

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN



**“El Consentimiento en la Trata de personas
con fines de explotación sexual de adultos”**

ABOGACÍA

Almeira, Aníbal Gerardo

2017

DEDICATORIA:

Dedico este trabajo final de la carrera de Abogacía a las dos personas que siempre me han respaldado de manera incondicional para lograr todo lo que me he propuesto, y por quienes vale la pena haber hecho el esfuerzo: mi esposa Sílvia y mi hija Camila.

Resumen

El presente trabajo se desarrolla con la finalidad de analizar el marco legal vigente en la República Argentina para el delito de trata de personas con fines de explotación sexual. Principalmente se indaga acerca del rol que desempeña el consentimiento de la víctima en la tipificación del delito. Consecuentemente se evaluará la coherencia normativa en la actual redacción del Código Penal respecto del bien jurídico tutelado y su conexión con los delitos relacionados. También se expondrá la relación entre este tipo penal y la prostitución considerando la vinculación existente entre ambos. Por tratarse de un delito de innegable importancia por su ámbito de desarrollo que trasciende las fronteras de los distintos países y aún de los continentes, ha generado que su prevención y persecución sea política de Estado en la Argentina. Además, siendo el derecho penal el que oficia de regulador de la potestad punitiva del Estado, se ha considerado relevante investigar y analizar aquellos elementos normativos que pudieran vulnerar derechos de quienes no sean delincuentes. Por lo tanto, los resultados y conclusiones de este trabajo de investigación se orientan a proponer alternativas a los problemas advertidos.

Palabras claves: trata de personas – explotación sexual -consentimiento – víctima.

Abstract

The present work was developed with the purpose of analyzing the existing legal framework in the Republic of Argentina for the crime of trafficking in persons for purposes of sexual exploitation. Mainly, we studied the role played by the consent of the victim in the offence. As a result it has been necessary to evaluate policy coherence in the current wording of the criminal code with respect to protected legal asset and their connection with related offences. It also studied the relationship between such a criminal and prostitution whereas the linkage between the two. Because it is a crime of undeniable importance by its scope of development that transcends the borders of the various countries and even continents, has generated its prevention and persecution are political State in the Argentina. In addition, being criminal law which acts as regulator of the punitive powers of the State, it was considered relevant to investigate and analyze those regulatory elements that could violate the rights of those who are not criminals. Therefore, the results and conclusions of this research are oriented to propose alternatives to the problems warned.

Key words: human trafficking - victim - consent - sexual exploitation.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7
Capítulo 1: La explotación sexual en el delito de Trata de Personas: Consideraciones generales	
1.1. Introducción.....	11
1.2. Trata de personas: nociones preliminares.....	11
1.2.1. Trata de personas con fines de explotación sexual.....	13
1.3. Bienes jurídicos protegidos.	14
1.4. El consentimiento: aspectos fundamentales para la interpretación integral del concepto.....	16
1.4.1. La vulnerabilidad de la víctima: nociones esenciales.....	16
1.4.2. La explotación sexual: nociones particulares.....	18
1.4.3. Trata de personas vs. Trabajo sexual.....	19
1.5. Conclusión.....	20
Capítulo 2: La Trata de personas en el derecho internacional: casos en los que el consentimiento excluye la tipicidad	
2.1. Introducción.....	22
2.2. La Trata de personas en el derecho internacional.	22
2.2.1. Cooperación de los Estados para combatir el delito de trata.....	25
2.3. La Trata de personas en el continente europeo y americano: intervención del Estado y respeto a la autonomía de la voluntad.....	27
2.3.1. Las distintas posturas jurídicas respecto de la prostitución.....	30
2.4. Casos en los que el consentimiento es jurídicamente eficaz para excluir la tipicidad: El sistema reglamentarista.....	31
2.5. Conclusión.....	31

Capítulo 3: La Política Criminal sobre trata de personas como política de Estado en la República Argentina

3.1. Introducción.....	33
3.2. La Política criminal respecto de la Trata de personas.....	33
3.3. El marco legislativo existente en torno a la figura de la prostitución: El sistema abolicionista en la Argentina.....	35
3.4. La Prevención del delito de Trata de personas con fines de explotación sexual.....	37
3.4.1. La exclusión de la eficacia jurídica del consentimiento.....	38
3.4.2. La punición de quienes se consideran trabajadoras sexuales.....	40
3.5. Conclusión.....	41

Capítulo 4: El problema de la exclusión del consentimiento en la Ley N° 26.842

4.1. Introducción.....	43
4.2. Tipificación de la Trata de personas en los artículos 145 bis y ter del Código Penal (según texto de la Ley N° 26.364).....	43
4.3. Modificaciones que introdujo la Ley N° 26.842 respecto de los medios comisivos y de la distinción entre adultos y menores.....	45
4.4. Delitos conexos con el de Trata de personas con fines de explotación sexual: forma en que opera el consentimiento en cada caso.....	46
4.5. El consentimiento en los adultos y el rol del juez a partir de la Ley N° 26.842.....	51
4.6. Conclusión.....	55

Conclusión final.....	57
------------------------------	-----------

Bibliografía	60
---------------------------	-----------

INTRODUCCIÓN

El presente estudio está orientado a examinar la legislación argentina actual en el delito de trata de personas con fines de explotación sexual. Específicamente, se pretende investigar un aspecto que ha sido debatido tanto doctrinaria como jurisprudencialmente: el llamado “consentimiento de la víctima”.

El objetivo general del trabajo consiste en evaluar la coherencia normativa en el ordenamiento legal argentino respecto de este tipo de delitos. Esto significa determinar en qué casos la trata de personas con fines de explotación sexual y los delitos conexos pueden ser confundidos —por las similitudes que presentan— al momento de calificar los hechos e imputarlos. En particular se busca indagar si, el consentimiento brindado a los terceros que obtienen un beneficio económico con la prostitución, en determinadas circunstancias, puede eliminar la tipificación del delito de trata de personas. Concretamente, se pretende valorar si es acertado que se excluya el consentimiento de pleno derecho (*iure et de iure*) de todos los adultos que se prostituyen, conforme a lo prescripto por el artículo 1° *in fine* de la Ley N° 28.642.

La gravedad y complejidad del delito de trata de personas y, en particular la trata con fines de explotación sexual, representa un desafío para la mayoría de las naciones, esto es, que los esfuerzos realizados para prevenirlo y combatirlo son de magnitud relevante y necesitan de políticas supranacionales de cooperación para ser efectivos. Es razonable y atinado que la persecución de las organizaciones que lucran con la actividad delictiva sea una política de Estado. Sin embargo, cabe preguntarse si el celo por ser efectivos en la persecución penal del delito estudiado no ha generado algunos de los inconvenientes mencionados en el párrafo anterior.

Con referencia a la trata de personas con fines de explotación sexual se pueden destacar dos aspectos o facetas bien diferenciados. Por un lado, existen organizaciones o grupos criminales organizados para someter a las personas a condiciones de esclavitud o de reducción a la servidumbre. Estas organizaciones buscan obtener rédito económico de la explotación. Por otro lado, se hallan las víctimas, quienes se encuentran en una situación de vulnerabilidad que las hace presa fácil de los delincuentes.

Hay un tercer elemento que está presente en este tipo delictivo: la prostitución. Es en esta actividad donde se generan diferentes posturas o sistemas que adoptan los Estados para abordar este tema, desde el punto de vista jurídico.

Se advirtió la necesidad de desarrollar la investigación al observar que, en Argentina la legislación específica sobre el tema tratado presenta algunas inconsistencias y —posiblemente— una sobreabundancia normativa plasmada en la actual redacción del Código Penal. Además, es cuestionado por parte de la doctrina, el posible avasallamiento del principio constitucional de reserva respecto de quienes se consideran víctimas al no tenerse en cuenta la validez de su consentimiento sin admitir prueba en contrario.

Por lo tanto, como hipótesis de trabajo se postula que el consentimiento de la víctima en la trata de personas, conforme a la redacción actual de la ley N° 26.842 (artículo 1 *in fine*) no es coherente con el actual ordenamiento jurídico argentino. Se considera más apropiado brindar la posibilidad de que la nulidad de ese consentimiento admita prueba en contrario; a diferencia del texto actual que le quita eficacia jurídica como una presunción *iure et te iure*¹.

La metodología utilizada se desarrolló a partir del método cualitativo, por ser éste el que permite, a través de la utilización de términos verbales, un análisis de los antecedentes jurisprudenciales, legales y doctrinarios, que contribuye a lograr una clara descripción del objetivo buscado. Las fuentes primarias a las que se recurrió son los convenios internacionales, leyes y jurisprudencia nacionales. Con respecto a las fuentes secundarias, estas son informes, reportes e investigaciones de distintos orígenes. Como técnica de recolección de datos se analizaron los diversos documentos utilizando las fuentes mencionadas precedentemente. Posteriormente se contrastó la información obtenida de las fuentes primarias con reportes y artículos periodísticos. La revisión documental, ha sido la técnica principal a desarrollar durante el trabajo, atento a la imposibilidad de recurrir a la observación de campo.

Asimismo, la delimitación temporal del trabajo comprende dos etapas: algunas referencias históricas relevantes previas a la reforma constitucional de 1994 (Ej.: la Convención para la Supresión de la Trata de Personas y la Explotación de la Prostitución Ajena de 1949). En este primer lapso temporal se investigan los antecedentes normativos desde principios del siglo XX (Ej. la Ley N° 9.143, promulgada en 1913: “Ley

¹Artículo 1 *in fine*, Ley N° 26.842: “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”.

Palacios”). Posteriormente, el estudio está centrado en la influencia que tuvo la incorporación de tratados internacionales acogidos durante la reforma y con posterioridad a ella (la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, etc.). Finalmente se analiza el período que comprende hasta la legislación actual en el delito de trata de personas (Ley N° 26.842 del año 2012).

En cuanto al nivel jurídico del análisis, el estudio de la legislación comprende una combinación del derecho nacional y el internacional; mientras que la doctrina y jurisprudencia son del ámbito nacional, atento al carácter federal de este tipo de delitos.

Los cuatro capítulos en que está dividido este trabajo final de grado abarcan desde los conceptos necesarios para la comprensión del tipo penal, hasta el análisis de la legislación argentina actual. De ahí que en el primer capítulo se definen los conceptos fundamentales para poder desarrollar la investigación conforme a los objetivos planteados. En el mismo se realiza el desarrollo conceptual del o los bienes jurídicos protegidos y de aquellos elementos que permiten valorar la naturaleza jurídica del consentimiento: concepto de víctima, de vulnerabilidad, de explotación sexual y el vínculo existente entre el delito de trata de personas y la prostitución.

En el segundo capítulo se desarrolla la trata de personas en el derecho internacional. El análisis del derecho comparado permitirá determinar en qué casos la prostitución se considera una actividad que no necesariamente vicia el consentimiento y, salvo que se den los distintos elementos del tipo penal, el consentimiento elimina la tipificación de la conducta delictiva. Con tal finalidad se desarrollan los tres sistemas que brindan un marco legal a la prostitución en los distintos países, especialmente en el continente europeo y el americano.

Por su parte, el tercer capítulo está orientado a describir la importancia que tiene en la República Argentina la persecución del delito de trata de personas en el contexto de la política criminal del país. Una vez desarrollado el tema, se busca indagar si estas políticas, además de perseguir a los delincuentes que explotan a las personas que se dedican a la prostitución, no perjudican —de alguna manera— también los derechos de las prostitutas. Consecuentemente, se procura dilucidar si quitar la eficacia jurídica al consentimiento en el ordenamiento legal argentino hace más efectiva, la aplicación de la política de Estado respecto del delito de trata.

Finalmente, el cuarto y último capítulo hace referencia a la figura del consentimiento en la legislación argentina actual, analizando la legislación específica de la trata de personas y los delitos conexos. En este apartado se busca determinar, como consecuencia de la investigación realizada, en qué circunstancias el consentimiento brindado por una persona adulta debería excluir la tipicidad, o al menos, servir como atenuante de la pena.

Posteriormente, en la conclusión a la que se llegará luego de completado el trabajo de investigación, en caso de comprobarse la veracidad de la hipótesis, se propondrán algunas alternativas de modificación de la Ley de Trata de Personas en cuanto a la validez del consentimiento.

Capítulo 1: La explotación sexual en el delito de Trata de Personas: Consideraciones generales

1.1 Introducción

La trata de personas, específicamente la relacionada con la explotación sexual, es un delito complejo que en la legislación argentina se ha tipificado incluyéndolo dentro de los delitos contra la libertad.

Entonces, en este capítulo se desarrollan los conceptos fundamentales considerados relevantes para el objetivo del presente trabajo, los cuales van desde el general de trata de personas, hasta los particulares, como es el caso de la vulnerabilidad, la explotación y la relación entre trata de personas y prostitución. A fin de poder realizar la presente investigación, se hizo necesario tener en claro estas nociones porque son las que luego permitirán determinar la importancia que tiene el consentimiento dentro de este delito.

También se desarrolla la idea de bienes jurídicos protegidos, porque esta categoría tiene como una de sus funciones la interpretativa. Por lo tanto, teniendo en cuenta el título del Código Penal dentro del cual lo ubicó el legislador, se examinará por qué razón parte de la jurisprudencia considera que no debe considerarse a la trata de personas solamente como un delito contra la libertad.

1.2 Trata de personas: nociones preliminares

La figura delictiva de trata de personas es definida por primera vez en la “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, a partir del documento firmado en el año 2000, conocido como “Protocolo de Palermo”. De ahí que trata de personas es la actividad delictiva que tiene por objeto captar y reducir a la esclavitud o servidumbre a personas, a través del engaño o la coacción. El sometimiento de las víctimas puede ser tanto de orden sexual como laboral².

