoción y facilitación de la prostitución de personas adultas se agravan 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.

Las modalidades comisivas se han ampliado en comparación con la regulación anterior, se suma el fraude, el abuso 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. Entre el engaño y el fraude no existen grandes diferencias, el engaño es la simple mentira, implica dar a lo falso una apariencia de verdad, mientras que el fraude va un poco más lejos, ya

no se trata solo de una mentira sino que el autor despliega un ardid para disimular la verdadera finalidad. El abuso de una situación de vulnerabilidad procura aprovechar la situación en que se encuentra la víctima, que la coloca en una situación de inferioridad respecto del captor. La concesión de pagos o beneficios para obtener el consentimiento del sujeto pasivo se cumple cuando el consentimiento de una persona diferente a la víctima pero que tiene autoridad sobre ella se ha logrado porque ha realizado una dación, un pago.

Por otro lado, no se consideran actos de promoción o facilitación de la prostitución todos aquellos que se relacionan con los actos de desnudo, striptease, bailes eróticos, espectáculos en vivo, y todos aquellos casos en que no exista contacto físico entre el cliente y el oferente.

Se trata de un delito doloso, el autor debe querer promocionar o facilitar la prostitución ajena, la intención debe ser directamente a que la persona se dedique al ejercicio de la prostitución. En el acto de facilitación en cambio, puede darse el supuesto en el que no exista vinculación entre la conducta del actor y la finalidad de explotación sexual, puede suceder que una persona le alquile o le preste a otra un inmueble mientras mejora su situación habitacional, y que luego el beneficiario lo destine al ejercicio de la prostitución.

Promoción y facilitación de la prostitución de mayores y menores de dieciocho años (art. 126).

La nueva reforma operada por la ley 26.842 ha incrementado las penas previstas para esta figura. Antes de la reforma el Código Penal reprimía este delito con una pena de prisión que iba de cuatro a diez años, mientras que ahora dichas penas se han elevado entre los diez y quince años de prisión. Con la nueva normativa vigente desaparece la distinción entre menores trece años y los menores de dieciocho años, agrupándose todas las edades en un mismo artículo que castiga con la pena señalada anteriormente.

El actual artículo 126, configura dos acciones típicas, la de promover y la facilitar la prostitución ajena, la promoción alude a la obtención de los medios necesarios para determinar a otro al ejercicio habitual de la prostitución, por su parte la acción de facilitación consiste en otorgar los medios para mantener a una persona en el ejercicio de la prostitución. Cabe destacar que no configura delito el hecho de que el agente arregle el lugar del encuentro y la tarifa del servicio sexual.

Ambas modalidades delictivas admiten la tentativa, la promoción se consuma cuando una persona es determinada al ejercicio de la práctica sexual, mientras que la facilitación existe tentativa cuando el agente pone a disposición de la víctima alojamiento, clientela, etc., no siendo necesario que ella lo acepte, y en el caso de que haga uso de estas facilidades el delito quedaría consumado.

Causas de agravación de la pena de los delitos de promoción y facilitación de la prostitución de menores de edad.

Nuestro Código Penal en su artículo 126 prevé una serie de agravantes para esta clase de delitos cuando se produzcan sobre personas menores de dieciocho años de edad; esto se debe a la mayor protección que necesita una persona que todavía no se encuentra capacitada para comprender al acto sexual, la exposición temprana de un menor de edad representa un menoscabo a su autodeterminación sexual.

El inciso primero del artículo 126 establece un incremento de la pena cuando el autor utilice engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación.

También se agrava la pena por razones de parentesco entre el autor y la víctima, si el autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, colateral, conviviente, tutor, curador, entre otros, por lo que el incremento se justifica por la mayor proximidad a la víctima y la dificultad de ella para oponer una resistencia.

Otro agravante es la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima. Aquí la norma castiga tanto al que paga como al que recibe los beneficios o pagos.

El último inciso agrava la pena cuando el autor fuere un funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciario, y aquí no se requiere que el autor haya realizado el delito en ejercicio de sus funciones.

Delito de proxenetismo.

La prostitución callejera se presenta como uno de los modos más peligrosos de prostituirse, por ello surge la necesidad contar con algún tipo de protección, y es aquí donde aparece la figura

del proxeneta, se denomina usualmente de esta manera a quien presta su vivienda para prostíbulo, encubre y permite que se lleve a cabo la actividad. Se trata de una conducta que lesiona la dignidad humana, las buenas costumbres, la moral pública, implica una afectación a la libertad sexual, y a la vez representa una actividad lucrativa.

El ejercicio autónomo de la prostitución permanece impune, pero las actividades que derivan de ese ejercicio están reprimidas, aquí el bien jurídico protegido es y sigue siendo la autodeterminación sexual de la persona que ejerce la prostitución.

La figura básica de explotación sexual de terceros consiste en explotar económicamente la prostitución de otra persona, la acción de explotar se vincula directamente con la obtención de ganancias, como un comercio del que se obtienen entradas con las que se mantiene o ayuda a mantenerse.

De esta manera, resulta claro que el ejercicio de la prostitución es una conducta ajena al derecho penal, porque expresa una elección de vida, mientras esta opción no perjudique a terceros el Estado no debe intervenir en su represión. Lo que se protege es la autodeterminación sexual de la persona, que el ejercicio voluntario de la prostitución no sea entorpecido o condicionado por terceros en búsqueda de un provecho económico propio.

La reforma operada por la ley 26.842 ha dejado de lado la eficacia jurídica del consentimiento de la víctima adulta. El proxenetismo de adultos sin el empleo de medios violentos también es reprimido. Sujeto pasivo puede ser cualquier persona pero en el caso de menores de dieciocho años la pena se eleva de diez a quince años de prisión.

Diferencias entre rufián y proxeneta.

Si bien en la práctica ambos términos se utilizan indistintamente es conveniente resaltar que en realidad entre ellos existen diferencias, denominándose normalmente rufián a quien se hace mantener por prostitutas explotando las ganancias que se obtienen de esa actividad, en tanto proxeneta es la persona que presta su vivienda para prostíbulo, porque encubre y permite que se desarrolle esta actividad.

La eficacia del consentimiento de la víctima en el delito de trata de personas.

El consentimiento de la víctima ha sido uno de los temas que más polémica ha desatado a lo largo de los años. Los tratados firmados en relación a la prohibición de la esclavitud y la trata de personas ya señalaban la falta de eficacia jurídica del acuerdo prestado por el sujeto pasivo, originado en el reconocimiento de la existencia de una situación de vulnerabilidad. Esta vulnerabilidad puede reconocer como fuente la edad, la pobreza, sexo, religión, etc. En relación a este tema el doctor José Luis Villada citado por Messio (2015, p. 38) expresa:

El Protocolo de Palermo, con sabiduría innegable, puso una limitación delicada y sumamente cuidadosa al definir la explotación y la invalidez del consentimiento, solo y únicamente cuando había sido obtenido por medios viciosos para el derecho o cuando proviniese de una situación de vulnerabilidad (presunción de ilegitimidad iuris tantum) dejando librado al prudente criterio legislativo de cada Estado parte, bajo qué condiciones se considerará viciado el consentimiento de la víctima como tal, tomando en consideración tales parámetros legales.

No debemos confundir la existencia de abuso de una situación de vulnerabilidad con el consentimiento válido de la víctima, nos referimos a la situación de quien siendo mayor de edad decide en forma libre y voluntaria dedicarse al ejercicio de la prostitución, que si bien es una actividad inmoral, contraria a las buenas costumbres, no es prohibida por las normas.

Ello nos conduce a pensar sobre la autonomía de la voluntad, y la libertad individual del ser humano. La libertad es el estado del hombre en el cual es dueño de sus actos y puede determinarse conscientemente sin sujeción a ninguna fuerza o coacción psicofísica.

Lo cierto es que el hombre es naturalmente libre en su esencia, pero esa libertad no es absoluta, se encuentra siempre condicionada por los derechos de los demás, y porque todos en alguna medida nos encontramos limitados por un mundo saturado de perjuicios, intereses, exigencias y otros constreñimientos sociales. Es decir que el sujeto actúa libremente cuando no se encuentra condicionado por factores externos, y presta un consentimiento valido cuando tiene pleno conocimiento de sus actos y de las consecuencias que traen aparejadas dichos actos.

Surge entonces, la cuestión sobre la legitimidad de la intervención del Estado regulando la protección a ciertos bienes jurídicos por encima de la voluntad de la persona mayor de edad, que

en forma consciente y libre adopta una decisión, aun cuando la misma sea lesiva a estos bienes tutelados por la norma. Cuando el Estado interviene de este modo, actúa protegiendo al individuo contra sí mismo, tratando de evitar los daños que puedan generarse por su actuar lesivo para sus propios bienes e intereses. En efecto, el Estado ha optado por asumir esta actitud ante la dificultad que genera el establecer si las personas mayores de edad que se prostituyen, sin que haya existido coerción por parte de terceros o el abuso de una situación de vulnerabilidad, gozaban o no de plena capacidad para determinarse en tal sentido.