² Artículo 3º, inciso a, Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional: “Por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución

Por consiguiente, los elementos que define el protocolo tienen en cuenta que se trata de un delito complejo y de alcance internacional. Es necesario —entonces— buscar criterios normativos comunes en los distintos países que lo suscribieron y, de igual manera, para los que adhieran *a posteriori*. Esto es así porque la uniformidad normativa en los países involucrados logra una mayor efectividad en el combate contra este flagelo.

Además, este delito está definido en base a determinados elementos que configuran las acciones típicas. En primer lugar, se ubica la acción de captar o atraer a una persona, con la intención de someter su voluntad, transportándola. Esto implica trasladarla de un lugar a otro, acogerla, con la supuesta intención de brindarle protección y amparo. Asimismo, los medios utilizados son el uso de la fuerza, amenazas, fraude, entre otros. Tales medios pretenden doblegar la voluntad de la víctima que se encuentra en una situación de vulnerabilidad. Igualmente debe tenerse en cuenta el elemento subjetivo del tipo: el objetivo de la explotación. Sea esta para obtener beneficios de la prostitución ajena —además otras formas de explotación sexual— o para beneficiarse de trabajos forzados realizados por la víctima en un contexto de esclavitud o prácticas análogas.

El protocolo hace referencia —en su artículo 4^{o3}— al ámbito dentro del cual se aplica la prevención, la investigación y la penalización de los delitos que contienen los elementos del tipo mencionados precedentemente. Menciona dos aspectos importantes, esto es, el carácter transnacional del delito y, además que éste sea cometido por organizaciones delictivas cuya organización les permite actuar en el ámbito internacional. La finalidad es que cada país legisle conforme a las disposiciones del propio documento, el que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

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”.

³ Artículo 4, Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional: “A menos que contenga una disposición en contrario, el presente Protocolo se aplicará a la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo, cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, así como a la protección de las víctimas de esos delitos”.

1.2.1 Trata de personas con fines de explotación sexual

Dentro de la figura general de trata de personas, se investigan las normas penales para los casos en los que la explotación de la víctima es de índole sexual. A los fines de comprender mejor el concepto, hay que remontarse a los antecedentes relacionados con la persecución de este tipo delictivo, los cuales se remontan a fines del siglo XIX y se lo llamaba “trata de blancas” en una cuestionable diferenciación de tipo racista. En otras palabras, con esta expresión se quería separar la figura del tráfico de esclavos —principalmente de origen africano— con la captación, a través del secuestro, de jóvenes europeas. En este comercio las mujeres terminaban siendo vendidas a proxenetas de otros países distintos a los de su captación.

A partir del desarrollo de un mercado del sexo internacional, se comienza a realizar un análisis discursivo que define un concepto de vulnerabilidad en las mujeres de distintas edades. Existía una distinción entre inocentes y culpables, siendo estas últimas las que se desplazaban para ejercer la prostitución (Iglesias Skulj, 2013).

La trata con fines de explotación sexual se manifiesta de distintas formas y suele estar vinculada con otros delitos relacionados. Por ejemplo, se consideran delitos conexos la prostitución forzada, turismo sexual, pornografía infantil, venta de mujeres para ser obligadas a contraer matrimonio y la promoción y facilitación de la prostitución.

Asimismo, para el derecho internacional la actitud ante la prostitución varía, desde posturas reglamentaristas, orientadas a regular —por parte del Estado— la práctica de comercio sexual, hasta posturas o sistemas abolicionistas, que consideran a las prostitutas como víctimas. También existen posturas o sistemas prohibicionistas que postulan la actitud represiva desde el punto de vista penal ante todo tipo de oferta sexual.

Sin embargo, hay coincidencia en las distintas posturas en prevenir y penar a los grupos organizados que comercian con las distintas formas de servicios sexuales a las que someten a sus víctimas. Estos grupos recurren a la captación y traslado de las víctimas con la finalidad de someter a esas personas buscando un beneficio económico.

En el derecho argentino, los artículos 145 *bis*⁴ y 145 *ter*⁵ del Código Penal receptan actualmente dentro de la figura general de trata de personas, el delito aplicado a los fines de explotación sexual, conforme a la Ley N° 26.842⁶.

1.3 Bienes jurídicos protegidos

Para hacer un análisis del bien jurídico tutelado, es necesario referirse específicamente a la legislación argentina, como receptora del espíritu de los tratados internacionales. En ese sentido, la legislación argentina adhiere al Protocolo de Palermo.

El citado protocolo contiene directrices para permitir que las naciones puedan organizarse con el objetivo de luchar contra el delito de alcance mundial consistente en la trata de personas. Además, el documento postula los objetivos de prevención, protección de las víctimas y medios para lograr la cooperación entre naciones. También define conceptos fundamentales relacionados con el tipo delictivo estudiado como la trata de personas, consentimiento, etc.

En primer lugar, es relevante poner énfasis en la ubicación que tienen los vigentes artículos 145 *bis*⁷ y 145 *ter*⁸ del Código Penal Argentino. Al respecto, se puede observar que el legislador lo ubicó en el título V que tutela la libertad individual.

Con anterioridad a la actual redacción del Código Penal mencionada en el párrafo anterior, se consideraba a la trata de mayores de edad como un delito contra la integridad sexual. El fundamento para interpretar que ese era el bien jurídico tutelado, estaba

⁴Artículo 145 *bis* C.P.: “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”.

⁵Artículo 145 *ter* C.P.: “Se impondrá prisión de DIEZ (10) a VEINTICINCO (25) años e inhabilitación absoluta y perpetua para el ejercicio de cualquier función pública y para tareas de seguridad privada, al funcionario público o a la persona o miembro de un grupo de personas que, actuando con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, de cualquier forma, privare de la libertad a una o más personas, cuando este accionar fuera seguido de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona. La pena será de prisión perpetua si resultare la muerte o si la víctima fuere una mujer embarazada, una persona menor de DIECIOCHO (18) años, una persona mayor de SETENTA (70) años o una persona con discapacidad. La misma pena se impondrá cuando la víctima sea una persona nacida durante la desaparición forzada de su madre. La escala penal prevista en el presente artículo podrá reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de los autores o partícipes que liberen con vida a la víctima o proporcionen información que permita su efectiva aparición con vida”.

⁶ Artículo 1, inciso c, Ley N° 26.842: “Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la prostitución ajena o cualquier otra forma de oferta de servicios sexuales ajenos”.

⁷ Idem nota N° 4.

⁸ Idem nota N° 5.

relacionado con el hecho de la captación y traslado de una persona con el fin de lograr que se dedicara a ejercer la prostitución (Tazza, 2014).

Consecuentemente, la tutela de la libertad individual que se brinda en el código de fondo es significativa porque, como destaca Tazza (2014) citando a Jeschek, sirve como un factor fundamental para interpretar el tipo, ya que en torno a él se encuentran tanto los elementos objetivos como subjetivos.

Siguiendo la misma línea argumental, la actual redacción de los artículos citados tutela la libertad individual de la persona. Sin embargo, la doctrina ha advertido cierta inconsistencia normativa con respecto al ordenamiento legal argentino. En la actual redacción del Código Penal la irrelevancia del consentimiento prescripta en el artículo 145 *bis*⁹ aun cuando se trate de un adulto, indica que se está ante otro bien jurídico protegido. En ese sentido hay coincidencia mayoritaria entre los doctrinarios al considerar que también se tutela, de manera tácita, a la dignidad humana. Esta circunstancia ha llevado a autores como Villada (2014) a postular la necesidad de la creación de un nuevo título en el código de fondo, vinculado precisamente, con la dignidad de la persona humana.

También, los doctrinarios destacan los bienes jurídicamente protegidos según el debate legislativo de la Ley N° 26.842, que son: la dignidad, la libertad, la integridad física y psíquica y la seguridad de las personas. A su vez, la libertad es un bien disponible, en tanto no es afectada si hay una voluntad libre del sujeto (Fellini y Morales Deganut, 2017). Sin embargo, parte de la doctrina asume que la dignidad ya está incluida en la tutela del bien jurídico protegido, esto se debe a que en primer lugar, interpretan que es la libertad ambulatoria la que se protege, e inmediatamente, la dignidad de una persona cuando se la cosifica, vale decir, cuando es reducida a un objeto susceptible de transacción (Aboso, 2014).

⁹Artículo 145 *bis* C.P.: “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”.

1.4 El consentimiento: aspectos fundamentales para la interpretación integral del concepto

1.4.1 La vulnerabilidad de la víctima: nociones esenciales

En este punto no es posible avanzar sin analizar por separado los conceptos de vulnerabilidad y de víctima. La relevancia de tal distinción permitirá determinar con claridad en qué casos podría ser aplicable el principio de reserva del artículo 19¹⁰ de la Constitución Nacional. Este principio presume que cada habitante no está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe. Tal postulado implica que la persona realice un acto voluntario en los términos del artículo 260¹¹ del Código Civil y Comercial de la Nación, esto es: obrando con intención, discernimiento y libertad.

Por lo tanto, una persona que se encuentra en situación de vulnerabilidad no podrá obrar voluntariamente, sino que lo hará condicionada por las circunstancias que disminuyen su libertad de elección. Algunas de esas circunstancias son las carencias económicas, la falta de educación o que la víctima esté sometida a violencia física o psicológica. Ya Luciani (2011) había alertado durante la vigencia de la Ley N° 26.364 que nadie puede consentir naturalmente su propia explotación.

Asimismo, la idea de situación de vulnerabilidad, a los fines del delito investigado, surge de la cita a las notas interpretativas oficiales de las Naciones Unidas respecto del Protocolo contra la Trata de Personas que prescribe "...la alusión al abuso de una situación de vulnerabilidad debe entenderse como referida a toda situación en que la persona interesada no tiene más opción verdadera ni aceptable que someterse al abuso..." (Hairabedian, 2013, p. 42).

Por lo tanto, las condiciones de vulnerabilidad están asociadas a la precariedad de una situación económica que se agrava con otros factores, como la necesidad de manutención de varios hijos, la falta de educación y la existencia de irregularidades en

¹⁰ Artículo 19, C.N.: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

¹¹ Artículo 260, C.C.C.N.: "Acto voluntario. El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior".

el seno de la familia, que en muchos casos incluye violencia de género. Este contexto facilita la aceptación de trabajos por ofertas engañosas que implican el desplazamiento de la persona fuera de su ámbito natural de contención (Iglesias Skulj, 2013).

En consecuencia, se puede mencionar las “Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, que definen claramente cuáles deben ser tomadas como condiciones de vulnerabilidad:

Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico¹².

Por otra parte, las Naciones Unidas definieron a quién debe interpretarse por víctima estableciendo a las “...personas que, individual o colectivamente hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros...” (Naciones Unidas, 1986, p. 49).

No obstante, la jurisprudencia durante el período anterior a la Ley N° 26.842, observaba la falta de precisión para interpretar el concepto de vulnerabilidad. El siguiente párrafo corresponde a una sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata:

En relación al aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de las víctimas mayores de edad en que incurrió el encartado, cabe señalar que el de vulnerabilidad es uno de los términos jurídicos que existe en la ley nacional de trata de personas y en los convenios internacionales vigentes, no solo no definidos sino profundamente ambiguos y vagos, en el espinoso tema de la esclavización humana de esta época¹³.

En consecuencia, una situación de mayor humildad desde el punto de vista económico en que se encuentre una persona respecto de otra, la puede hacer vulnerable comparativamente respecto de esta última. Sin embargo, la doctrina ha dejado en claro que eso no implica necesariamente una situación de vulnerabilidad desde el punto de vista

¹² Ac. CSJN N° 5/2009, Anexo, p. 5.

¹³ TOCFed. de Mar del Plata, (07/07/11) “ROCV s/ infracción al artículo 127, 145 bis del Código Penal y 17 de la ley 12331”, C. N° 2338/11

de aquellos presupuestos necesarios para referirse a un delito contra la libertad (Hairabedian, 2013).

1.4.2 La explotación sexual: nociones particulares

Cuando se habla de explotación de persona humana, para distinguirla de las formas legales de explotación de recursos (Villada, 2014), el texto de la Ley N° 26.842, en su artículo 1¹⁴ la define enumerando taxativamente las distintas modalidades. De tal enumeración, hay una que interesa a los fines del presente trabajo, esto es, la promoción o facilitación de la prostitución ajena y toda otra forma de oferta de servicios sexuales ajenos, incluida en el inciso c) del artículo citado.

Además, se debe percatar que la pornografía infantil y la realización, representación o espectáculo con dicho contenido no se tuvo en cuenta en la investigación. Esto es así porque queda fuera de toda discusión que, en el caso de menores, no se concibe hablar de la posibilidad de consentimiento. La razón es porque existen tratados internacionales que los protegen, como también frondosa doctrina y jurisprudencia al respecto. Por tal circunstancia es sumamente lógico que se consideren agravantes las figuras donde las víctimas sean menores.

Por otra parte, respecto del matrimonio forzado, contemplado en el inciso d)¹⁵ del artículo 1° de la Ley N° 26.842, es claramente un delito contra la libertad. Tal clasificación no implica desconocer aspectos sociológicos y culturales que han permitido el convenio entre las familias para concertar matrimonios. Esta es una costumbre muy arraigada en algunos países y no está incluida dentro de la figura de matrimonio servil.

¹⁴ Artículo 1, Ley N° 26.842: “Sustitúyase el artículo 2° de la ley 26.364 por el siguiente: 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: 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”.

¹⁵ Artículo 1, inciso c, Ley N° 26.842: “Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la pornografía infantil o la realización de cualquier tipo de representación o espectáculo con dicho contenido”

Algo semejante ocurre con la promoción o facilitación de la prostitución ajena. Se trata de un delito autónomo contemplado en el artículo 125 bis¹⁶ del Código Penal argentino, dentro de los delitos contra la integridad sexual.

Asimismo, el fin de la explotación es, en definitiva, un elemento subjetivo del tipo penal en el que el sujeto activo tiene la intención de captar, trasladar, acoger o recibir a la víctima con tal finalidad, y que, como todo elemento ultraintencional debe ser probado (Villada, 2014).

Para concluir, respecto de la explotación de una persona por otra, es fundamental que se encuentre presente la finalidad de realizar los medios comisivos de captación, transporte o recepción. En caso contrario dejaría de ser una acción antijurídica (Colombo, 2013).

1.4.3 Trata de personas vs. Trabajo sexual

De acuerdo con lo visto en el presente capítulo, para evaluar la relevancia del consentimiento en las condiciones descriptas, se debe tener en cuenta si se está ante una situación de vulnerabilidad, en los términos desarrollados en el capítulo 1.4.1. Vale decir que, en primer lugar, se deben determinar los elementos del tipo, como la captación y la intención de someter la voluntad de la víctima con la finalidad de explotarla.

Por ejemplo, frecuentemente se verifica el cumplimiento de las acciones típicas cuando el proxeneta retiene el documento de la víctima —contra su voluntad— a fin de restringir su libertad ambulatoria manteniéndola en cautiverio.

Verificados los supuestos anteriores —y en caso de no cumplirse— se debe tener en cuenta cual es la percepción de la persona que se prostituye, respecto de la actividad que realiza. Es evidente que son distintos casos aquel de la mujer que ha sido captada siendo menor de edad, o habiéndose aprovechado de una situación vulnerable (económica o afectivamente), que el de una mujer adulta que se considera trabajadora sexual.

Al mismo tiempo, el concepto de trabajo sexual como actividad voluntaria, debe ser analizado estudiando por separado la sexualidad (como actividad) y el género (mascu-

¹⁶ Artículo 125 bis C.P.: “El que promoviere o facilitare la prostitución de una persona será penado con prisión de cuatro (4) a seis (6) años de prisión, aunque mediere el consentimiento de la víctima”.

lino o femenino). En ese sentido se observa que, en Europa, se presentan las trabajadoras (o trabajadores) del sexo como nuevos actores políticos que reivindican sus derechos a ejercer su actividad como laboral (Iglesias Skulj, 2013). Además, en Argentina existe una organización llamada: Asociación de Mujeres Meretrices Argentinas (AM-MAR) que reivindican el derecho a ejercer la prostitución como una actividad laboral más. Es necesario destacar que, esta asociación, pretende que se reconozcan los derechos de las trabajadoras sexuales haciendo hincapié en el concepto de que el trabajo sexual no debe confundirse con proxenetismo y mucho menos con trata de personas.

1.5 Conclusión.

Como primera conclusión, se puede apreciar que la trata de personas con fines de explotación sexual está relacionada con un accionar delictivo de características complejas y supranacionales. Ambas características se presentan en el tipo genérico de trata de personas y en el específico vinculado con la explotación sexual, motivo del presente trabajo.

Se observa, luego de un desarrollo conceptual del tipo penal que responde a un delito contra la libertad, cierta inconsistencia en la actual redacción de los artículos modificados por la Ley N° 26.842, respecto del bien jurídico protegido. No obstante, no se tiene, en el capítulo desarrollado, suficientes herramientas aún, como para determinar la causa.

Sin embargo, hay algunos conceptos ya desarrollados que permiten comenzar a comprender el problema investigado. Por ejemplo, la ubicación del delito de trata de personas en el Código Penal permite afirmar sin dudas, que el bien jurídico protegido es la libertad, en principio, la libertad ambulatoria.

Asimismo, la doctrina reconoce que se encuentra implícita la protección del bien jurídico, la dignidad de la persona humana. Inclusive, algunos autores interpretan que la protección alcanza también a la seguridad de la persona y la integridad física y psíquica.

También, es posible determinar en esta instancia la relación que tiene el o los bienes jurídicos protegidos con el consentimiento —en cuanto a los objetivos del trabajo de investigación—. Tal relación permite una primera aproximación al objetivo buscado. Como se ha percibido, si el bien jurídico protegido es la libertad, para el caso en que no

exista una violación de la misma, el mencionado consentimiento debería poder hacer atípica la figura delictiva. Ahora bien, si se suma la dignidad de la persona a los bienes jurídicos protegidos, aunque esa incorporación se manifieste tácitamente, se estará ante un bien jurídico indisponible, como parte de la doctrina afirma.

Entonces, se debe tener en cuenta que hablar de consentimiento involucra otros conceptos relacionados (bien jurídico protegido en la ley penal, vulnerabilidad, explotación sexual y prostitución) y de los cuales depende para poder evaluar su relevancia en el tipo penal estudiado.

Capítulo 2: La Trata de personas en el derecho internacional: Casos en los que el consentimiento excluye la tipicidad.

2.1. Introducción

En el presente capítulo se busca comprender cómo es interpretada la trata de personas con fines de explotación sexual en el contexto internacional. Este aspecto es relevante no solamente como una manera de observar el derecho comparado, sino por ser un delito de alcance supranacional. La cooperación internacional en el combate contra la trata puede dar una perspectiva de cómo conviven las distintas legislaciones frente a la prostitución y su relación con la trata de personas. Además, tener un enfoque acerca de la manera en que los diversos países combaten este delito y, en particular, el conocimiento de los distintos regímenes jurídicos respecto de la prostitución colabora en una mayor comprensión del ordenamiento legal argentino en esta materia.

Por consiguiente, se observarán los casos en los que el consentimiento es tenido en cuenta para evaluar si la figura de trata de personas con fines de explotación sexual es típica. A partir de allí se pretende percibir las semejanzas y diferencias respecto las leyes argentinas.

2.2. La trata de personas en el derecho internacional

Al desarrollar el concepto de trata de personas con fines de explotación sexual se hizo una introducción a la evolución de los criterios aplicados en el orden internacional. En torno a ello, hay un crecimiento de mercado que intercambia servicios sexuales con una oferta originada, en buena medida, en la captación de mujeres de países de Europa; cabe señalar que en un principio a este tipo de explotación se lo llamó “trata de blancas”.

Dentro de este contexto, la llamada era de la globalización, tiene entre sus características el desarrollo tecnológico impensado hasta hace algunas décadas. Gracias a este avance existe la posibilidad de establecer comunicación y acceder a información desde cualquier parte del mundo de manera sumamente rápida. De ahí que esta característica del comienzo del siglo XXI es aprovechada por las organizaciones criminales para optimizar sus métodos y, consecuentemente, ser más eficientes en su accionar delictivo.

Por su parte, los Estados, para poder combatir los delitos transnacionales en general y, en particular, los que tienen que ver con la trata de personas, se ven obligados a replantear su forma de entender la soberanía, esto en pos de una necesaria colaboración con los otros Estados involucrados en el combate a ese delito.

Por lo tanto, se detallan a continuación aquellas herramientas normativas de alcance internacional que sirvieron de precedente al Protocolo de Palermo, con una referencia al vínculo que tiene cada uno la figura penal de trata de personas (Luciani, 2015):

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948): postula la protección de los derechos de las personas en cuanto a su libertad, respecto de los países americanos.
- Declaración Universal de Derechos Humanos (1948): además de los derechos expresados en la Convención Americana, consagra expresamente la prohibición de la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas. También en lo que respecta al derecho de las personas de casarse y formar familia, exige el libre consentimiento de los esposos al momento de contraer matrimonio.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976): reconoce la dignidad de la persona humana sin distinciones de raza, religión, sexo, etc. Este pacto reafirma la prohibición de la esclavitud y los trabajos forzosos y también destaca el derecho al libre y pleno consentimiento de los contrayentes para la celebración del matrimonio.
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer (1979): consagró la protección jurídica de los derechos de la mujer equiparándolos a los del hombre. Los Estados partes se obligaron a presentar informes periódicos sobre las medidas que implementaron para lograr el objetivo principal de la convención.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994): define el concepto de violencia contra la mujer considerándola, sea física, sexual o psicológica, una ofensa contra la dignidad humana.

- Protocolo facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1981): define la expresión “discriminación contra la mujer”. Establecen pautas para suprimir la trata de mujeres y la explotación de la prostitución de la mujer.
- Conferencia de México (1975): por convocatoria de la Naciones Unidas define estrategias para evitar la discriminación de la mujer y estableció objetivos a 10 años para que los Estados implementen estrategias como el acceso a la educación, empleo, vivienda, salud, etc.
- Conferencia de Copenhague (1980): destinada a evaluar los avances de los planes establecidos en la Conferencia de México y, si bien se advirtieron logros importantes, se estableció la necesidad de tomar medidas en cuanto a igualdad de oportunidades en educación, empleo y salud.
- Conferencia de Beijín (1995): se estableció la necesidad de atender al concepto de género como una manera de establecer la igualdad entre mujeres y hombres. Los Estados miembros asumieron el compromiso de incluir la condición jurídica de género en sus instituciones.
- Consenso de Lima (2000): con la finalidad de consolidar los logros obtenidos, se generó el compromiso de los gobiernos para la aplicación de las convenciones anteriores.
- Consenso de México (2004): se asumió el compromiso de eliminar las distintas formas de violencia contra las mujeres, la explotación sexual y la trata de mujeres y niñas, entre otras medidas.
- Compromiso de Montevideo (2012): en esa oportunidad varias organizaciones latinoamericanas exhortaron a gobiernos y organismos como las Naciones Unidas para poner fin a las desigualdades de género, manifestando que cada persona tiene derecho a disponer de su vida y su cuerpo sin ser sometida a cualquier forma de discriminación o violencia.
- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo o Protocolo contra la Trata de Personas) (2000): es el instrumento que unifica

criterios en el derecho internacional contra la trata de personas, teniendo en cuenta la importante cantidad de Estados que lo ratificaron. La Argentina promulgó el 29 de abril del 2008 la Ley N° 26.364 de “Prevención y sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas”, momento a partir del cual asume el compromiso de combatir el delito conocido como Trata de Personas. Posteriormente, esta ley fue modificada por la N° 26.842 (promulgada el 27 de diciembre de 2012), quedando de esta forma con su redacción actual.

2.2.1 Cooperación de los Estados para combatir el delito de trata

El marco normativo mencionado en el punto anterior es el que se utiliza para implementar la cooperación de los distintos Estados en cuanto a la prevención, persecución, punición del delito y asistencia a las víctimas.

Tanto la Comisión Europea, como el Consejo Europeo fueron impulsores de incluir en la agenda política europea el tema de la trata de personas. En un primer momento, siguiendo el Convenio Europeo de Derechos Humanos y posteriormente, a través de los lineamientos del Protocolo de Palermo en temas relacionados con jurisdicción y extradición, entre otros. Al respecto, la forma de efectuar estas acciones fue a partir de decisiones y directivas, ambas relacionadas con permisos de residencia a nacionales de terceros países víctimas de trata de personas, permiso de residencia o el control de flujos clandestinos (Iglesias Skulj, 2013).

Para lograr la efectividad en la cooperación internacional, sobre la base de una estructura jurídica fue necesario un progreso en la actitud de los distintos países involucrados en esa colaboración. Es decir, se pasó de un marcado proteccionismo en cuanto a la soberanía, hasta lograr mayor reciprocidad y contribución a políticas comunes, por lo que la evolución de este sistema involucró el cambio de esquemas bilaterales a sistemas de colaboración multilaterales. En este marco, tales sistemas trascienden la cooperación judicial, alcanzando otras formas de participación en el entrecruzamiento de información que pueden proteger a víctimas o testigos (Rodríguez, 2013).

Siguiendo este orden de ideas, la implementación de dicha cooperación avanzó de las tradicionales vías diplomáticas hasta la creación de autoridades centrales, a partir de los convenios y tratados, con la finalidad de simplificar el sistema. Esto fue así ya que

los tradicionales métodos diplomáticos para la comunicación entre Estados son lo suficientemente burocráticos como para resultar un obstáculo a la hora de efectuar la colaboración entre naciones (Rodríguez, 2013).

Por consiguiente, un primer paso a los fines de lograr una mayor eficiencia es la designación de autoridades centrales de cooperación dispuestas por los distintos tratados, como es el caso de Argentina que ha investido conforme a lo dispuesto por el Protocolo de Palermo, a la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores como autoridad central de cooperación.

No obstante, los avances en las medidas tomadas a la fecha, aún queda por mejorar la manera de implementar la cooperación para que las intervenciones de los organismos jurídicos puedan lograr mayor eficiencia al perseguir este tipo de delitos. A modo de ejemplo, es una asignatura pendiente para Argentina la designación de autoridades centrales en materia penal, en cumplimiento de las recomendaciones de la XIV Asamblea Ordinaria de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos realizada en Santiago de Chile en el año 2006 (Rodríguez, 2013). Cabe señalar que existen Estados, como el alemán, que han determinado la necesidad de utilizar la cooperación internacional como una herramienta para combatir la trata de personas en todas sus manifestaciones, por lo tanto, propugnan la colaboración tanto bilateral como multilateral.