Se trata de tutelar la plena libertad del individuo y la dignidad humana, que impide que la persona sea tratada como un objeto, aun cuando exista un consentimiento para ello.

La legislación Argentina en estos casos presume *iuris et de iure* que existe un “dominio psíquico” sobre la víctima de trata, en la que se encuentra en juego la dignidad del ser humano y su libertad, derechos innatos a toda persona por lo que en ningún supuesto se admite disposición alguna sobre ellos.

En tal sentido, la actual redacción de la ley 26.364 establece: “El consentimiento dado por la víctima de la trata y la explotación de personas no constituirá en ningún caso causal de eximición de responsabilidad penal, civil o administrativa de los autores, partícipes, cooperadores o instigadores”.

De esta manera, la nueva norma ha dejado en claro que se configura el delito de trata de personas, aún mediando el consentimiento de la víctima. En palabras de Messio (2015, p. 39) puede decirse que la legislación argentina “refuerza la protección de la víctima bajo la idea de que nadie puede consentir ser explotado sexual y/o laboralmente bajo ningún concepto cuando se encuentra en una situación de menoscabo a su personalidad”. Continúa la autora afirmando que el contexto de dominio ejercido por los explotadores produce una especie de alienación en la personalidad de la víctima que la paraliza y la anula en el plano de la voluntariedad:

Tal estado de situación no les permite discernir a las víctimas acerca de las causas, el desarrollo y cuáles son las consecuencias de las actividades – oficios, labores – a emprender y, al no poder internalizar un acabado conocimiento de las mismas, tampoco pueden asentir en consecuencia para llevarlas a cabo de manera voluntaria, precisamente porque esta última se encuentra viciada como tal (Messio, 2015, p. 39).

Violencia de género desde la perspectiva de la trata de personas.

La trata de personas constituye una de las violaciones más aberrantes a los derechos humanos y libertades fundamentales, una privación de los derechos sociales, económicos y culturales.

La situación de vulnerabilidad que padece gran cantidad de mujeres y niños en el mundo, que por diversas razones encuentran una gran dificultad para insertarse en la sociedad y ejercer plenamente sus derechos como ciudadanos, hace que caigan en esta red de trata y prostitución, muchas veces en busca de una mejor calidad de vida, y más digna. Estas condiciones de vida tienden a proporcionar mayores motivos de discriminación y marginalidad, lo cual aumenta aun más el riesgo de trata, y a esto se suma el abuso de poder, la violencia, el temor y muchas veces la connivencia política y policial.

No caben dudas de que la trata de personas con fines sexuales es una forma de violencia de género, de expresión extrema de la esclavitud sexual impuesta a las víctimas, caracterizada por la abducción y el transporte de las mismas. Por ese motivo, se postula la represión penal de cualquier forma de promoción de la prostitución ajena, y la especial atención y cuidado a sus víctimas.

Por otro lado, no debemos dejar de mencionar la estrecha relación que existe entre la trata de personas, y la explotación laboral, como una expresión más de violencia de género, las ventajas que implica contar con mano de obra barata, que trabaja en situaciones deplorables, riesgosas e insalubres. El lavado de dinero proveniente de la propia explotación humana, y los grandes dividendos que producen estas actividades ilícitas y en los que las propias víctimas solo tienen una participación mínima.

Asistencia a las víctimas de trata de personas.

La trata de personas involucra un número significativo de mujeres, debido específicamente a la naturaleza de la explotación a la que son sometidas, el ejercicio de la prostitución y trabajos domésticos.

El tema de la lucha contra la trata de personas y la asistencia a las víctimas ocupa un lugar prioritario a nivel nacional y gubernamental que ha llevado a los poderes públicos a ocuparse acabadamente del tema, se sancionaron numerosas leyes contra el tráfico de personas que contienen medidas legislativas y administrativas para asegurar una protección integral a las

víctimas de este delito. Entre las medidas adoptadas pueden mencionarse medidas procesales para asegurar el anonimato, su derecho a la privacidad, y evitar la revictimización, la concesión de la residencia permanente, el cambio de identidad, entre otras.

El gobierno se debe asegurar de que las víctimas de trata reciban la asistencia necesaria, tanto legal como psicológica, que no se perjudiquen sus derechos ni la dignidad como ser humano, lograr su reintegración en la sociedad de manera segura.

La ley 26.364 de “PREVENCIÓN Y SANCIÓN DE LA TRATA DE PERSONAS Y ASISTENCIA A SUS VÍCTIMAS” sancionada el 9/4/2008 y promulgada el 29/4/2008, nos brinda en su título II una enumeración de los derechos reconocidos a las víctimas de este ilícito.

Art. 6° las víctimas de trata de personas tienen derecho a:

“ a) recibir información sobre sus derechos en el idioma que comprendan, y en forma accesible a su edad y madurez;

b) Recibir alojamiento apropiado, manutención, alimentación suficiente e higiene personal adecuada;

c) Contar con asistencia psicológica, médica y jurídica gratuitas;

d) Prestar testimonio en condiciones especiales de protección y cuidado;

e) La protección frente a toda represalia contra su persona o su familia, pudiéndose incorporar al programa nacional de protección de testigos en las condiciones previstas en la ley 25.764.

f) La adopción de las medidas necesarias para garantizar su integridad física y psicológica;

g) Ser informadas del estado de las actuaciones, de las medidas adoptadas y de la evolución del proceso;

h) Ser oídas en todas las etapas del proceso;

i) La protección a su identidad e intimidad;

j) Permanecer en el país, de conformidad con la legislación vigente, y a recibir documentación o constancia que acredite tal circunstancia;

k) Que se les facilite el retorno al lugar en el que estuviera asentado su domicilio;

l) Acceder de manera voluntaria y gratuita a los recursos de asistencia.

En el caso de niños, niñas y adolescentes, además de los derechos precedentemente enunciados, se garantizara que los procedimientos reconozcan sus necesidades especiales que implican la condición de ser un sujeto en pleno desarrollo de la personalidad. En ningún caso podrán ser sometidos a careos. Las medidas de protección de derechos aplicables no podrán

restringir sus derechos y garantías, ni implicar privación de su libertad. Se procurara la reintegración a su familia nuclear o ampliada a su comunidad”.

Competencia en el juzgamiento de estas ilicitudes.

Según la anterior ley 26.364 la trata de personas debía caer en la órbita de los tribunales federales, pero los delitos conexos eran competencia de la justicia ordinaria, por lo que en el caso de que existiera un concurso real de delitos de acuerdo al artículo 55 del Código Penal, por ejemplo la existencia de un delito de trata de personas y facilitación o promociones de la prostitución ajena, este debía tramitarse de manera paralela entre la justicia federal y la justicia ordinaria respectivamente, a excepción de que existiera entre ellos una íntima relación probatoria que hiciera inseparable su investigación, o ante hechos de menor gravedad.

De esta manera se presentaba el problema de la posible existencia de sentencias contradictorias, y tratándose de hechos independientes, podría haber un doble juzgamiento violando la prohibición que establece que nadie puede ser perseguido y juzgado dos veces por un mismo hecho, como también se configuraría una contraposición a los principios de celeridad procesal, concentración probatoria y seguridad jurídica.

La cuestión quedo superada con la sanción de la ley 26.842, estableciendo que la jurisdicción de la trata de personas será siempre federal ya que se trata de una criminalidad que frecuentemente excede fronteras internas o externas, por lo que requiere un mayor tratamiento e investigación.

Puede ocurrir que al comienzo de la investigación no exista una certeza sobre la existencia del delito de trata de personas, sino que esta sea solo una posibilidad remota, caso en el que deberá intervenir la justicia ordinaria hasta la comprobación de la sospecha fundada sobre la existencia del ilícito en cuestión. Pero según el Dr. Hairabedián:

si la afirmación delictiva apunta únicamente en este sentido, y no existen alternativas de delitos de jurisdicción común, la orfandad probatoria inicial no puede servir para rehusarla jurisdicción federal, porque es precisamente a partir y por medio de esta que podrá averiguar la verdad (Hairabedián, 2013, p. 98).

También puede suceder que no se conozca con precisión el lugar concreto de comisión del delito, por lo que en este caso le corresponde actuar al órgano que recibió la noticia del hecho, o puede ocurrir que el mismo se haya desarrollado en sitios diferentes caso en el cual se debe determinar cuál sería la jurisdicción competente desde el punto de vista de una mayor eficacia en la investigación, economía procesal y una mejor defensa de los procesados.