En efecto, a pesar de evidenciarse, como se observó, un genuino interés en la persecución de las organizaciones de tratantes en el contexto internacional, hay algunos aspectos que no se pueden desconocer respecto de los objetivos de este trabajo. Se advierte que hay países, como los Estados Unidos de Norteamérica, que utilizan las políticas de persecución del delito y, en especial de asistencia a las víctimas, como una forma de reprimir cualquier manifestación del llamado trabajo sexual. Tanto los Estados Unidos como la Unión Europea (Iglesias Skulj, 2013) utilizan la protección de las mujeres víctimas, en cuanto a la movilidad o desplazamiento (el transporte, se percibió, configura uno de los elementos del tipo penal) con la finalidad de contener esa movilidad pero en el contexto de reprimir el trabajo sexual.

2.3 La Trata de personas en el continente europeo y americano: intervención el Estado y respeto a la autonomía de la voluntad

No fue sino hasta la última década del siglo XX que los países europeos dejaron de circunscribir el problema de trata solamente al contexto de la inmigración ilegal. El Parlamento Europeo dictó resoluciones a mediados de los años 80 considerando la trata de mujeres dentro de un contexto más amplio, como el de violencia de género. También, los movimientos feministas han tenido y poseen una marcada influencia en este tema. Sin desconocer los intentos graduales detallados en el punto anterior, es con el Protocolo de Palermo que se brinda un importante impulso en la mayoría de las naciones para combatir el flagelo llamado originalmente “trata de blancas”. En torno a ello, el objetivo es el empeño de dismantelar organizaciones delictivas transnacionales que comercian con personas tanto en el ámbito laboral como sexual.

En este sentido, Fellini y Morales Deganut (2017) realizaron un minucioso detalle de la legislación comparada. Dentro de este marco, Alemania en su Código Penal incluye el delito de la trata de personas dentro del rubro de los delitos contra la libertad personal y, luego de las sucesivas reformas, centra su atención en la explotación de menores de edad. Por su parte, Bélgica coincide con la legislación argentina actual, al considerar irrelevante el consentimiento de la víctima para perseguir el delito.

Asimismo, España, en su Código Penal actualizado en 2015, en su artículo 177 *bis*¹⁷ y luego de describir los elementos del tipo penal, coincidentes en lo sustancial con la

¹⁷ Artículo 177 *bis*, Código Penal Español: “1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes: a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad. b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía. c) La explotación para realizar actividades delictivas. d) La extracción de sus órganos corporales. e) La celebración de matrimonios forzados. Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso.2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo.4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando: a) se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito; b) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor

ley argentina, define el concepto de vulnerabilidad. Para el código español hablar de una persona vulnerable es referirse a aquella que no tiene alternativa, vale decir que no posee otra opción que someterse al abuso. Respecto del consentimiento lo considera irrelevante si se recurrieron a los medios comisivos descriptos. Por su parte, Francia tiene legislado en su Código Penal el delito de trata de personas en el capítulo que incluye los delitos contra la dignidad de las personas; mientras que Holanda ha receptado los principios del Protocolo de Palermo, en donde su código castiga con severidad la explotación sexual orientada a la prostitución u otras formas, sin embargo, es necesario destacar que para este país el ejercicio de la prostitución es legal y goza de la protección de las leyes laborales.

Por otro lado, Estados Unidos de América dispone desde el año 2000 de la Ley de Protección a las Víctimas de trata y violencia contra las personas, por lo tanto, reprime la explotación sexual forzada de mayores de 18 años. Además, en Canadá se advierte

de edad. Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior.5. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación absoluta de seis a doce años a los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público. Si concurriere además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior.6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriere la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo.7. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.8. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.9. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.10. Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.11. Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado”.

que según lo que prescribe su Código Penal, una persona no puede dar su consentimiento para ser explotada, desde el punto de vista legal.

Siguiendo las referencias a la legislación comparada en trata de personas con fines de explotación sexual, Colombia, a semejanza de la Argentina, considera irrelevante el consentimiento de la víctima en este tipo de delitos. De igual manera, Ecuador y Brasil legislaron en base a lo dispuesto en el Protocolo de Palermo, con la salvedad de que el Código Penal de este último país define los elementos constitutivos del tipo tanto en la facilitación del ingreso al territorio brasileño con fines de explotación sexual, como en el caso de la salida de personas para prostituirse en el exterior. En este contexto, Fellini y Morales Deganut (2017) destacan la existencia de un vacío legal para el caso de no consumarse la explotación.

Cabe enunciar también el Código Penal chileno, que ubica la figura delictiva en el título que se refiere al tráfico ilícito de inmigrantes y trata de personas. En tanto Uruguay regula la trata de personas dentro la Ley de Migraciones y define una pena de prisión para este delito ostensiblemente mayor en años que para el caso de tráfico de personas (cuatro a dieciséis años vs. seis meses a tres años). Por otra parte, Paraguay dispone de una ley integral contra la trata de personas y modificó su Código Penal de manera semejante a la Argentina, e incluye los casos en que la víctima sea de nacionalidad paraguaya, aunque el delito se hubiera cometido fuera de sus fronteras. La presencia de cualquiera de los medios comisivos de la figura penal de trata de personas implica que se ignore el consentimiento de la víctima a cualquier forma de explotación (sexual o laboral).

Para completar el panorama del derecho comparado desarrollado, el caso de Bolivia es muy semejante al argentino, en cuanto a la forma en que legisló sobre el delito de trata de personas. Inclusive, hay una coincidencia en el año —2012— en el que ambos países sancionaron la ley que reformó sus códigos de fondo, de ahí que se percibe que en las dos legislaciones es irrelevante el consentimiento de la víctima.

A modo de resumen, es posible observar que los distintos Estados mencionados tienen una postura acorde a las directrices del Protocolo de Palermo. A continuación, se pretende determinar, de acuerdo con los distintos sistemas existentes, cual es la injerencia de los Estados, no ya en el caso de la prostitución forzada, sino cuando el trabajo sexual es voluntario.

2.3.1 Las distintas posturas jurídicas respecto de la prostitución

Hay coincidencia entre los doctrinarios en clasificar los distintos sistemas jurídicos relacionados con la prostitución en tres clases (Flores, 2013):

- Sistema prohibicionista: no admite ningún tipo de oferta sexual como válido. Se caracteriza por la represión desde el punto de vista penal, al punto de considerar a la prostituta como delincuente. Además, establece como bien jurídico protegido a la moral pública y las buenas costumbres. Determina que la única víctima de la prostitución para este sistema es el cliente, aunque en la práctica también recibe una sanción penal.
- Sistema reglamentarista: considera la prostitución como un mal necesario. Por tal razón reserva para el Estado el control de esta actividad con normas que, básicamente, están orientadas a preservar la higiene de la población.
- Sistema abolicionista: considera a la prostituta como una víctima. Motivo por el cual, como es el caso argentino, pena la facilitación y promoción de la prostitución, pero no considera delincuente a quien se prostituye. Es el sistema de mayor aceptación actualmente en el contexto internacional. Al respecto, cabe aclarar que se atribuye su mayor difusión al fracaso del prohibicionismo.

Merece ser citada la experiencia sueca que, desde 1999, hace pasibles de sanción penal a los clientes y no a las prostitutas. La información disponible sobre este país aún no ha arrojado resultados suficientemente relevantes como para llegar a conclusiones sólidas. Sin embargo, ha servido de influencia para otros países que también comenzaron a criminalizar a los clientes, tal es el caso de Canadá, Irlanda del Norte y Francia (Sahuquillo, 2016).

Consideran los doctrinarios que no se ha logrado con ninguno de los tres sistemas el respeto por los derechos de quienes ejercen la prostitución. Esto es así a pesar de estar frente —en la mayoría de los casos analizados al tratar sobre el derecho comparado— a países democráticos y que se basan en el respeto a las libertades individuales (Flores, 2013).

2.4 Casos en los que el consentimiento es jurídicamente eficaz para excluir la tipicidad: El sistema reglamentarista

Como se ha observado en el desarrollo del capítulo, dentro de los distintos sistemas que brindan un marco jurídico al ejercicio de la prostitución en el derecho internacional, hay uno en el que el consentimiento excluye la tipicidad, este es el sistema reglamentarista.

Cabe señalar en principio que Holanda es el primer país que regula en el siglo XX la figura de la prostitución. Su legislación sobre trata de personas está vigente desde el año 2006, y ha recibido críticas en cuanto a la falta de precisión, al no explicitar que las acciones incompatibles con la dignidad humana sean una forma de explotación de las personas. Sin embargo, es innegable que su legislación castiga las distintas manifestaciones del delito de trata.

Con respecto a la prostitución, el caso holandés define un cambio de paradigma para el tema de trata de personas, en la medida en que brinda un contexto de control y protección estatal para las mujeres que ejercen la prostitución de manera voluntaria. Holanda es un país pionero en legalizar las distintas formas de prostitución, de esa manera respeta la autonomía de la voluntad. Además, al considerar a la prostitución dentro de las actividades laborales legítimas, les brinda a quienes ejercen esta actividad, la regulación propia de un trabajo y la consiguiente protección social; no obstante, esta normativa no impide que se castigue penalmente la explotación sexual (Fellini y Morales Deganut, 2017).

En tanto, en Alemania, desde el año 2002 se considera legal la prostitución, en la medida que no haya explotación. Así, en el año 2016 se incorporó a los países que adhieren al sistema tratado en este punto al legislar la regulación de la prostitución, con el fin básico de brindar un marco de protección a las trabajadoras del sexo. Esta normativa ha recibido algunas críticas como el de las trabajadoras sexuales quienes la consideraban discriminatoria por aspectos tales como la obligación de registro para realizar la actividad (Schafer, 2017).

2.5 Conclusión

Como se percibió, la recepción de las directrices del Protocolo de Palermo en la mayor parte de las naciones de ambos continentes investigados no está exenta de las

críticas doctrinarias en determinados aspectos de la implementación. Tal es el caso de Brasil, con vacíos legales o el de Bolivia y Argentina, que en su similitud reciben ambas las mismas críticas a algunos puntos de su legislación.

También se pudo observar que los Estados cooperan con la finalidad de combatir el delito de trata de personas. Es destacable distinguir que no se advierte —en principio— que los distintos sistemas que cada Estado aplica respecto de políticas vinculadas con la prostitución, sea un obstáculo para la colaboración mencionada. Esta afirmación es independiente de que las herramientas usadas para la cooperación aún necesitan desarrollarse con mayor efectividad. Tal conclusión surge de notar que los dos sistemas más aplicados, el abolicionista y el prohibicionista, conviven en el contexto de los países que colaboran para luchar contra la trata de personas; esto es así teniendo en cuenta que cada país no aplica necesariamente el mismo sistema. Finalmente se puede determinar que existe una clara diferencia entre la persecución penal del delito investigado y la relación de cada sistema con respecto a la prostitución.

Para evitar cualquier confusión en el desarrollo del concepto, cabe aclarar que el contexto dentro del cual se hace referencia a la exclusión de la tipicidad en este capítulo, exclusivamente, es el del delito de trata de personas con fines de explotación sexual, al que se viene aludiendo. Vale esta aclaración porque, como se desarrolló en el capítulo anterior, solamente una víctima (siempre haciendo referencia a los adultos) podría tener viciado su consentimiento. En el caso de la prostitución, para el sistema reglamentarista, quien se prostituye no es una víctima.

En resumen, en los países que siguen este sistema (reglamentarista), si no se configuran los elementos del tipo, en cuanto a la restricción de la libertad de la persona, el consentimiento tiene eficacia jurídica para excluir la tipicidad; sin olvidar, como se ha mencionado en los párrafos anteriores, que estos países adhieren al Protocolo de Palermo, circunstancia que despeja cualquier duda sobre el hecho de que el delito de trata es punible.

En el próximo capítulo se desarrollará la forma en que la República Argentina re-cepta el marco normativo postulado por el Protocolo de Palermo.

Capítulo 3: La Política Criminal sobre Trata de personas como política de Estado en la República Argentina.

3.1 Introducción

Comprender la política criminal en Argentina respecto de este tipo de delitos permite determinar cuál es el criterio imperante en la actualidad, en el combate a la trata de personas con fines de explotación sexual.

A partir de esta comprensión, será posible percibir el vínculo existente entre dichas políticas y las de prevención con el tipo penal y el ordenamiento jurídico en general.

De esta manera, se tratan dos conceptos esenciales para el presente trabajo, el primero, la política criminal respecto de la trata de personas con fines de explotación sexual, vale decir, la manera en la que el Estado argentino implementa la persecución de las organizaciones dedicadas a explotar sexualmente a sus víctimas. A continuación, se desarrolla el contexto en el que el Estado lleva a cabo la prevención y represión del delito.

Sobre estos aspectos, en primer lugar, se busca determinar la manera en que se ha llegado al convencimiento de que resultaba necesario excluir la eficacia jurídica del consentimiento. Tal convicción en los legisladores guarda relación con la política criminal, en la medida que es uno de los métodos para luchar contra el delito, como se verá en ese punto. Además, se investigó la forma en que la política criminal afecta no solamente al delincuente, sino también a quienes ejercen la prostitución, a pesar de no ser consideradas delincuentes sino víctimas.

3.2 La Política criminal respecto de la Trata de Personas

La política criminal, dentro del Derecho Penal, aunque en sentido social, consiste en la utilización de los métodos adecuados para la lucha contra el delito (Roxin, 2002). En Argentina, esta política, en lo que a trata de personas se refiere, se apoya en tres pilares, siendo estos, la persecución penal de los delincuentes, la protección de las víctimas del delito y la prevención.

Así se observa que, la Resolución 2149/2008 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, crea la “Oficina de Rescate y Acompañamiento a las Personas Damnificadas por el Delito de Trata”. La mencionada oficina se integra con un equipo

interdisciplinario conformado por las divisiones específicas de las Fuerzas de Seguridad, psicólogos, trabajadores sociales y abogados. Explicita en el primer párrafo de sus considerandos que: “es política del Estado Nacional la prevención del delito de trata de personas, como así también, la protección de sus víctimas y la persecución de sus autores”.

En este marco, el Ministerio ha desarrollado un enfoque amplio e integral en cuanto a la política criminal, desde el interés en combatir los elementos constitutivos del delito de trata, hasta el restablecimiento de los derechos de las víctimas.

En consecuencia, se verá a continuación la manera en que el Poder Ejecutivo implementa las distintas estrategias para lograr su cometido. En primer lugar, el Programa Nacional de Rescate y Acompañamiento a las Personas Damnificadas por el Delito de Trata, que cuenta con la creación de la oficina mencionada precedentemente, y considera un acierto la exclusión del consentimiento también para el adulto según el texto de la Ley N° 24.862. A modo de ilustración, se menciona la siguiente afirmación publicada por este organismo:

Dictaminar que existe Trata de Personas sin hacer referencia a los medios comisivos supone considerar que algunas formas de explotación son coercitivas por su propia naturaleza. Toda defensa o alegación del consentimiento por parte de la víctima carece así de valor (Gatti, 2013, p.5).

Por otro lado, la prohibición de los avisos de comercio sexual. Además, distintos relevamientos y consecuentes evaluaciones en el ámbito judicial, en la percepción social o en el abordaje político criminal.

Respecto de la jurisdicción, la trata de personas —por sus características— es un delito federal, aun cuando se presente el caso de concurso con una figura delictiva de jurisdicción ordinaria o provincial. En cuanto a la competencia, se define conforme a lo dispuesto en la sección tercera del Código Procesal Penal de la Nación (artículo 37 al 40)¹⁸.

¹⁸ Artículo 37, C.P.P.N.: “Será competente el tribunal de la circunscripción judicial donde se ha cometido el delito. En caso de delito continuado o permanente, lo será el de la circunscripción judicial en que cesó la continuación o la permanencia. En caso de tentativa, lo será el de la circunscripción judicial donde se cumplió el último acto de ejecución”.

Artículo 38, C.P.P.N.: “Si se ignora o duda en que circunscripción se cometió el delito, será competente el tribunal que prevenga en la causa”.

3.3 El marco legislativo existente en torno a la figura de la prostitución: El sistema abolicionista en la Argentina

La actividad consistente, en que una persona tenga relaciones sexuales a cambio de dinero cobra relevancia, más allá de su carácter histórico y sociológico, por existir en la inmensa mayoría de las culturas de la humanidad, motivo por el cual se la conoce como “la profesión más antigua”. Sin bien esta actividad se encuentra teñida de una fuerte carga emotiva desde el punto de vista moral, es necesario circunscribirse a la figura desde la perspectiva del Derecho y, fundamentalmente, del Derecho argentino.

En primer lugar, la persona que mantiene relaciones sexuales a cambio de dinero es definida por la Real Academia Española como prostituta. Igualmente es posible ampliar tal concepto expresando que la entrega de los servicios sexuales se hace a personas indeterminadas. Claramente es una definición muy simple que no abarca todo el complejo fenómeno de la prostitución y menos aún, el de trata de personas con fines de explotación sexual. Estos últimos, a pesar de estar vinculados no representan la misma realidad, como se observará más adelante.

Dentro de este marco, la relación está dada en la medida en que la trata de personas utiliza la prostitución como herramienta para delinquir. En este punto, la finalidad es determinar si siempre se debe considerar a la prostituta como víctima o también se puede hacer referencia, en determinados casos, a trabajadoras del sexo; entendido el trabajo como la realización de una actividad de manera voluntaria —actividad que, en principio, no es un delito en el ordenamiento legal argentino—.

Al respecto, Aboso deja en claro que el ejercicio de la prostitución se halla vinculado con una elección de vida y por lo tanto es extraño al derecho penal. En consecuencia, es la autodeterminación que debe tener la persona respecto de su conducta sexual. De ahí que, quien se beneficia económicamente con la prostitución ajena sí es punible, como también lo es, quien en su ejercicio perjudique a terceros. Además, alerta sobre el riesgo de confundir el bien jurídico tutelado, para evitar que la búsqueda de la tutela

Artículo 39, C.P.P.N.: “En cualquier estado del proceso, el tribunal que reconozca su incompetencia territorial deberá remitir la causa al competente, poniendo a su disposición los detenidos que hubiere, sin perjuicio de realizar los actos urgentes de instrucción”.

Artículo 40, C.P.P.N.: “La declaración de incompetencia territorial no producirá la nulidad de los actos de instrucción ya cumplidos”.

del derecho a la autonomía e integridad sexual se transforme en una forma de imponer una cierta moralidad sexual (2014).

Si se consideran los distintos sistemas jurídicos en relación con la prostitución, tanto el prohibicionista como el abolicionista no admiten la utilización del término “trabajadora sexual”. Estas posturas interpretan que no hay posibilidad de que una persona tenga relaciones sexuales a cambio de dinero como una actividad laboral válida.

Se percibió con anterioridad que es el sistema reglamentarista el que reserva para el Estado el control de la actividad a través de normas que regulan su ejercicio, con el objetivo de preservar la higiene de la población. Por lo tanto, no solamente no penaliza a quien ejerce la prostitución, sino que considera que realiza un trabajo, siempre que se realice dentro de un marco legalmente aceptado.

En el ordenamiento legal argentino, a través de los años existieron algunos aspectos que se mantuvieron a medida que se incorporaban leyes relacionadas. Ya en la redacción del Código Penal de 1886 se castigaba al proxeneta, que es el individuo que obtiene beneficios económicos con el ejercicio de la prostitución de otra persona; en torno a ello, éste suele brindar (especialmente tratándose de mujeres) servicios de protección como contraprestación.

Por su parte, la Ley N° 9.143, promulgada en 1913 y conocida como Ley Palacios contra "la trata de blancas y la rufianería" (así llamada por el diputado socialista Alfredo Palacios) fue pionera en legislar contra la trata de personas. Es una normativa que tuvo vigencia en una época en que los lugares destinados al ejercicio de la prostitución, también llamados lupanares o burdeles, daban una clara idea de las condiciones infrahumanas a las que eran sometidas las mujeres que allí debían prostituirse; de ahí que se considere esta norma como el comienzo del sistema abolicionista en la Argentina.

Contemporáneamente a la Ley Palacios, se hallaron registros con un incremento del 25% de prostitutas de origen extranjero en la Argentina, que aumentó al 75% en el período entre guerras. Era un momento de la historia en la que se podían observar cómo se cumplían —en ese contexto— todos los elementos del tipo del delito de trata de personas con fines de explotación sexual, esto es, captación, fraude, engaño, etc., inclusive eran comunes los matrimonios forzados (Iglesias Skulj, 2013).

Como ya se mencionó anteriormente, la legislación actual castiga con la figura penal de trata de personas y también con otros delitos conexos, toda forma de explotación de la prostitución ajena.

Por otra parte, en la actualidad existe, entre otras, una de las organizaciones que nuclean a las personas que se consideran trabajadoras del sexo, llamada AMMAR (Asociación de Mujeres Meretrices Argentinas). Esta organización tiene un sitio web en el que reclaman el cese de la discriminación, de la violencia institucional a las que son sometidas y peticionan por una regulación del trabajo sexual.

Sin embargo, un sector de la doctrina considera que estos reclamos de las personas que quieren ser consideradas como trabajadoras sexuales parten de una premisa que está representada en el llamado “mito de la prostituta feliz”. Estos doctrinarios reconocen tal postura como un mito porque afirman que es una ilusión aseverar que las personas pueden dedicarse a la prostitución como si fuera una actividad lucrativa más, de la cual pueden retirarse simplemente con proponérselo. Esto es así porque las personas que se dedican a la prostitución solamente son percibidas como mercancía, es decir que su condición humana es reducida a la de un objeto, es cosificada. También afirman que debe excluirse la eficacia jurídica del consentimiento, basado en el principio de la dignidad humana (Esnal, 2014).

3.4 La prevención del delito de Trata de personas con fines de explotación sexual

La prevención en el delito de trata de personas es sumamente importante, y en ese aspecto hay coincidencia en los distintos instrumentos internacionales. Dispone el artículo 31 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos: “Los Estados Parte procurarán formular y evaluar proyectos nacionales y establecer y promover prácticas y políticas óptimas para la prevención de la delincuencia organizada transnacional”.

Si bien es apropiado prevenir en la mayoría de los delitos, la complejidad de este tipo de figura delictiva y el enorme perjuicio que ocasiona en las sociedades vulnera uno de los derechos humanos fundamentales, como la libertad. Por tal motivo es necesario que los Estados inviertan importantes recursos en la prevención. Además, la complejidad mencionada que incluye la participación de grandes organizaciones delictivas, refuerza esta necesidad de prevenir el delito de trata.

Al respecto, el artículo 12 de la Ley N° 26.842, que modificó el artículo 22 de la Ley N° 26.364 dispone en su inciso i) la implementación de los recursos necesarios para lograr el objetivo mencionado. En tal sentido, el Decreto N° 111/2015 dispuso que el Jefe de Gabinete de Ministros convoque a la primera reunión del Consejo Federal para la Lucha Contra la Trata y Explotación de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas. Y en mayo de 2017 fue designada la nueva Coordinadora del Consejo Federal para la Lucha Contra la Trata (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2017).

También, son los medios de comunicación (el diario de papel o digital, la televisión o la radio) quienes cumplen un rol de gran trascendencia en la difusión del problema de la trata de personas. En ese sentido, las políticas de prevención del delito cuentan con una valiosa colaboración de estos medios. Se debe tener en cuenta la moderna herramienta de comunicación que consiste en el uso de internet en los distintos artefactos tecnológicos que lo usan (celulares, smart tv o computadoras en sus distintas presentaciones).

Una de las tantas formas de ayudar que tienen estos medios es la difusión de frases con un claro mensaje hacia la sociedad, a modo de ejemplo: “sin clientes no hay trata”. Esto, sin perjuicio del cuestionamiento que han hecho sobre este eslogan en particular las organizaciones que pretenden que sean reconocidos los derechos de las trabajadoras sexuales.

3.4.1 La exclusión de la eficacia jurídica del consentimiento

Teniendo en cuenta lo visto precedentemente respecto de los distintos sistemas jurídicos y sus enfoques sobre la prostitución, además de observar la política criminal desarrollada en el punto anterior, se pretende comprender los alcances de la eficacia jurídica del consentimiento.

En primer lugar, es necesario determinar cómo se llega a la legislación actual de presuponer que toda posibilidad de consentimiento debe ser nula en el contexto de trata de personas. De esta manera será posible para interpretar cuales son las razones que impulsaron a los congresistas a legislar en ese sentido.

Ahora bien, tomar en consideración lo postulado por el Protocolo de Palermo al respecto, permite apreciar si la redacción actual de la norma responde al criterio que tal

convenio aplicó. En ese sentido, éste demostró una “sabiduría innegable” (Villada, 2013, p. 51) vinculando explotación y consentimiento “solamente” ante una situación de vulnerabilidad o por alguno de los medios comisivos del delito (engaño, fraude, etc.). Por lo tanto, se debe buscar en la propia legislación, jurisprudencia y doctrina argentinas las razones que expliquen la presunción que impuso la Ley N° 26.842.

En este marco, una primera aproximación surge de la jurisprudencia correspondiente al período entre las dos últimas leyes sobre trata de personas N° 26.364 y N° 26.842. Se diferencian ambas, en lo que a este punto se refiere, en que la presunción de nulidad del consentimiento pasó de ser *iuris tantum* a no admitirse prueba en contrario, vale decir *iure et de iure*.

Las causas tramitadas conforme a la primera de las leyes mencionadas, evidentemente más benigna, tenían en cuenta que es necesario estar ante un consentimiento viciado para que se excluya su eficacia jurídica. Por ejemplo, en el recurso de casación interpuesto por Carlos Montiel por una causa de trata de personas en la que se lo condenó en el año 2012, el Dr. Pedro R. David, en los considerandos de su voto explicita este concepto. Al respecto, dijo: “...si existe consentimiento no se configura el delito de trata de personas mayores de dieciocho años con fines de explotación sexual...”¹⁹. Posteriormente, el magistrado aclara que el consentimiento viciado sí configura el tipo penal del artículo 145 *bis*²⁰ del código de fondo (conforme a la Ley N° 26.364).

Sin embargo, en la legislación actual, la concurrencia de los medios comisivos se aplica para hacer más gravoso el ilícito y, en consecuencia, aumentar la pena.

Además, la nulidad de todo consentimiento como presunción *iure et de iure*, evidentemente avanza más allá de la clara intención normativa del protocolo. Esto indica que la actitud paternalista del Estado pretende proteger a la víctima de un “dominio psíquico” (Tazza, 2014) que condiciona la libre elección de aquella. Tal condicionamiento

¹⁹ C.F.C.P., Sala II, (24/04/14) “Montiel”- Causa N° 16813- reg. 637/14.

²⁰ Artículo 175 bis, C.P. (s/texto Ley 26.364): “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, 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”.

es el que impediría a la víctima decidir libremente, no ya sobre su libertad, sino respecto de su dignidad, atributo este que no se considera disponible.