Condiciones especiales para el testimonio.

La legislación Argentina ha previsto un sistema de protección a las víctimas de estos delitos cuando se trata de prestar testimonio en un juicio penal.

La ley 26.364 del año 2008 establece las mismas modalidades de testimonio que las previstas para las víctimas de delitos sexuales menores de edad. Si son menores a 16 años deben ser entrevistadas por un psicólogo especializado en la materia y designado por el tribunal, en un gabinete acondicionado para la situación y en ningún caso podrán ser interrogados en forma directa por el tribunal interviniente o por las partes, debiendo hacerse por el sistema denominado “Cámara Gesell”. Si al momento de comparecer tiene entre 16 y 18 años previamente a recibirle testimonio se debe requerir el informe de un especialista para determinar si existe algún riesgo psicofísico para declarar ante los estrados judiciales, en cuyo caso se procederá de igual forma que para los menores de esa edad.

La jurisprudencia argentina le ha negado el carácter de pericia por lo que no es necesaria la notificación a las partes, pero estas poseen el derecho de observar la reproducción de las filmaciones.

Cuando la urgencia lo requiera y siempre que no existan posibilidades de conocer los datos del hecho mediante el procedimiento establecido se podrá interrogar sumariamente a la víctima. También podrá obviarse el trámite previsto cuando la víctima o su representante hagan una expresa renuncia a él.

La nueva ley ha venido a equiparar a las personas menores de edad y a los mayores estableciendo que siempre que sea posible y se cuenten con los mecanismos adecuados las víctimas deberán ser interrogadas por un psicólogo y bajo la modalidad de la “Cámara Gesell”. Además la nueva legislación establece el derecho y la obligación de notificar a los imputados y

sus defensores sobre la realización del acto, cuando no existan imputados en el caso se deberá realizar bajo control judicial.

Cuando se trate de actos de reconocimiento de lugares u objetos, la víctima será acompañada por un profesional que designe el tribunal y en ningún caso puede hacerse presente en el imputado.

También en este programa de cuidado a las víctimas se establece la prohibición de realizar careos con las víctimas menores de edad, y en cuanto a la posibilidad de realizar estudios médicos en la víctima se requiere siempre su consentimiento previo a fin de no menoscabar su intimidad.

Por otro lado también se establece la posibilidad de contar con protección estatal frente al temor de la víctima o su familia a recibir represalias, contando con una custodia permanente o en su caso con otros medios de protección tales como celulares o alarmas conectadas a organismos estatales con los que pueda requerir ayuda rápidamente siempre que lo necesite.

Confidencialidad de las actuaciones.

La normativa referente al delito de trata de personas también ha establecido que las actuaciones judiciales sean confidenciales y de identidad reservada con la finalidad de proteger la privacidad de las víctimas. Esta disposición puede generar serios conflictos frente al derecho del imputado de contar con una defensa e interrogar a los testigos de cargo.

Esta disputa entre el derecho de defensa del imputado y el de reserva de identidad de las personas declarantes puede resolverse a favor de esta última, pero sin desconocer el derecho del imputado, lo que resulta muy difícil de llevar a la práctica por lo que queda a criterio del tribunal interviniente según un criterio de proporcionalidad y siempre observando el caso en cuestión.

Medidas precautorias.

El juez que interviene en la causa, por ejemplo de trata de personas, posee la facultad de establecer cualquier medida cautelar tendiente a asegurar el decomiso de los bienes muebles e

inmuebles y cualquier bien o derecho patrimonial siempre que los mismo se encuentren relacionados con el hecho que se investiga.

En estas condiciones, es facultad del juez por ejemplo el decidir sobre la clausura provisoria de los establecimientos o lugares donde se haya desplegado el delito.

El problema se presenta cuando el delito ha sido desarrollado en la vivienda misma de las personas imputadas, ya sean de su propiedad o arrendada. En este caso particular ¿puede el juez interviniente disponer medidas cautelares sobre el inmueble?

Al coincidir la utilización del inmueble como vivienda y para el desarrollo de las actividades ilícitas, el ordenamiento de medidas cautelares debe ser evaluado en cada caso concreto, a fin de que se determine la procedencia de por ejemplo, la clausura o la prohibición de acceso, ya que si bien como dijimos anteriormente este es una facultad de los jueces intervinientes también existen otros derechos tutelados constitucionalmente como son el acceso a una vivienda digna y el uso y disposición sobre la propiedad.

De este modo, corresponde al arbitrio judicial la decisión sobre tales cuestiones, respetando siempre los terceros de buena fe que pudiesen tener un interés o vinculación jurídica con los bienes involucrados en el delito, además de los derechos mencionados anteriormente y constitucionalmente protegidos.

CAPÍTULO V

Ley provincial 10.060

Fuera de la ley nacional de profilaxis antivenérea en la Provincia de Córdoba no existía ninguna normativa relacionada a la trata de personas hasta el dictado de la ley provincial 10.060, que llega para modificar esta situación y poner fin a la existencia de todas las formas de oferta sexual pública. Esta norma reafirma el sistema abolicionista de la trata de personas que ya se había adaptado en nuestro país por la ley 12.331. Inclinarse por esta postura implica comprender y aceptar que las mujeres que se encuentran en esta situación de prostitución lo hacen por una especial circunstancia relacionada con la situación de vulnerabilidad de la que se habló en capítulos anteriores, esto es, necesidades humanas insatisfechas que contribuyen a que sean reducidas a un objeto y de ese modo cualquier persona ejerza poder sobre ellas buscando un fin económico.

Esta ley provincial sancionada en el año 2012 establece normas claras al respecto:

Artículo 1: Prohíbese en todo el territorio de la Provincia de Córdoba la instalación, funcionamiento, regenteo, sostenimiento, promoción, publicidad, administración y/o explotación bajo cualquier forma, modalidad o denominación –de manera ostensible o encubierta- de whiskerías, cabarets, clubes nocturnos, boites o establecimientos y/o locales de alterne.

Artículo 2: “Dispónese la inmediata clausura a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, en todo el territorio de la Provincia de Córdoba, de las whiskerías, cabarets, clubes nocturnos, boites o establecimientos y/o locales de alterne, en los términos y condiciones de esta norma y de acuerdo al procedimiento que se establezca por vía reglamentaria, facultándose a las autoridades de Aplicación a adoptar las medidas necesarias y conducentes a tales fines”.

En el artículo siguiente la norma define lo que debe entenderse por estos lugares con la finalidad de evitar que se oculten o se disfracen bajo otros nombres a estos lugares donde se brindan servicios sexuales:

Artículo 3: A los efectos de la presente ley se entiende por whiskería, cabaret, clubes nocturnos, boite o establecimientos y /o lugares de alterne: a) a todo lugar abierto al público o de acceso al público en donde se realicen, toleren, promocionen, regenteen, organicen o de cualquier modo se faciliten actos de prostitución u oferta sexual, cualquiera sea su tipo de modalidad; b) a todos los locales de cualquier tipo abiertos al público o de acceso al público en donde los concurrentes t/o clientes traten con hombres y/o mujeres contratadas para estimular el consumo o el gasto en su compañía, y/o; c) a todo lugar en donde bajo cualquier forma, modalidad o denominación se facilite, realice, tolere, promocióne, regentee, organice, desarrolle o se obtenga provecho de la explotación de la prostitución ajena, hayan prestado o no las personas explotadas y/o prostitutas y/o que se prostituyen, su consentimiento para ello.

De esta manera, podemos aseverar que todos los actos de oferta sexual se encuentran incluidos en la ley y son pasibles de las sanciones que correspondientes, sanciones estas que también se encuentran establecidas por la misma ley en su articulado número 4 e incorporadas al Código de Faltas de la Provincia de Córdoba como artículo 46 bis:

Sin perjuicio de las penalidades previstas en otros ordenamientos normativos sobre la materia y la clausura total y definitiva del establecimiento, serán sancionados con arresto de hasta sesenta (60) días, no redimible por multa, quienes violen la prohibición dispuesta en todo el territorio de la Provincia de Córdoba, de instalación, funcionamiento, regenteo, sostenimiento, promoción, publicidad administración y/o explotación bajo cualquier forma o modalidad, de manera ostensible o encubierta de whiskerías, cabarets, clubes nocturnos, boites o establecimientos y/o locales de alterne.

Por otro lado, analizando los sujetos intervinientes en la contravención podemos decir que sujeto activo del mismo solo puede ser una persona que se encuentre a cargo de whiskerías, cabarets, clubes nocturnos, boites o lugares de alterne que violen la prohibición establecida por la norma, esto es, instalar, hacer funcionar, regentear, sostener, promocionar, dar publicidad, administrar o explotar lugares donde exista oferta sexual.

En cuanto al tipo subjetivo de la falta solo se admite el dolo directo, es decir que a sabiendas de la existencia de la prohibición emprende la acción típica, no se requiere que exista fines de lucro, igualmente se configura el delito.

El tipo objetivo en su caso consiste en violar la prohibición establecida por la ley desarrollando cualquiera de las conductas típicas descriptas, instalar, hacer funcionar, regentear,

sostener, promocionar, dar publicidad, administrar o explotar de cualquier manera whiskerías, clubes nocturnos, boites, cabarets, locales de alterne o cualquier establecimiento donde se ejerza la prostitución. Instala quien monta este tipo de lugares para que funcionen con esos fines. Hace funcionar, quien procura la marcha. Regentea, el que dirige las operaciones en nombre del dueño y de manera temporal. Sostiene, el que mantiene el lugar con aportes de cualquier naturaleza destinados a hacer funcionar el mismo. Promociona, quien da impulso. Publicita, quien da a conocer una cosa con el propósito de atraer compradores. Administra o explota, la persona a quien se le encarga el cuidado de bienes ajenos.

En suma le legislación provincial comentada acoge un criterio abolicionista debido a la gran contradicción que supone sostener una lucha impertérrita contra la trata mientras se tolera la existencia de locales donde se ofrecen servicios sexuales. Las prohibiciones contenidas en la ley no censuran la prostitución como actividad privada de cualquier persona que hace operativo el derecho a la libertad sexual, sino por el contrario se dirige a combatir la existencia de explotadores de personas.

En esta línea discursiva puede sostenerse que la ley provincial 10.060 nace bajo la premisa *sin explotadores no hay trata*, lo cual va mucho más allá del slogan *sin clientes no hay trata*, puesto que se rompe con los prejuicios morales acerca del ejercicio de la prostitución y se centra la cuestión en torno a una cuestión eminentemente normativa: la explotación sexual y la relación inescindible con el delito de trata, vinculación sustentada por los datos estadísticos brindados por el propio Ministerio de Justicia de la Nación: son rescatadas alrededor de 600 mujeres por año de las redes de trata de personas, los rescates se llevan a cabo en torno a cabarets, whiskerías o lugares físicos dedicados al comercio sexual.⁵

Por supuesto que las prohibiciones en sí mismas son cuestionables, dado que no garantizan la erradicación total de las causas de este delito, sin embargo, la normativa parte de un supuesto que no es del todo errado: detrás de un local que comercialice sexo probablemente existe una red de explotación, ante las cifras alarmantes de la desaparición de mujeres es lógico que se diseñe este tipo de acción gubernamental, por supuesto deberá ser acompañada por medidas a largo plazo de índole cultural.

⁵ <http://www.jus.gob.ar/noalatrata.aspx>

Se ha visto a lo largo del Capítulo Segundo el recorrido histórico de la legislación relacionada a la prostitución, de dicho análisis surge claramente el modo en que el gobierno nacional y los gobiernos locales han tratado de imponer sus potestades reglamentarias para reglamentar y en algunos casos acabar con el comercio sexual. Todo el derrotero legislativo no hizo más que confirmar lo que Messio (2015) define como anomia social y política sobre la problemática:

En presencia de desorganización, el Estado asume un rol fundamental, ya que no hay nación en el mundo que ayer, hoy y siempre haya podido sortear los obstáculos para la realización de sus cometidos sino a través de la definición de políticas de Estado. La ausencia o deficiencia en la formulación de aquellas produce una apatía normativa, desencanto no solo en el seno de la sociedad, sino en los actores con poderes de decisión, lo que conduce a un relativismo en la valoración de las normas que son para todos de cumplimiento obligatorio, como integrantes de la sociedad. La anomia social necesariamente incluye la anomia política, lo que hace que las acciones políticas se consideren ineficaces, influyendo, en cierto modo, en la participación política. Los grupos asignan status y roles a los individuos. Cuando estos son claros y en sus aspectos dinámicos – roles – se cumplen cabalmente, la sociedad está relativamente organizada. Cuando sucede lo contrario, se presenta la desorganización social. Y es en presencia de aquella en donde surgen grandes violaciones a los derechos más esenciales de las personas, lo que se constituye cuando se configura el delito de trata de personas (Messio, 2015, p. 129).

La cita transcrita revela pues un hecho clave en la lucha contra el delito de trata: el estado debe romper los esquemas de anomia y para ello debe comenzar mandando un mensaje remoralizador que devuelva a los ciudadanos la confianza en la norma, la Provincia de Córdoba y su ley 10.060 tal vez intentan una lucha seria contra la trata desde esta óptica, lo que no implica decir que lo esté consiguiendo o no. Lo verdaderamente relevante es el hecho de comenzar el diseño de políticas preventivas y persecutorias contra la trata partiendo de supuestos fácticos que no son del todo inverosímiles. En este orden de ideas expresa la autora citada con anterioridad:

La anomia refleja siempre un quiebre entre el inconsciente colectivo más profundo y lo que la norma estatuye, por ello es que uno de nuestros primordiales fines es lograr un cumplimiento espontáneo de las normas, que las personas internalicen modos de conducta que rechacen cualquier situación de explotación que denigre el ser humano, y es por ello que decimos *sin explotadores no hay trata y con procesos de resocialización responsable no hay clientes* (Messio, 2015, p. 129 y 130).

ANEXO JURISPRUDENCIAL

A continuación se expondrán dos casos emblemáticos que versan: el primero, sobre el ejercicio de la prostitución, y el segundo propiamente sobre el delito de trata.

Se han escogido los casos en base a la relación, planteada a lo largo de los capítulos, entre el delito de trata y la tolerancia o permisión de locales públicos que ofrecen servicios sexuales. La ley cordobesa 10.060 parte del supuesto que sostiene una vinculación directa entre locales prostibularios y delito de trata. No prohíbe el ejercicio privado de la prostitución, más sino persigue y castiga por medio del derecho local al explotador sexual.

Reseña del caso Rossina

SENTENCIA NÚMERO 37.

Rio Segundo, veintiuno de septiembre de dos mil doce.

“ROSSINA, HÉCTOR RAÚL Y OTROS – AMPARO” (Expediente. “R”-04/2012 SAC: 623014)

A raíz del dictado de la ley provincial 10.060, el señor Héctor Raúl Rossina propietario de “El Lagarto”, de la localidad de Oncativo, Córdoba, reclamó por medio de la interposición de la acción de amparo su derecho a comerciar y a ejercer la industria lícita basada en el artículo 14 de la Constitución Nacional. Comparecieron también las personas que se encontraban en el local de alterne como trabajadoras sexuales reclamando su derecho a trabajar.

El precedente, en su parte medular expresa:

VI) Los actores cuestionan la violación de la competencia provincial: al respecto cabe reparar que este punto no es de recibo pues la normativa cuestionada consiste en una reforma al Código de Faltas vigente, que incorporó una norma que prohíbe en todo el territorio provincial la explotación de la prostitución. El fundamento dado en la reglamentación de la ley es que dicha norma tiene por finalidad combatir el flagelo de la Trata de Personas con fines de explotación sexual, disponiendo como primer medida a tal fin la prohibición de la instalación, funcionamiento, regenteo, sostenimiento, promoción, publicidad, administración y/o explotación bajo cualquier forma, modalidad o denominación, de whiskerías, cabarets, clubes nocturnos, boites o establecimientos y/o locales de alterne y la clausura de los establecimientos de esas características que funcionen en el territorio de la Provincia de Córdoba. En

consecuencia se considera que proteger la explotación de la prostitución ajena, es combatir la Trata de Personas. En otros términos, la prostitución fomenta la trata.

VII) Entiendo que el primer interrogante a contestar que va a permitir arrojar luz sobre el resto de los planteos es el siguiente: ¿en nuestro sistema legal es la prostitución es trabajo lícito? Como bien señala el Fiscal al contestar la vista, la prostitución, no puede ser considerada un trabajo, porque la explotación de la prostitución es una forma de violencia contra las mujeres, una violación a los derechos humanos; no es un contrato entre cliente y mujer en prostitución, porque no se puede hablar de consentimiento -condición de todo contrato- en situaciones de profunda desigualdad. La relación entre cliente y mujer prostituida no es una relación laboral entre empleador y empleada. No ingresa dentro del campo del derecho del trabajo, ni puede ser inscripta en los organismos respectivos.

Considerar a la prostitución trabajo favorece la trata y la legalidad de proxenetas y rufianes, al convertir la explotación sexual en un negocio legal.

La prostitución es un grave problema que es perjudicial, en particular, no sólo a la mujer prostituta o un niño, sino también a la sociedad en general. Por lo tanto, las mujeres prostituidas y los niños son vistos como víctimas de la violencia masculina que no corran el riesgo de sanciones legales. En su lugar, tienen derecho a la asistencia a escapar a la prostitución.