3.4.2 La punición de quienes se consideran trabajadoras sexuales

Para finalizar el desarrollo de la política criminal sobre trata de personas con fines de explotación sexual, hay un aspecto de la misma que no puede dejarse de lado y está vinculado con la persecución de los delincuentes. Puesto que, si dicha política tiene la prevención del delito como una de sus premisas fundamentales, se debe evitar perjudicar a quienes no forman parte de la organización delictiva. En otras palabras, la persona que se prostituye se considera una víctima de este tipo de delitos, sin embargo, en la práctica suele ser perseguida en su accionar si, fuera del contexto de trata, realiza su actividad, ya que en ese caso se considera que incurre en una contravención.

Se trae a colación el ejemplo de la expresión del sistema prohibicionista en el que está inspirado el Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires; prueba de ello es que impone una sanción a los oferentes o demandantes de servicios de carácter sexual en espacios públicos no autorizados²¹. Tal norma se considera que viola preceptos constitucionales en cuanto a la protección de minorías y sectores vulnerables. Por lo tanto, este tipo de restricciones evidencia la criminalización de las trabajadoras sexuales (Iglesias Skulj, 2013).

Asimismo, amerita mencionarse un trabajo de investigación que fue realizado por las antropólogas Cecilia Varela y Deborah Daich (UBA/CONICET), a pedido de la organización AMMAR, antes mencionada. En ese estudio desarrollan el problema de la violencia institucional sufrida por quienes se consideran trabajadoras sexuales (2016).

²¹ Artículo 81, Código Contravencional – C.A.B.A.: “Oferta y demanda de sexo en los espacios públicos. Quien ofrece o demanda en forma ostensible servicios de carácter sexual en los espacios públicos no autorizados o fuera de las condiciones en que fuera autorizada la actividad, es sancionado/a con uno (1) a cinco (5) días de trabajo de utilidad pública o multa de doscientos (\$ 200) a cuatrocientos (\$ 400) pesos. En ningún caso procede la contravención en base a apariencia, vestimenta o modales”.

En este contexto, según el estudio citado se menciona a continuación algunos de los conflictos que detectaron, haciendo la salvedad que se citan solamente aquellos que tienen que ver con algunas consecuencias de la política criminal aplicada.

Por un lado, la aplicación de políticas anti-trata generó un incremento de políticas de inspección en los locales cerrados destinados a la prostitución. Estos nuevos controles que se suman a los ya existentes contemplados por el código contravencional (en la C.A.B.A.), trajo como consecuencia la posibilidad cierta de procesarse a trabajadoras sexuales que no sean consideradas víctimas, por ejemplo, como cómplices de un delito mucho más grave que una simple contravención. Y por otro, los reiterados controles implican situaciones frecuentes de averiguación de identidad, resistencia a la autoridad, etc., lo que genera, en las personas que se consideran trabajadoras sexuales, la percepción de que su actividad se desenvuelve en un contexto de marginalidad y clandestinidad.

En resumen, las investigadoras concluyen que las personas que se dedican al trabajo sexual son discriminadas de manera tal que se vulneran sus derechos básicos. Además, atribuyen, como se ha percibido, a las políticas anti-trata, o a su inadecuada aplicación, una de las principales causas de la situación de persecución que viven las prostitutas.

3.5 Conclusión

Es innegable que se están realizando, conforme se observa en este capítulo, esfuerzos orientados a prevenir el delito de trata de personas en general y con fines de explotación sexual en particular. Además, que la prevención y persecución de la trata de personas sea política de Estado es un reflejo de la toma de conciencia de la gravedad de este tipo de delitos y su trascendencia a nivel tanto nacional como internacional. Por consiguiente, la oficina creada al efecto del rescate y acompañamiento de víctimas es una pauta más del rumbo tomado.

Sin embargo, se ha podido advertir que los esfuerzos realizados desde el punto de vista legal, elogiados en cuanto al afán de ser cada vez más efectivos en la persecución del delito, ha generado cierta inconsistencia normativa en la República Argentina. Tal como plantea Villada (2014) hay ciertas reformas en la legislación penal hechas al amparo de las pasiones, lo que significa que hay circunstancias coyunturales que terminan siendo legisladas por razones que mucho tienen que ver con la presión de la opinión

pública. Además, esto ocurre como es consecuencia ineludible, sin el respaldo de evaluaciones previas y minuciosas que avalen las modificaciones o reformas legislativas que se postulen.

En otras palabras, en lo que al presente trabajo interesa, se ha podido observar en el desarrollo de este capítulo que se ha legislado con una actitud de Estado paternalista. Además, la presión de parte de la opinión pública —cuando menos la que considera a las prostitutas siempre como víctimas— pretende vincular toda manifestación de comercio sexual con este delito, el mejor ejemplo de ello es la expresión “todo es trata”.

Tal simplificación de conceptos trae aparejado ese riesgo de legislar al amparo de las pasiones como ya se referenció, es decir, en vez de realizarse un análisis integral de la situación de las personas que ejercen la prostitución y aspiran a un reconocimiento y protección propio de la legislación laboral, se las ignora en base a prejuicios, como el hecho de considerarlas siempre víctimas. Esto alude no solamente respecto a terceros que pretendan explotarlas sino pretendiéndose imponer una determinada moralidad que implica el grave riesgo de avasallar el derecho de autodeterminación. En efecto, este es un riesgo que debe ser acotado por las garantías constitucionales.

Capítulo 4: El problema de la exclusión del consentimiento en la Ley N° 26.842

4.1 Introducción

En este capítulo se desarrollará, a partir de los temas vistos hasta ahora, la forma en que opera el consentimiento en la legislación actual. Ante todo, se pretende determinar por qué el legislador modificó la Ley N° 26.364 en lo que se refiere al consentimiento, para luego analizar la parte pertinente del Código Penal con su actual redacción. Asimismo, se explayará sobre los delitos conexos para verificar si el ordenamiento normativo vigente tiene ambigüedades, o si por el contrario es consistente y no existe sobreabundancia de elementos normativos.

Para finalizar, se pone a prueba las hipótesis planteadas en torno al consentimiento en los adultos, llegando a una conclusión general del trabajo de investigación. En consecuencia, se analizará la naturaleza jurídica del consentimiento y su validez.

4.2. Tipificación de la Trata de personas en los artículos 145 bis y ter del Código Penal (según texto de la Ley N° 26.364)

La Ley N° 26.364 promulgada en el año 2008 se redactó cumpliendo lo dispuesto por el Protocolo de Palermo. Esta ley cambió el criterio que se seguía en la trata de personas de la Ley N° 25.087 que la consideraba un delito contra la integridad sexual, por el de considerar el bien jurídico protegido como la libertad de la persona, aun cuando el ilícito esté dirigido a la explotación sexual. Por consiguiente, a esta ley se debe la incorporación de los artículos 145 *bis*²² y 145 *ter*²³ en el Código Penal como

²² Artículo 145 bis, C.P.: “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”.

²³ Artículo 145 ter, C.P.: “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

nuevas figuras penales y la supresión de los artículos 127 *bis*²⁴ y 127 *ter*²⁵ que contemplaban delitos contra la integridad sexual.

A partir del concepto de trata de personas —desarrollado en el capítulo 1—, se puede determinar el tipo objetivo y subjetivo del delito (Luciani, 2015). Por lo tanto, el sujeto activo puede ser cualquier persona, mientras que el sujeto pasivo en la Ley N° 26.364, se discriminaba si la víctima era mayor o menor de 18 años. No obstante, en la redacción actual de la Ley N° 26.842, tal diferenciación no existe, en consecuencia, pueden ser sujetos pasivos mujeres y hombres de cualquier edad.

La acción típica está definida por los verbos desarrollados conceptualmente en el primer capítulo, los cuales se enumeran a continuación como:

- Ofrecer: en el sentido de proponer el sujeto activo al pasivo la opción de realizar la actividad que está destinada a su explotación.
- Captar: consistente en persuadir al sujeto pasivo doblegando su voluntad.
- Trasladar: significa llevar de un lado a otro a la víctima.
- Recibir o acoger: al sujeto pasivo.

Todas esas acciones se realizan con el fin de la explotación (sexual, para el presente estudio); además se requiere el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima.

En primer lugar, durante la vigencia de esta ley era necesario que se hubieran realizado las conductas típicas, dirigidas a la explotación de la víctima de este delito, para poder afirmar que es irrelevante el consentimiento de la persona afectada. De acuerdo con ello, el elemento subjetivo es el consistente en la voluntad de realizar la acción

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”.

²⁴Artículo 127 bis, C.P.: “El que promoviere o facilitare la entrada o salida del país de menores de 18 años para que ejerzan la prostitución, será reprimido con reclusión o prisión de 4 a 10 años. La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando la víctima fuere menor de trece años. Cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de prisión o reclusión de 10 a 15 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 encargado de su educación o guarda”.

²⁵Artículo 127 ter, C.P.: “El que promoviere o facilitare la entrada o salida del país de una persona mayor de 18 años para que ejerza la prostitución mediando engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, será reprimido con reclusión o prisión de tres a seis años”.

típica, aún sin haber completado el *iter criminis*, pero cuando menos el delincuente hubiera avanzado hasta los actos de ejecución, teniendo en cuenta que es admisible la tentativa.

También, esta ley contemplaba la trata de personas mayores de edad, conforme a lo previsto en el artículo 145 *bis*²⁶ del Código Penal, mientras que la trata de personas menores de edad estaba tipificada en el artículo 145 *ter*²⁷ del código de fondo (Tazza, 2014).

4.3 Modificaciones que introdujo la Ley N° 26.842 respecto de los medios comisivos y de la distinción entre adultos y menores

A partir de la vigencia de la Ley N° 26.364 tanto la doctrina como la jurisprudencia cuestionaron si los medios comisivos —engaño, fraude, violencia, abuso de la situación de vulnerabilidad, etc.— eran necesarios para la configuración del delito de trata de personas; teniendo en cuenta que una persona no puede consentir libremente su propia explotación (Luciani, 2011).

Este criterio se vio plasmado en la modificación del año 2012 con el dictado de la Ley N° 26.842, modificatoria de la anterior 26.364. En torno a ello, surge la reforma como resultado de una postura mayoritaria de los legisladores que consideraron, a partir de ese momento, irrelevante el consentimiento brindado por un adulto al que se considera víctima.

También, como en la anterior ley, el sujeto activo puede ser cualquier persona; mientras que el sujeto pasivo en la Ley N° 26.364 estaba diferenciado en el articulado de la

²⁶ Artículo 145 bis, C.P.: “Será reprimido con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediare el consentimiento de la víctima”.

²⁷ Artículo 145 ter, C.P.: “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”.

norma si la víctima era mayor o menor de 18 años (artículos 145 *bis*²⁸ y *ter*²⁹), como se observó con anterioridad. En tanto, la redacción actual de la Ley N° 26.842, no contiene tal diferenciación, siendo el primero de los dos artículos mencionados el que define el tipo penal. Sin embargo, la distinción radica en que las agravantes se definen el artículo 145 *ter*³⁰ del Código Penal.

Además, la existencia de los elementos del tipo implica que sea punible la acción, aunque hubiera habido consentimiento por parte de la víctima. Cabe destacar que, en caso de consumarse la explotación, esta funciona como agravante.

Es éste el cambio que se analiza en el desarrollo del presente trabajo, ya que se busca determinar si lo prescripto por el artículo 1 in fine de la Ley N° 26.842, modificatorio del artículo 145 *bis*³¹ del Código Penal, es una reforma acertada, en cuanto quita eficacia jurídica al consentimiento, sin admitir prueba en contrario.

4.4 Delitos conexos con el de Trata de personas con fines de explotación sexual: Forma en que opera el consentimiento en cada caso

Dentro de la variedad de delitos que guardan relación con el de trata de personas, el análisis será, coherentemente con el objetivo de la investigación, de aquellos vinculados a la explotación sexual de adultos.

²⁸ Artículo 145 bis, C.P.: “Será reprimido con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediare el consentimiento de la víctima”.

²⁹ Artículo 145 ter, C.P.: “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”.

³⁰ Idem Nota N° 29.

³¹ Artículo 145 bis, C.P.: “Será reprimido con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediare el consentimiento de la víctima”.

Para ello, se comenzará por explayar las diversas figuras delictivas relacionadas. En el supuesto del matrimonio servil, se contempla en el artículo 140 del Código Penal³² que solamente se considera como hecho delictivo el forzar a una persona a contraer matrimonio. Esta característica es la que se ha tenido en cuenta para ubicar el tipo penal junto al que surge de obligar a una persona a realizar trabajos forzados, es decir se distingue por coartar la libertad del individuo para elegir. Al respecto, en cuanto al vínculo con la trata de personas es posible observar que el protocolo de Palermo se refiere al matrimonio o unión de hecho; en tanto la ley argentina solamente contiene el matrimonio servil.

Existe en este delito una equiparación a la reducción, la esclavitud o a la servidumbre. Tal analogía indica que la víctima está sometida a la voluntad del delincuente, sin la menor autonomía para obrar con voluntad.

En cuanto a la promoción, facilitación de la prostitución y explotación económica de la misma, el título III del Código Penal que comprende los Delitos Contra la Integridad Sexual, contempla en su artículo 125 *bis*³³ la acción de promover, consistente en

...la impulsión mediante actos positivos dirigidos a la víctima. Promueve quien engendra la iniciación de actos prostituyentes o su realización, o quien contribuye a profundizar lo ya prostituido (...). [También la acción de facilitar] (...) colaborar para hacer posible o más fácil la práctica de la prostitución. El facilitador allana los obstáculos, proporciona o entrega medios que favorecen., aun cuando no sean indispensables (Villada, 2014, p. 101).

Completan las conductas previstas, la promoción que consiste en inducir o instigar; además, de la explotación económica de la prostitución, aunque medie el consentimiento de la víctima, tipificada en el artículo 127³⁴ del Código Penal.