El camino que lleva a la prostitución y a ese estilo de vida, una vez que se ha caído en ella, raramente se caracteriza por el pleno ejercicio de derechos de las víctimas o la obtención de oportunidades adecuadas.

En el caso concreto, las expresiones de las mismas accionantes, que se auto denominan como “trabajadoras sexuales”, se advierte que son personas inmersas en una profunda situación de vulnerabilidad tanto social como personal. En consecuencia, no es posible hacer lugar a los planteos de los accionantes, ya que no se puede, legalizar o reglamentar una actividad que se encuentra prohibida en Convenciones internacionales de jerarquía constitucional, que imponen deberes hacia los Estados partes: prohibir y castigar la explotación sexual ajena por resultar violatoria de derechos constitucionales.

VIII) El derecho constitucional que reclama el dueño del local “EL Lagarto” es la libertad de trabajar y ejercer industria lícita, contemplado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional.

El sistema abolicionista fue adoptado en nuestro país en 1936 con la sanción de la ley 12.331, llamada de la “Profilaxis Venérea”, que buscó la supresión del reglamentarismo y prohibió en todo el país el establecimiento de casas o locales donde se ejerza la prostitución o se incite a ella y se castiga a los que sostengan, administren o regenteen, ostensible o encubiertamente, las llamadas “casas de tolerancia” o prostíbulos, en los hechos la norma cayó en desuso y se volvió al sistema reglamentarista. Prueba de ello, son las presentes acciones de

amparo, iniciadas por las personas dedicadas a esta actividad y por los dueños de casas de tolerancia, reconociendo que allí se ejercía la prostitución y presentando todas las habilitaciones municipales que le permitían funcionar.

Es evidente que Rossina no puede invocar el derecho que pretende (ejercer el comercio y toda industria lícita y el de trabajar con el fundamento de que su local comercial “El Lagarto” sito en calle Belgrano n° 1700 de la localidad de Oncativo, se encuentra habilitado por la Municipalidad), toda vez que desde hace casi ochenta años, locales de esa característica están prohibidos en nuestro país por aplicación de la ley de Profilaxis, ya mencionada. Pues a partir de la vigencia de esa ley, Argentina se definió como un país abolicionista, es decir, no se reprime el ejercicio de la prostitución, ni lo intenta reglamentar, pero sí se sanciona a todo aquel que lucre o explote el ejercicio de la actividad sexual ajena. En este sentido, el artículo 15 de la ley prohíbe el establecimiento de casas de tolerancia o lugares donde se ejerza la prostitución; mientras que su artículo 17 reprime a quienes sostengan, administren o regenteen esta clase de locales.

IX) Legitimación activa de las accionantes, que se denominan “Trabajadoras sexuales” y en ese carácter se expresaron en la demanda resultando: “que el común denominador de todos estos relatos personales es la de una profunda situación de vulnerabilidad que estas mujeres padecen: alejadas de sus vínculos familiares, ya que no viven ni con su familia ni con sus hijos, se encuentran de hecho internadas en local comercial, todo lo cual hace de dudar de la libertad del consentimiento prestado. Pues esta situación de vulnerabilidad posee la virtualidad de transformarlas en objeto de explotación por personas inescrupulosas, que aprovechan por un lado el estado de necesidad de las mujeres y las deformaciones de la sexualidad de los “clientes” o consumidores de prostitución”.

La normativa internacional, donde en el art. 3, inc. B del Protocolo de Palermo, se niega todo valor al consentimiento de la víctima. El instrumento internacional establece que: el consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado”. Por otra parte, un aparente primer consentimiento prestado por las víctimas, puede resultar luego viciado, si la víctima conocía la naturaleza del trabajo pero no las condiciones de esclavitud en las que tendría que llevarlo a cabo.

Por lo que, en los presentes las actoras carecen de legitimación activa para reclamar, ya que en la base de su reclamo subyace el de una actividad no permitida por las leyes.

X) Exhortar a las Autoridades a restablecer la dignidad de la mujer que ejerce la prostitución: La prostitución es una forma de violencia contra las mujeres, de violación de los derechos de las humanas, de la explotación sexual, institución fundamental en la construcción de una sexualidad basada en el dominio masculino y la sumisión femenina y en la cosificación

de nuestros cuerpos. No es por tanto, una expresión de la libertad sexual de las mujeres. La obligación de los poderes públicos es evitar, en lo posible, que esta forma de violencia, afecte a ningún ser humano.

Desde este lugar se exhorta a las autoridades del Poder Ejecutivo a tomar debida nota de lo aquí resuelto y a brindar a las mujeres que ejercen la prostitución la posibilidad de un trabajo diferente.

Por todo lo expuesto, doctrina aplicable y normas legales citadas,

RESUELVO: I) Rechazar la acción de amparo instaurada por Héctor Raúl Rossina, Silvia Verónica Mariano, Noelia Carolina Mamani, Patricia Victoria Alaniz, Roxana Paola Sepúlveda y Mabel del Valle Torres en contra del Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba (CN art. 43, C.Prov., art. 23 inc. 19 y 39, Ley 4915 art. 2 inc. a) II) Exhortar a las Autoridades Provinciales para que brinden a Silvia Verónica Mariano, Noelia Carolina Mamani, Patricia Victoria Alaniz, Roxana Paola Sepúlveda y Mabel del Valle Torres, la posibilidad de un trabajo digno que les permita salir de la situación de vulnerabilidad.

Análisis del fallo Rossina.

En el fallo se cuestiona y se lleva a la justicia principalmente el derecho de los amparistas a ejercer el comercio, a trabajar en forma independiente explotando locales de alterne o como trabajadoras sexuales. Se debate la inconstitucionalidad de la nueva ley provincial 10.060 con respecto a lo que establece nuestra Constitución Nacional.

Las trabajadoras adujeron ejercer libremente su profesión, prestando su consentimiento para ello, tomando esta actividad como un medio de vida con la cual debían mantener económicamente a sus familiares. No obstante ello, de acuerdo a sus relatos se advirtió que eran mujeres sumergidas en situaciones de profunda necesidad y vulnerabilidad.

El juez en su decisorio expresa que la prostitución no puede ser considerada como un trabajo lícito, ya que este excede del mero intercambio económico, posee un alto valor social, además de que es una de las formas más aberrantes de violencia contra la mujer, una violación a los derechos humanos, no es un contrato entre un hombre y una mujer en situación de prostitución, no se puede hablar de un consentimiento valido en estas circunstancias.

Los amparistas cuestionan la sanción y constitucionalidad de la nueva ley 10.060, que impide el establecimiento y funcionamiento de todos los prostíbulos en la provincia de Córdoba, y la inmediata clausura de los existentes. Pero esta prohibición no es algo nuevo en la República

Argentina, ya que hace más de ochenta años que el país adoptó una postura abolicionista contra la prostitución con la sanción de la ley 12.331 de Profilaxis Antivenérea, por considerarse que en ella se encuentra englobada la trata de personas.

Por lo expuesto, resulta absolutamente constitucional la sanción de la ley provincial y la reforma al código de faltas de la Provincia de Córdoba. Con la prohibición de instalación y funcionamiento de locales donde se ofrezcan de cualquier modo oferta sexual, se procura evitar la trata de personas, considerándose que se trata de dos delitos conexos, siendo uno de ellos anterior al otro.

Por lo tanto, el ejercicio de la prostitución no puede ser calificado como un trabajo, es contrario a las normativas sobre salubridad pública y la legislación argentina se muestra contraria a su aceptación y reglamentación. Implicaría una modificación no solo de las leyes provinciales y nacionales, sino también de nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales sobre la materia firmados por nuestro país.

Pese a ello, nada impide que se ejercite la prostitución en otros ámbitos como los privados, ya que ello no se encuentra prohibido por ninguna reglamentación, cae dentro de la esfera privada de las personas y por tanto exenta de la autoridad de los magistrados, amparadas además por el artículo 19 de nuestra ley suprema.

Reseña del caso “G., M. S.”

La propietaria de un prostíbulo en el departamento de Río Segundo, Provincia de Córdoba, en el cual vivían y prestaban servicios sexuales varias mujeres —algunas menores de edad— fue procesada como autora del delito de trata de personas. La Cámara confirmó el decisorio apelado, encontrándose responsable a “G., M. S.” del delito de trata de persona mayor de dieciocho años y del delito de trata de persona menor de edad.

Los magistrados integrantes de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba Sala B entendieron que corresponde procesar, como autor del delito de trata de personas, al dueño del local nocturno en el cual se ejercía la prostitución ya que, aun cuando la víctima mayor de 18 años de edad, hubiere manifestado que su arribo a dicho local fue por decisión propia, su consentimiento para ejercer la prostitución es el resultado de una situación de vulnerabilidad. Se expidieron también sobre la situación padecida por una menor de edad, en este caso se sostuvo la

ausencia de capacidad para consentir, siendo inválida cualquier manifestación en ese sentido.

De acuerdo a las constancias de autos, las conductas ilícitas enrostradas a M. S. G. habrían consistido en la captación con fines de explotación sexual, de G.G.B, mayor de 18 años de edad y R.J.F., de 17 años a la fecha de los hechos, ambas de sexo femenino y procedentes de la ciudad de Santa Fe. Cabe destacar que los tipos penales aplicables al caso fueron los sancionados en 2008 mediante la Ley N°26.364 "Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas".

A continuación se exponen algunos fragmentos sustanciales de este fallo trascendental en lo que hace a la persecución del delito de trata:

4. En el caso correspondiente a G.G.B., el hecho que dio origen a la investigación fue su internación por cuestiones de salud, en el nosocomio municipal de la ciudad antes citada, con fecha 27 de mayo de 2008. En dicha ocasión, la nombrada habría referido a personal del hospital que, procedente de Santa Fe, trabajaba como prostituta junto con otras chicas en la Whiskería "Las Rejas", ubicada en la Ruta 9, en la entrada de Río Segundo, convocando las autoridades del ente sanitario a personal policial, al que se le informó sobre lo sucedido.

Asimismo y puesto ello en conocimiento del señor Juez de Control Menores y Faltas de Río Segundo, el Magistrado dispuso que personal del cuerpo policial efectúe la custodia y vigilancia de G.G.B. -fs.5/6-, llevándose a cabo tareas investigativas sobre el domicilio precedentemente señalado -fs.8/10-, disponiendo además el señor Juez el allanamiento del local mencionado -fs.12.-. Cumplido el procedimiento, -27 de mayo de 2008-, se labró el acta respectiva, incorporada a fs.17/18.

Según surge de su redacción, en dicha oportunidad no se constató la presencia de menores de edad en el lugar, encontrándose la hoy prevenida M. S. G. y M.C.E., manifestando ésta última haber sido ella quien acompañó a su compañera G.G.B. al hospital.

DEL VOTO DEL DR. RUEDA: Resulta de vital importancia considerar que de acuerdo fuera la voluntad del legislador, tales tipos delictivos, con propósitos de explotación humana - sexual, laboral, tráfico de órganos, reducción a servidumbre (art.3 ibíd)- fueron ubicados en el título V del Código Penal. Ello significa que la conducta ilícita denominada "Trata de personas" conforma un comportamiento, contrario a un valor digno de estricta tutela penal, cual es la libertad, y en particular la libertad individual, por constituir ésta una de las cualidades inherentes e intrínsecas de la condición humana, protegida por la Constitución Nacional y Pactos internacionales incorporados a la legislación argentina.

La propia ley 26.364 definió al tipo penal en cuestión, distinguiendo en base a la necesidad del medio empleado, según las víctimas sean mayores o menores de dieciocho años -arts.2°y

3°. Asimismo en su art. 4° y en orden al fin propuesto en la conducta ilícita, precisó lo que debe entenderse por "explotación".

Por otra parte, distintos autores han conceptualizado el comportamiento ilícito en cuestión. Se ha dicho así que la trata de personas resulta "una forma moderna de esclavitud. Una modalidad delictiva por la cual se establece entre la víctima y los delincuentes una relación de sujeto-objeto, donde al objeto únicamente se lo mantiene en condiciones de vida exclusivamente en la medida que reporte ingresos económicos..." (Alejandro Cilleruelo "Trata de personas para su explotación"; La Ley 25/06/2008).

Conforme ha sido detallado precedentemente, dos son las situaciones que se presentan en autos como hechos ilícitos presuntamente ocurridos, encontrándose probado, de acuerdo a los elementos de cargo obrantes en autos y reseñados en los Considerandos anteriores que en el lugar "Whiskería Las Rejas", objeto de investigación, se habría ejercido la prostitución.

De acuerdo han sido las imputaciones y según el orden impuesto, el primer hecho fue encuadrado en el ilícito de "Trata de personas", en los términos del art.145 bis del Cód. Penal, cuyo sujeto pasivo resulta ser una persona mayor de 18 años de edad.

Respecto a ello y como fuera previamente desarrollado, la defensa ha intentado rebatir los fundamentos del Magistrado Inferior, alegando al respecto en pos de mejorar la situación procesal de su representada, que la víctima prestó consentimiento para su explotación sexual, negando la presencia en el caso de los medios comisivos exigidos en el tipo penal en cuestión y en particular que la conducta se haya basado en el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad.

Así las cosas y contrariamente a lo que afirma la defensa, entiendo que aun cuando G.G.R., de 19 años de edad a la época de los hechos, manifestó que su arribo a la Whiskería fue por propia decisión -ver fs.70/71-, no se trataría de una "trabajo" pactado en igualdad de condiciones. A mi criterio, el "consentimiento" de la víctima para ejercer la prostitución en el local nocturno, no habría reunido las exigencias intrínsecas que su concepto exige -discernimiento, intención y libertad (art.897 del Cód.Civil)-; tratándose por el contrario de una aquiescencia viciada en su origen o fundamentación, de falsa apariencia y desvinculada de una voluntad libre, resultado de la situación de pobreza, desamparo y carencia de alternativas en la que la nombrada se hallaría y que, como ocurre en numerosos casos semejantes, empuja a estas personas a aceptar situaciones indignas, valiéndose de ello "el captador", "acogedor" o "repcionista". Valga recordar en el tema que dentro de los comportamientos típicos, objeto de sanción penal, se encuentran también las conductas de acoger o recibir. "Acoge quien da hospedaje, aloja, el que admite en su ámbito, esconde o brinda al damnificado protección física en contra del descubrimiento de su condición de explotado presente o futuro." (Maximiliano Hairabedian; obra citada, pág.23).

En efecto, de acuerdo surge de lo actuado y en particular, reflejado en la declaración

testimonial ya citada de G.G.R. -fs.70/71- como en el informe psicológico y social de fs.143 y datos registrados a fs.148/149, obran circunstancias relevantes sobre las condiciones familiares, sociales, culturales, psicológicas y económicas de la víctima. Y en tal sentido, tales habrían sido los factores condicionantes y conductores a que la víctima haya consentido su explotación, en principal beneficio, particularmente económico, de la hoy imputada G., quien valiéndose de las necesidades de la nombrada G.G.R., la habría sometido a sus designios y voluntad.

En torno a ello, cabe hacer especial mención a lo detallado en la declaración testimonial prestada por G.G.R., cuando al ser interrogada por el señor Fiscal sobre "si alguien le había sugerido que dijera que estaba en ese lugar trabajando por su propia voluntad o si estaba amenazada, o le habían dado indicación sobre lo que tenía que decir, la compareciente se emociona, baja la cabeza y no da ninguna respuesta.". Ello mostraría también o al menos sería un indicio del abuso de poder que se habría ejercido sobre la víctima.

Por otra parte, tal abuso surgiría asimismo de las condiciones de vida de la nombrada G.G.R. en el local nocturno, donde además de ejercer la prostitución con aquellos "clientes" que concurrían al lugar a tal fin, también allí vivía, dependiendo de la voluntad y decisión de G. en el ejercicio de su libertad ambulatoria y disposición dineraria. Destaco en el tema que G.G.R. manifestó "que si bien tienen la llave de ese boliche, cuando quieren salir, le tienen que avisar a la dueña. Que la dueña les dice que "si salen a tal hora, tiene que regresar a tal hora". También indicó: "Fabiana les guardaba el dinero que ellas ganaban. Que cuando necesitaban dinero para alguna compra, tenían que pedirselo a Fabiana y ella les entregaba la suma que pidieran. Que cuando se iban a Santa Fe, recién les entregaba la totalidad del dinero que había recaudado. Que no sabe decir la suma que la dicente tenía acumulada hasta el presente...".

En suma, obrando en autos suficientes elementos probatorios que acreditan en grado de probabilidad la presencia del ilícito previsto y reprimido por el art.145 bis del Cód.Penal y la presunta responsabilidad en su comisión de la prevenida M. G., soy de opinión que en relación a este hecho, denominado primero, corresponde confirmar la resolución recurrida.

El análisis debe continuar en orden al segundo hecho imputado a la prevenida M. G., relativo a la trata de una persona menor de 18 años, tipificado en el art.145 ter del Cód.Penal, respecto al cual, se sabe que, de los elementos exigidos para su configuración, no se encuentran incluidos los medios comisivos, que si se reclaman cuando la víctima es mayor de 18 años. Es decir que en el caso, y como figura básica, la característica fundamental está dada por la condición de la víctima del ilícito - particularmente su edad- en cuanto resulta indiferente cualquier clase de consenso por su parte.