³² Artículo 140, C.P.: Serán reprimidos con reclusión o prisión de cuatro (4) a quince (15) años el que redujere a una persona a esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad, y el que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella. En la misma pena incurrirá el que obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados o a contraer matrimonio servil.

³³ Artículo 125 bis, C.P.: “El que promoviere o facilitare la prostitución de una persona será penado con prisión de cuatro (4) a seis (6) años de prisión, aunque mediare el consentimiento de la víctima”.

³⁴ Artículo 127, C.P.: “Será reprimido con prisión de cuatro (4) a seis (6) años, el que explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, aunque mediare el consentimiento de la víctima. La pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias: 1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima. 2. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad

Es en este delito donde se percibe un tema en común con el delito de trata de personas con fines de explotación sexual. En ambas figuras, conforme a la Ley N° 26.842, el consentimiento de la víctima no tiene validez desde el punto de vista jurídico. Asimismo, en la jurisprudencia tanto en causas a las que se aplica Ley N° 26.364, como los casos juzgados bajo el imperio de la modificación del año 2012, se observan en los juicios por trata de personas, sentencias relacionadas con este delito que promueve o facilita la prostitución ajena. Razonable es suponer que se trata de casos en los que se presenta alguna de las modalidades concursales, y en determinadas circunstancias, ese es el vínculo. Sin embargo, lo que ocurre en algunas causas es que las sentencias condenan por el delito de facilitación de la prostitución a quienes originalmente fueron procesados por trata de personas.

Para comprender a qué se debe que esta situación no sea excepcional, surgen del examen de los dos tipos penales, algunas similitudes que podrían explicar la causa de lo que parece, *prima facie*, un error en la etapa de elevación a juicio. En primer lugar, el artículo 125 *bis*³⁵ del Código Penal prescribe una condena de cuatro a seis años de prisión para quien promueva o facilite la prostitución de una persona adulta, sin importar su consentimiento. Por su parte, el artículo 145 *bis*³⁶ del mismo, establece una pena de cuatro a ocho años para quien realice algunos de los medios comisivos, también sin tener en cuenta el consentimiento de la víctima.

En este marco, el primero de los delitos mencionados pertenece a la jurisdicción ordinaria o provincial, mientras que el segundo es de incumbencia federal, y —también— los concursos de delitos.

Complementariamente, existe un fallo reciente, de la Cámara Nacional de Casación Penal que es representativo de lo manifestado respecto del cambio de calificación, “PASI, Beatriz y otro s/recurso de casación”³⁷, originario del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Bahía Blanca. La sentencia recurrida acaeció en una causa que llegó

o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.3. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria. Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión”.

³⁵ Artículo 125 bis, C.P.: “El que promoviere o facilitare la prostitución de una persona será penado con prisión de cuatro (4) a seis (6) años de prisión, aunque mediere el consentimiento de la víctima”.

³⁶ Artículo 145 bis, C.P.: “Será reprimido con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, el que ofreciere, capture, 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”.

³⁷ C.F.C.P., Sala IV, (11/08/17). PASI, Beatriz y otro s/recurso de casación—FBB 212/2013/TO1/10/CFC1 –REGISTRO N° 102/17.4-2017.

al Tribunal Oral con el requerimiento de elevación a juicio por trata de personas con fines de explotación sexual. Los imputados —la propietaria de un local nocturno, su pareja y el encargado— estaban acusados de recibir y acoger mujeres extranjeras, mayores de edad, con la finalidad de ser explotadas sexualmente, aprovechando su situación de vulnerabilidad, y con la finalidad de un beneficio económico. En los considerandos de la sentencia, los jueces entendieron que los hechos no eran típicos del delito de trata de personas³⁸.

En esta línea de ideas, el tribunal llegó a esa conclusión haciendo referencia a la complejidad de la figura que incluye la violación a los derechos humanos y privación de la libertad abusando de la situación de vulnerabilidad. De esta manera, los magistrados no consideraron acreditada la prueba que pudiera respaldar la calificación de trata de personas. Por lo tanto, determinaron la conducta de los procesados dentro de la figura prescripta por el artículo 125bis³⁹ del Código Penal⁴⁰. Más allá de algunas consideraciones relativas a los agravios planteados por la defensa, en cuanto a la intención de que se aplicara la Ley N° 26.364 por ser más benigna que la N° 26.842, lo destacable en este caso es la diferencia en la interpretación de la ley sustantiva.

Esto es así porque el tribunal bahiense consideró probados únicamente los hechos que vinculaban la acción de los acusados con el tipo penal de facilitación de la prostitución. Por su parte el Ministerio Público Fiscal consideró que el delito se encuadraba dentro del tipo penal de trata de personas con fines de explotación sexual. Finalmente, la Cámara Federal de Casación Penal rechazó el recurso de casación por coincidir con el criterio aplicado por el tribunal de juicio⁴¹. En efecto, este ejemplo jurisprudencial pone de manifiesto la diferencia de criterios que se observa —en la práctica— respecto del bien jurídico protegido.

Se puede mencionar otro antecedente del mismo tribunal de juicio, en el cual, la causa fue elevada para ser juzgada por trata de personas en los términos del artículo 145

³⁸T.O.C.F.B.B. (08/11/16) “PASI, Beatriz Ramona y otros s/ Infracción arts. 145 bis y ter incs. 1 y 4 y 5 anteúltimo párrafo del Código Penal”, causa N° FBB 212/2013/TO1 (O.I.1224)”.

³⁹Artículo 125 bis, C.P.: “El que promoviere o facilitare la prostitución de una persona será penado con prisión de cuatro (4) a seis (6) años de prisión, aunque mediere el consentimiento de la víctima”.

⁴⁰T.O.C.F.B.B. (08/11/16) “PASI, Beatriz Ramona y otros s/ Infracción arts. 145 bis y ter incs. 1 y 4 y 5 anteúltimo párrafo del Código Penal), causa N° FBB 212/2013/TO1 (O.I.1224)”.

⁴¹T.O.C.F.B.B. (08/11/16) “PASI, BEATRIZ RAMONA Y OTROS s/ Infracción arts. 145 bis y ter incs. 1 y 4 y 5 anteúltimo párrafo del Código Penal), causa N° FBB 212/2013/TO1 (O.I.1224)”.

bis⁴², apartado segundo y tercero del segundo párrafo del Código Penal. Se trata de “Zambrana, Néstor Alberto, Del Valle, Dora Esperanza, Azcona Villalba, Alicia Alexandra s/Trata de Personas Agravada”⁴³. Posteriormente, la Cámara Federal de Casación Penal convalidó la sentencia, por considerarla debidamente fundada⁴⁴.

Esta causa fue elevada a juicio con la calificación postulada por la fiscalía, que consideraba estar ante un caso de trata de personas con fines de explotación sexual, al afirmar que Zambrana tenía montada una organización a tal fin. Además, el Ministerio Público Fiscal argumentó que se trataba de jóvenes extranjeras que habían sido víctimas de los distintos medios comisivos de las acciones típicas previstas en el artículo 145 bis⁴⁵ del Código Penal. Cabe aclarar que, por la fecha de ley vigente al momento en que tuvieron lugar los hechos (previamente a la modificación del año 2012) era la N° 26.364.

Sin embargo, el tribunal consideró que no estaban configuradas, en el caso, las acciones típicas del artículo mencionado. O sea que, de los dichos de las víctimas no era posible advertir que hubiera forma alguna de *vis* absoluta, del mismo modo que no se pudo verificar la existencia de *vis* compulsiva; esto, a pesar de los argumentos del engaño y abuso de la situación de vulnerabilidad planteada por la fiscalía. Finalmente, Zambrana fue absuelto por el delito de trata y condenado por facilitación de la permanencia ilegal de extranjeros, contemplada en la ley de migraciones N° 25.871⁴⁶.

El criterio aplicado por los camaristas del tribunal oral se resume en el siguiente párrafo: “...por ello, cuando las formas típicas de comisión están ausentes recobra toda

⁴²Artículo 145 bis, C.P. (s/Ley 26.364): “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, 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”.

⁴³T.O.C.F.B.B. (11/03/13) “Zambrana, Néstor Alberto y otros s/ Infracción trata de personas” Causa N° 1124. incs. 1 y 4 y 5 anteúltimo párrafo del Código Penal, causa N° FBB 212/2013/TO1 (O.I.1224)”

⁴⁴C.F.C.P., Sala I, “Zambrana, Néstor Alberto s/ recurso de casación” –CAUSA 600/13 I –REGISTRO N° 615/16.1-2016.

⁴⁵Artículo 145 bis, C.P.: “Será reprimido con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, el que ofreciere, capture, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediare el consentimiento de la víctima”.

⁴⁶T.O.C.F.B.B. (11/03/13) “Zambrana, Néstor Alberto y otros s/ Infracción trata de personas” Causa N° 1124

su validez el consentimiento del sujeto pasivo, lo que reafirma la convicción que la libertad, como ámbito de autodeterminación, es el bien jurídico lesionado...”⁴⁷.

4.5 El consentimiento en los adultos y el rol del juez a partir de la Ley N° 26.842

Los temas hasta ahora tratados son necesarios para poder analizar si es atinado haber legislado en este tipo penal la irrelevancia del consentimiento de un adulto, considerado víctima para la ley, como una presunción *iure et de iure*. La duda surge, para los casos en que quien se prostituye es un adulto no vulnerable, si debería contemplarse la posibilidad de que se admita prueba en contrario, de manera que pueda excluir la tipicidad o minorar la pena.

Detalladamente, Villada (2014) desarrolla un análisis doctrinario respecto del consentimiento del adulto que no ha sido sometido a coerción o error, el que es válido en la medida que haya sido otorgado libremente. En ese mismo sentido, citando a doctrinarios de reconocida trayectoria como Nuñez o Buompadre, observa que el consentimiento libre —brindado con intención, discernimiento y voluntad—, puede llegar a excluir el tipo delictivo.

Este autor —es necesario aclararlo para no tomar lo dicho en el párrafo anterior como una postura radical— en sus obras no adhiere a las posturas doctrinarias de que ciertos derechos como el llamado “derecho a la vida” son disponibles para el titular e indisponibles para el Estado o terceros. Admite alguna limitación a ciertos derechos fundamentales por parte del Estado, como es el caso del derecho a la libertad dentro del contexto de la vida en sociedad, aplicando el principio constitucional de reserva al ámbito de la intimidad del individuo (Villada, 2014).

Es en su análisis del sentido que da el Protocolo de Palermo, donde se aprecia un cuestionamiento a la modificación introducida por la Ley N° 26.842 que excluye todo consentimiento *iure et de iure*. Advierte que la norma internacional que inspiró a la legislación argentina, entre tantas otras, se refiere a la invalidez del consentimiento siempre y cuando éste se encuentre viciado por la situación de vulnerabilidad de la

⁴⁷T.O.C.F.B.B. (11/03/13) “Zambrana, Néstor Alberto y otros s/ Infracción trata de personas” Causa N° 1124.

víctima; esto significa que la presunción legal para el Protocolo de Palermo en cuanto a la ilegitimidad es *iuris tantum* (Villada, 2014).

Siguiendo con las ideas de este autor, se observa que la redacción del texto actual de la ley de trata que no tiene en cuenta el consentimiento implica un inconveniente más. Tal problema consiste en el riesgo de penar de manera inadecuada a intervinientes en el proceso delictivo que no fueran coautores o partícipes, como, por ejemplo, en el proceso de transporte de una víctima desde un país limítrofe hasta una provincia argentina, el caso de quien la recibiera para acogerla durante una escala intermedia. En este contexto, se intenta suponer que esta persona conoce la finalidad del traslado para ejercer prostitución, y al recibir a la víctima nota que ésta viaja con pleno conocimiento de su destino; además sabe que la persona transportada lo hace consciente y voluntariamente porque tiene una expectativa de un cierto bienestar económico. De ahí cabe preguntarse si es atinado que corra el riesgo de ser considerado partícipe necesario de un delito grave como la trata de personas, ante la aplicación de la modificación del 2012 sobre el consentimiento.

Respecto la vulnerabilidad o no de un adulto, en el capítulo desarrollado sobre el concepto, se puso de manifiesto que disponer de menos recursos económicos no implica necesariamente una situación de vulnerabilidad del individuo. Esto en el sentido de que se trate de un delito contra la libertad, como es el caso de la trata de personas en general y con fines de explotación sexual, en particular.

Por otra parte, el juez de primera instancia y el tribunal de juicio que intervienen en el delito de trata de personas, son magistrados con jurisdicción federal. A los fines del presente trabajo y para poder desarrollar con mayor claridad los conceptos, se representarán ambas instancias con la referencia al “juez” o al “magistrado”.

De acuerdo con ello, la sana crítica está relacionada con la valoración de la prueba, por tal motivo las presunciones *iuris tantum* permiten que el juez, profesional del Derecho, realice una ponderación de los hechos. Además, en el caso que se refiere a la figura de trata de personas, puede discernir si la persona que ejerce la prostitución en las causas sometidas a su tarea de juzgador realmente obra con una voluntad viciada o no.

Asimismo, es el juez quien está en condiciones de evaluar si la situación económica de la persona que se prostituye es relevante a la hora de considerar su vulnerabilidad.

También es el magistrado quien debe sopesar otros factores como el nivel educativo alcanzado por la persona, entre otros, conforme prescribe el artículo 41, inciso 2⁴⁸ del Código Penal.