El análisis hecho por el tribunal pone de manifiesto la modalidad comisiva de este tipo de delitos, se destaca la agudeza con la que el magistrado Rueda desbroza doctrinariamente la cuestión al encuadrar los hechos y subsumirlos en la norma. Particularmente el fallo interpreta

cómo opera el camuflaje del consentimiento en las víctimas mayores de 18 años, repárese en este pasaje al ser interrogada la víctima: "si alguien le había sugerido que dijera que estaba en ese lugar trabajando por su propia voluntad o si estaba amenazada, o le habían dado indicación sobre lo que tenía que decir, la compareciente se emociona, baja la cabeza y no da ninguna respuesta." Igualmente obsérvese la siguiente cita referida al ejercicio de la libertad de aquélla:

Destaco en el tema que G.G.R. manifestó "que si bien tienen la llave de ese boliche, cuando quieren salir, le tienen que avisar a la dueña. Que la dueña les dice que "si salen a tal hora, tiene que regresar a tal hora". También indicó: "Fabiana les guardaba el dinero que ellas ganaban. Que cuando necesitaban dinero para alguna compra, tenían que pedirselo a Fabiana y ella les entregaba la suma que pidieran. Que cuando se iban a Santa Fe, recién les entregaba la totalidad del dinero que había recaudado. Que no sabe decir la suma que la dicente tenía acumulada hasta el presente (DEL VOTO DEL DOCTOR RUEDA)

El caso resuelto pone en evidencia los modos más comunes de comisión del delito de trata, el fallo relata pormenorizadamente los hechos, que vistos desde la perspectiva jurídica, revelan toda una mecánica delictiva que se repite en muchos lugares del mundo. En este sentido, cabe destacar como el *ablande*, consistente en "arrancar la autoestima para encontrar un campo lúdico al sometimiento y la despersonalización" (Messio, 2015, p. 43). Obsérvese en el voto del Dr. Rueda cómo se destaca el hecho de la vulnerabilidad de las jóvenes sometidas y el dominio absoluto que ejercía la procesada al poner de resalto la circunstancia de que las mujeres retornaban a sus domicilios en algunas ocasiones pero debían regresar en el tiempo estipulado, situación que evidencia el temor y la gran manipulación a la que eran sometidas.

De la lectura y contraposición de los fallos "Rossina" y "G., M. S." se desprende la relación innegable entre prostitución y delito de trata, basta con remitirse a los índices de mujeres recuperadas por el Estado Nacional para constatar el vínculo entre comercio sexual y trata de personas. La tolerancia, prohibición o abolición de la prostitución son modelos que el estado deberá tener presente en el diseño de políticas para el combate del delito tratado en este trabajo de investigación. No parece del todo ilógico pensar que la tolerancia de la prostitución materializada mediante locales habilitados para su ofrecimiento es un factor que coadyuva a la trata, es decir, pensar en el diseño de una política que rechace la comercialización de la oferta

sexual como medida preventiva no estaría en contramano con la legislación internacional sobre la temática.

CONCLUSIÓN FINAL

Luego del análisis de los tipos penales que sancionan las distintas formas comisivas del delito de trata de personas, del estudio de la evolución normativa de la legislación referida al comercio sexual en la República Argentina y de la lectura y comentario de diversos fallos y bibliografía que contiene hechos acaecidos en la realidad, debe decirse que existen suficientes razones como para afirmar que no es ilógico pensar que la tolerancia del ejercicio de la prostitución por parte del Estado como práctica cotidiana manifestada a través del funcionamiento de locales habilitados administrativamente o clandestinos constituye un factor negativo en la lucha contra la trata de personas. Esta situación produce además de una contradicción jurídica en el sistema, una interferencia en el constante proceso de socialización de los individuos al recibir dos mensajes antitéticos, pues por un lado se rechaza normativamente la explotación sexual de las personas y por el otro se alienta el consumo del comercio sexual.

Lo dicho anteriormente lleva a reflexionar sobre hasta qué punto la prostitución en sí misma es un factor decisivo en el incremento de las víctimas de trata, si se examinan los datos estadísticos del Ministerio de Justicia de la Nación que indican que en el año 2015, sólo en el mes de marzo se rescataron 274 mujeres de prostíbulos clandestinos o habilitados bajo la forma de whiskerías, desde el año 2008 se llevan rescatadas alrededor de 7000, según consta en la página oficial de dicha repartición. Las víctimas de trata recuperadas de ámbitos laborales constituyen tan sólo el 14 por ciento del total, lo cual indica que la modalidad comisiva por antonomasia es la que se asienta sobre el comercio sexual.

Ahora bien, a pesar del argumento de la autonomía de la voluntad que se sustenta en la interpretación del artículo 19 de la Constitución Nacional que establece: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”, es posible observar a la prostitución más allá de una legítima opción de vida, en la mayoría de los casos como resultado de la marginalidad producto de un fallido proceso de socialización que no ha cimentado la capacidad discernimiento para poder elegir libremente un proyecto de vida. Debe aclararse que por supuesto existen casos donde este oficio es el resultado de una decisión madura, pero en la mayor parte de los casos es consecuencia de la falta de oportunidades y se convierte en un medio o herramienta para subsistir conforme los datos aportados por la

Universidad Católica Argentina basada en una encuesta en las Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Plata, Rosario de Santa Fe, Córdoba, Mendoza y La Matanza.⁶

Consecuentemente puede afirmarse una vez más que no resulta irrazonable analizar la relación prostitución-trata a los fines de adoptar medidas con efectos preventivos que impacten en el corto plazo, pues en definitiva como se dijo ésta es producto de la marginalidad e impacta directamente creando las condiciones para la realización del delito de trata, en este sentido desde las órbitas gubernamentales se ha puesto énfasis en la consigna “*sin clientes no hay trata*”, lo cual demuestra toda una justificación del paradigma de la no tolerancia a la prostitución a nivel políticas macro. Nuevamente debe aclararse aquí que la actividad en sí misma no es repugnante al sistema normativo, mas sí lo es la actividad organizada económicamente bajo los negocios nocturnos de diversión, es decir con trascendencia pública y habilitación institucional, puede aquí interpretarse el propio artículo 19 de la Constitución Nacional afirmándose que la prostitución así concebida repugna a la moral, las costumbres y perjudica a terceros. Ahora bien, teniendo en cuenta que la prostitución ejercida como acto íntimo no es ilegal, podría sostenerse válidamente una frase distinta que no estigmatice a la persona que se dedica en forma absolutamente privada a esta actividad: “sin explotadores no hay trata”.

Dicha frase marca una gran diferencia y no es contraria al modelo permisivo de la prostitución en la intimidad, sin embargo es una afirmación que no desconoce todo lo sostenido hasta el momento sobre la preponderancia de esta actividad como causa del delito.

No obstante lo dicho podría justificarse un razonamiento jurídico que censure la prostitución en toda su extensión recurriendo a la ponderación de principios y teniendo como valor cardinal a la dignidad humana, atiéndose a este razonamiento:

Según Alexy, la ponderación puede ser dividida en tres etapas. La primera etapa comporta el establecimiento del grado de no satisfacción del primer principio. La segunda etapa consiste en establecer el grado de satisfacción del principio en pugna con el primero. ...Finalmente, la tercera etapa evalúa si la importancia de la satisfacción del segundo principio justifica la falta de satisfacción del primero. Podemos dividir el grado de afección a un derecho determinado en tres rangos: leve, medio y grave. Como es obvio, estos grados de afección son relativos al contexto establecido por el caso concreto. De ello resulta lo siguiente: las vulneraciones leves de un derecho fundamental ceden ante la protección media y la grave de otro derecho

⁶ www.uca.edu.ar/observatoriosocial/index/al

fundamental, y las medias ceden ante las graves. Quedan tres casos de empate, en donde –si entiendo bien la propuesta de Alexy– el legislador goza de discreción para afectar uno u otro derecho, lo que equivale a decir que, en los casos de empate, las restricciones legislativas al ejercicio de un derecho fundamental están justificadas... (Moreso, 2010, p. 824)

De la cita del eminente filósofo del derecho puede inferirse la posibilidad de adoptar un régimen legal que censure totalmente la prostitución conforme al contexto social imperante donde la trata es un flagelo, de este modo el principio de la dignidad humana tendría más preponderancia que el derecho a ejercer la prostitución (libertad sexual) y ello podría ser un argumento válido para asignarle disvalor a la prostitución en sí misma. Obviamente ello no está libre de objeciones, pero lo que se desea poner en evidencia con este autor es la posibilidad de construir un paradigma totalmente abolicionista.

En relación con lo planteado en los párrafos anteriores debe decirse que normativamente Argentina cuenta con una gran cantidad de disposiciones legales idóneas para combatir el delito de trata de personas, la incorporación al Código Penal de este flagelo por medio de la ley 26.364 en el año 2008 ha zanjado una gran diferencia con respecto a la legislación anterior, donde solo contábamos con leyes dispersas dentro de las cuales puede considerarse como la más importante la ley 12.331 de Profilaxis Antivenérea, que si bien fue con ella que Argentina se convirtió en un país abolicionista con respecto a este ilícito, prohibiendo la existencia de locales donde se ejerza la prostitución y castigando a los dirigentes y dueños de esos establecimientos, en la práctica se puede decir que de cierta manera resultó la ley mas violada de la historia, existiendo prostíbulos clandestinos distribuidos en todo el territorio argentino y cientos de mujeres y niños víctimas de trata de personas con estos fines macabros.

Luego de varios años con la sanción de la ley 26.364, posteriormente reformada en el año 2012 por la ley 26.842, se da fin a una cuestión muy debatida por la doctrina argentina, que era si el consentimiento de la victima de trata tornaba atípica la conducta o no. La ley establece claramente que existirá trata de personas y explotación aun mediando el consentimiento de la víctima, no constituirá en ningún caso exclusión de la responsabilidad penal, civil o administrativa en que pudieran incurrir los autores, partícipes, cooperadores o instigadores del delito. Esto es así, ya que resulta inconcebible la idea un consentimiento válido prestado por una persona mayor de edad para someterse a la autoridad de otro y así ofrecerse como un objeto de mercancía, restringiendo su libertad y su capacidad decisoria. No existe la posibilidad de hablar

de un consentimiento válido, de una lisa y llana voluntad del sujeto cuando esta voluntad se encuentra infectada por una extrema situación de vulnerabilidad, traducida en pobreza, marginalidad, sexo, religión, etcétera. En este caso se trata de un objeto sexual para satisfacer pasiones de otros a cambio de una contraprestación en dinero, como si esto se tratara de la prestación de un servicio, un trabajo y no una forma de violencia contra las mujeres y sus derechos como ciudadanas.

La evolución legislativa experimentada en torno a la trata de personas permite hablar de un nuevo paradigma en cuanto al concepto relacional trata-prostitución: el paradigma antropocéntrico, que consiste en una visión conglobada del fenómeno delictual asentándose en los procesos de socialización como punto cardinal. El modelo antropológico es el que plantea una síntesis entre los modelos prohibicionista, reglamentarista y abolicionista de la prostitución, proponiendo el cierre de todo lugar que potencialmente de origen a la explotación sexual y delitos conexos pero al mismo tiempo promoviendo acciones socializadoras que generen pautas culturales para la disminución de la clientela. Aborda el fenómeno desde el lugar de la víctima y de los agentes que sin ser agentes activos del delito hacen propicias las condiciones para la perpetración de las acciones criminosas estudiadas en este humilde trabajo:

Debemos enfocar nuestra mirada de manera profunda e innegociable hacia los explotadores, sean uno, sean mafias, sean redes, independientemente de cuántos, pues deben erigirse en un objetivo que no puede diluirse en el planteo de un determinado slogan que satisfaga legítimos reclamos sociales, pero que no se materialicen en realidades (Messio, 2015, p. 59).

No debemos olvidar que nos encontramos frente a un delito complejo, con múltiples facetas que afecta a todo el mundo y no sólo a una región, por ello es necesario un compromiso social, de toda la comunidad así como también de los organismos gubernamentales con la finalidad de realizar acciones concretas y eficaces para sancionar este ilícito y procurar el resguardo de los derechos de las víctimas y de las personas en situación de prostitución, se necesita además por parte del Estado la implementación de políticas de inserción laboral y social para las personas rescatadas de esta situación con la finalidad de brindarles una mejor atención en todos los aspectos y la posibilidad cierta de incluirse en la sociedad para evitar que en el futuro puedan llegar a caer nuevamente en este calvario sexual y psicofísico que es el sometimiento sexual.

Para construir de este modo una ciudadanía responsable es necesaria la educación como el instrumento de prevención y de cambio cultural más importante para comprender el impacto que produce en las víctimas el consumo de la prostitución, para ello el modelo antropocéntrico antes mencionado podría ser el modo para intentar cambiar la luctuosa realidad. Para concluir se citará una reflexión final de la doctora Patricia Messio (2015) que postula desafíos y patentiza los errores cometidos en torno a la materia:

Hoy nuestra sociedad no puede hacer alarde del slogan “sin clientes no hay trata”, muy seductor a la mirada social, pero que en la actualidad es tan sólo una aspiración de deseo irrealizable si no se tienen en cuenta los procesos anteriores [socialización], si no se consolidan perspectivas y actividades conjuntas con instituciones públicas y privadas, de los agentes de socialización, de los mecanismos de prevención, que comiencen a demostrar resultados en la internalización de las pautas (Messio, 2015, p. 98).

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.**Doctrina:**

Aboso, G. E (2014). *Trata de Personas. La criminalidad organizada en la explotación sexual y laboral*. Buenos Aires, Argentina: IB de f.

Arocena, G. A. (2007). Delitos contra la integridad sexual (continuación). En F. I. Balcarce, *Derecho Penal Parte Especial* (p. 297). Córdoba: Lerner.

Arslanián, L. C., Barbagelata, M. E., Gil Lavedra, R., Pinedo, F., y Zaffaroni, E. R. (2014). *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*. Buenos Aires: Infojus.

Colombo, M. (2013). *Trata de personas con fines de explotación sexual. Cuestiones interjurisdiccionales*. Buenos Aires, Argentina: Ad- Hoc.

Pivas, M. A. (2013). *Trata de personas con fines de explotación sexual. Cuestiones interjurisdiccionales*. Buenos Aires, Argentina: Ad- Hoc.

D'Alessio, A. J. (2009). *Código Penal de la Nación Comentado y Anotado* (Vol. 2). Buenos Aires: La Ley.

Donna, E. A. (2012). Las palabras, los hechos y la víctima en el derecho argentino. *Revista de Derecho Procesal Penal*(Extraordinario), 149-172. Santa Fe: Rubinzal Culzoni

Flores, R. E. y Romero Díaz M. D. (2009). *Trata de personas con fines de explotación*. Córdoba, Argentina: Lerner editora S.R.L.

Hairabedián, M. (2013). *Tráfico de personas*. Buenos Aires, Argentina: AD-HOC SRL.

Messio, P. E. (2015). *Trata de personas. Un modelo antropocéntrico como esperanza de vida*. Córdoba: Argentina: Ministerio de Gobierno y Seguridad de la Provincia de Córdoba.

Moreso, J. J. (2010). Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos. *Arbor*, 186(745), 821-832.

Palacio de Arato, M. (2012). *Trata de personas y prostitución en la provincia de Córdoba*. Córdoba, Argentina: Lerner editora S.R.L.

Tazza, A. (2014). *Trata de personas. Su influencia en los delitos sexuales, la Ley de Migraciones y la Ley de Profilaxis Antivenérea*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi S.R.L.

UNICEF (2007). *Trata de personas y tráfico ilícito de migrantes en México y América Central*. Panamá: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.

Vivas Ussher, G. (1999). *Manual de Derecho Procesal Penal* (Vol. 1). Córdoba, Argentina: Alveroni.

Artículos de publicación disponibles en internet:

Gulli, M. B. (2013). Trabajo Sexual. *Revista Pensamiento Penal*.
www.pensamientopenal.org.ar.

Vitale, G. (s.f.). Persecución Penal de la Pobreza. Recuperado el 12/03/2014 de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29460.pdf>

Carabajal, G. (2013). Trata de personas, un delito que crece. Recuperado el 10/2/2014 de <http://www.lanacion.com.ar/1248140-trata-de-personas-un-delito-que-crece>

Jurisprudencia:

Cam. Fed. Apel. de Córdoba, Sala B, “G., M. S. y otros s/infracción a art. 145 bis y 145 ter del CP. La Ley On line AR/JUR/44265/2009

Cam. Fed. Mar del Plata, “Dirección Nacional Migraciones”, reg. 8236, T° XXXVIII, F° 356, 2009.

Tribunal de la Provincia de Cba. Sede Rio Segundo. Juzgado 1ra instancia, “Rossina, Héctor Raúl y otros-amparo” (Expediente “R”-04/2012 SAC: 623014).

Legislación:

Ley 9143. *Ley Palacios*.

Ley 12331. *Ley de Profilaxis Antivenérea*.

Ley 26364, modificada por la ley 26842.

Código Penal Argentino.