Otra manifestación de la actividad jurisdiccional consiste en evaluar si hay indicios de violencia de género, en qué medida ésta tiene vinculación con la figura de trata de personas. La Ley N° 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, define en su artículo 5, incisos 2⁴⁹ y 3⁵⁰ la trata de mujeres como una manifestación de la violencia. Esto no debe inducir a suponer que toda manifestación de violencia en los términos de la ley citada, impliquen que se está ante un caso de trata de personas.

Siguiendo con el análisis del rol del juez, Fellini (2017) adhiere a algunas críticas doctrinarias respecto de la reforma del año 2012, la que establece un tipo penal abierto, en la medida en que requiere la interpretación del magistrado para cada caso concreto. Sin embargo, según se ha desarrollado precedentemente, esta característica, lejos de ser un problema, pareciera ser la alternativa más apropiada. Es decir que, por ejemplo, permite que el juez pueda evaluar si, ante la presencia de los elementos de un delito conexo, se está ante la presencia de un concurso de delitos o directamente no es aplicable la figura de trata sino la del delito conexo.

⁴⁸ Artículo 41, inciso 2, C. P.: “La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso”.

⁴⁹ Artículo 5, inciso 2, Ley N° 26.485: “Psicológica: La que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación”.

⁵⁰ Artículo 5, inciso 3, Ley N° 26.485: “Sexual: Cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres”.

También se puede mencionar, a modo de ejemplo, un antecedente jurisprudencial que refleja la importancia de esa interpretación que debe hacer el juez en el caso concreto. Se trata de la apelación de un auto de procesamiento que la Cámara Nacional en lo Federal Criminal y Correccional, resolvió en el año 2010, en la causa seguida contra Carmen Ogando Bido, como autora del delito de trata de personas en los términos del art. 145 *bis* apartado 3 del CP. En los considerandos, el tribunal hizo referencia a los factores que deben analizarse para determinar si se está ante una situación de vulnerabilidad de la víctima (edad, pobreza, exclusión social, etc.). Sin embargo, advierten que son dos los factores que deben tenerse en cuenta: la vulnerabilidad propiamente dicha y además que el autor efectivamente abusara de tal situación. Finalmente, la verificación de tales extremos la evaluó el mismo tribunal⁵¹.

Retomando el “problema del consentimiento” como lo define Villada (2017), hay unas consideraciones más que son necesarias desarrollar para concluir con el tema, dentro de las cuales dicho autor realiza algunas referencias a las discusiones parlamentarias en la Cámara de Diputados de la Nación. En cuanto al consentimiento en el delito de matrimonio servil, establece que se corre el riesgo de invertir la carga de la prueba, en la medida en que las propias víctimas deberían probar que su consentimiento estaba viciado; lo que evidencia una postura a favor de la exclusión del consentimiento. Otros legisladores argumentaron que se atentaba contra el libre albedrío sino se permitía a la persona brindar su consentimiento a la explotación, teniendo en cuenta que la prostitución en Argentina no es un delito; como así también sería una manifestación de autoritarismo desde el punto de vista penal intentando solucionar en esta jurisdicción problemas sociales (Villada, 2017).

Anteriormente se puso de manifiesto que la opinión dominante en esos debates excluye la posibilidad de brindar consentimiento en estos delitos, porque se afecta la dignidad humana de la víctima.

Es el propio Villada (2017), en el mismo trabajo, quien postula lo ilógico del razonamiento siguiente: Las personas adultas son responsables para algunas cosas y no para otras, siempre en función de lo que el Estado le reconozca o decida como capacidad de

⁵¹ C.N.F.CC –Sala I-(18/11/10)- “Ogando Bido, Carmen s/ procesamiento” - Causa n° 44.389 del Juzg. Fed. n° 11 - Sec. n° 21 - Reg. n° 1171

los individuos. Por lo tanto, pone en duda la constitucionalidad de la presunción *iure et te iure* respecto de la nulidad del consentimiento.

También se debe tener en cuenta cuál es la coherencia de esta presunción respecto de otras normas del ordenamiento jurídico argentino. Por ejemplo, el delito de raptó, cuyo bien jurídico tutelado es la integridad sexual, contempla una disminución de la pena si la víctima (que en este caso es menor de edad, entre 13 y 16 años, por lo que se llama raptó impropio) brinda su consentimiento. Y en lo que respecta al bien, que parte de la doctrina considera tácitamente tutelado por la figura de la trata de personas, la dignidad (como atributo de la personalidad), hay una contraposición con otras normas; tal es el caso de la N° 26.165 o ley general de reconocimiento y protección al refugiado y la Ley N° 24.193 de trasplantes de órganos y materiales anatómicos (Villada, 2014).

4.6 Conclusión

La actual redacción del artículo 1 de la Ley N° 26.842 merece especial atención respecto del consentimiento, teniendo en cuenta que la prostitución no está penada en Argentina y por lo tanto pareciera más apropiado admitir prueba en contrario sobre la presunción de vulnerabilidad. También, el hecho de ser la persecución de la trata de personas una política de Estado puede llevar a considerar que determinadas conductas encuadran dentro de este delito, cuando corresponde a otros que ya están contemplados en el Código Penal. Ejemplos de esto se han expuesto precedentemente en los casos jurisprudenciales sobre la facilitación de la prostitución (artículo 125 bis del Código Penal) o la facilitación de la permanencia ilegal de extranjeros. Algo semejante ocurre con la explotación económica de la prostitución (artículo 127 del Código Penal).

Por consiguiente, es en el análisis de los delitos conexos, donde se observa que parece haber una cierta frecuencia en la parte acusadora a considerar los delitos relacionados con la explotación sexual, como incluidos en el tipo penal analizado (trata de personas). Ahora bien, es cierto que esto no permite afirmar que se trate de una tendencia, pero tampoco respalda los dichos de las autodenominadas trabajadoras del sexo en el sentido de que se las persigue, ya que, para el Estado, o cuando menos el Ministerio Público “todo es trata”.

Sin embargo, lo manifestado en el párrafo anterior, por lo menos, alerta sobre la necesidad de la coherencia normativa de no dejar, en el Derecho Penal, lugar a ambigüedades. Además, en lo que respecta al consentimiento, hablar de adulto no vulnerable, en primer lugar, requiere no adherir dogmáticamente al sistema abolicionista, porque esta postura considera siempre la prostitución como un acto delictivo, y a quien se prostituye, como a una víctima de la explotación de su cuerpo.

Como conclusión de este apartado entonces, es posible advertir que el consentimiento brindado por una persona adulta, si no está inmersa en una situación de vulnerabilidad que vicie su voluntad, tendrá un reconocimiento jurídico o no, dependiendo de factores extrínsecos a la misma persona. Dicho en otras palabras, más que de los derechos individuales, dependerá del criterio, en el sentido de política criminal, con que actualiza la legislación el Estado.

Conclusión Final

El presente trabajo se realizó con la finalidad de analizar un aspecto cuestionado en la ley sobre trata de personas con fines de explotación sexual, según su actual redacción (Ley 26.842), esto es, el rol que cumple el consentimiento en esta figura penal.

El cuestionamiento a este tema surge de la misma redacción del texto legal y consiste en que se resta eficacia jurídica a dicho consentimiento en la actual redacción de la ley de trata.

Para poder analizar el problema en profundidad se recurrió a todos los conceptos involucrados, a fin de comprender los motivos por los cuales el legislador optó por incluir esa prescripción y determinar si fue acertado hacerlo.

En primer lugar, hubo que definir los conceptos generales del delito de trata de personas para comprender la relación entre los distintos conceptos jurídicos involucrados: bienes jurídicos tutelados, víctima, etc. En esta parte se logró precisar que, fundamentalmente el bien jurídico tutelado es la libertad y, además, pudo observarse que la mayoría de la doctrina asume como bien tutelado de manera implícita a la dignidad de la persona.

A continuación, se analizaron los puntos de coincidencia, así como las diferencias entre la figura de trata de personas y la prostitución. En este caso, se logró determinar que suele considerárselos como íntimamente vinculados, sin embargo, esa percepción que ha influido hasta en los legisladores, no es necesariamente correcta. Por el contrario, en la prostitución, hay un sector de las personas que ejercen esa actividad y que se consideran trabajadoras sexuales, de manera que su voluntad no estaría viciada como en el caso de quienes son víctimas de trata, en donde estas últimas, tienen coartada su libertad ambulatoria entre otras restricciones generadas por los elementos del tipo penal.

Posteriormente, se hizo un análisis del tipo penal en el derecho internacional. La finalidad de tal relevamiento fue, por tratarse de un delito de alcance transnacional, indagar desde el derecho comparado acerca de las herramientas que usan los distintos países, y la forma en que colaboran para combatir el flagelo. De esa manera fue posible describir los distintos enfoques o sistemas legales que existen en torno a la figura de la prostitución. De los tres definidos, pudo especificarse que el abolicionista es el que

actualmente se aplica en la República Argentina, y que tiene como característica distintiva considerar a la prostituta como una víctima.

Asimismo, se desarrolló el sistema reglamentarista, que se caracteriza por considerar a las trabajadoras sexuales como personas que realizan una actividad legal, dentro del marco normativo existente en los países que lo aplican. En este último caso va de suyo que el consentimiento es jurídicamente eficaz.

Además, el análisis de la política criminal argentina, en un contexto abolicionista —como ya se dijo— permitió advertir que existe una cierta criminalización de la actividad que realizan las trabajadoras sexuales; esto ocurre a pesar de que, por definición del sistema jurídico imperante, son víctimas.

Finalmente, se hizo un análisis comparativo entre la Ley N° 26.364 y su modificatoria N° 26.842, actualmente vigente. Pudo determinarse que el cambio más relevante entre ambas tiene que ver con la presunción del consentimiento, que pasó de ser excluido admitiéndose prueba en contrario, a una presunción de ley que excluye completamente su eficacia jurídica.

También, cuando se investigó sobre los delitos relacionados, fue posible advertir que la semejanza de ciertos tipos penales, como el de trata y el de facilitación de la prostitución, generan algunos inconvenientes. Tal es el caso de la jurisprudencia expuesta, que muestra la manera en que se enfrentan criterios sobre la calificación de los hechos delictivos, especialmente entre el Poder Judicial y el Ministerio Público Fiscal.

El desarrollo del trabajo final de grado y las conclusiones parciales permiten llegar a conclusiones generales alternativas. Al mismo tiempo, se ha tenido especial cuidado en buscar la mayor objetividad posible a fin de evitar tomar posición, a favor o en contra, de los temas controvertidos, como, por ejemplo, la prostitución. Esto es así, porque un análisis más detallado que contemple enfoques sociológicos, éticos o morales, están fuera de los objetivos de la presente investigación.

En efecto, el encuadre ha sido fundamentalmente jurídico, con una interpretación de la óptica legislativa, por lo tanto, las referencias a las distintas líneas de pensamiento cumplen una función ilustrativa para comprender la realidad argentina en el combate al delito de trata de personas, en cuanto a la explotación sexual.

En primer lugar, si la trata de personas con fines de explotación sexual se pretende seguir considerándola desde la perspectiva de un sistema netamente abolicionista, es

necesario realizar algunos cambios en el Código Penal. En consecuencia, la creación de un título referido a la dignidad humana, como proponen Fellini y Villada, entre otros, brindaría un marco normativo más coherente que el hoy vigente. Francia, por ejemplo, como se ha visto al analizar la legislación comparada, ha normado el delito de trata tutelando ese bien jurídico.

También, coincidiendo con los doctrinarios mencionados, es necesario evitar ambigüedades respecto al concepto, definiendo claramente cada término relevante para la determinación de la figura típica. Ejemplo de ello se observa en el concepto del abuso de una situación de vulnerabilidad, como medio comisivo que actualmente define la figura agravada.

Por otra parte, el legislador podría optar por incorporar un criterio más próximo al sistema reglamentarista con un cambio de paradigma al estilo holandés. Como se manifestó en el punto desarrollado sobre derecho comparado, esto no significa apartarse de los principios contra la trata de personas con fines de explotación sexual que postula el Protocolo de Palermo. En ese sentido, ya se ha visto que los países que tienen tal sistema combaten firmemente el delito de trata de personas, porque separan este tipo penal de la figura de prostitución.

Por otra parte, en caso de prosperar este último criterio, será necesario hacer visibles los reclamos de las organizaciones de trabajadoras sexuales que buscan una legislación que respete sus derechos humanos y laborales.

En cualquiera de los dos escenarios alternativos, un reordenamiento del Código Penal que evite una sobreabundancia normativa (la similitud vista entre trata y facilitación de la prostitución es un ejemplo) e inconsistencias sobre el bien jurídico tutelado, es necesario.

Más allá de las propuestas realizadas precedentemente, a los fines de este trabajo se considera ratificada la hipótesis, porque retomar la presunción de ilegitimidad del consentimiento *iuris tantum* refleja una mejor adecuación al espíritu del Protocolo de Palermo, en el contexto de un Estado de Derecho de un país democrático como la Argentina. Asimismo, se ha visto que dejar que los jueces, en su carácter de experimentados profesionales del Derecho, apliquen la sana crítica para analizar la prueba surge como la opción razonable. De tal análisis podría llegar a eliminarse, cuando así correspondiera, la tipificación del delito.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

- Aboso, G.E. (2014). TRATA DE PERSONAS. La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual. Buenos Aires. Bdef.
- Colombo, M.; Flores, E.E.; Kohen, B.; Niremperger, Z.; Pivas, M.A.; Rodríguez, M. F. y Vega, M. del M. (2013). Trata de personas con fines de explotación sexual. Cuestiones interjurisdiccionales. (1ª Ed.). Buenos Aires – Ad-Hoc.
- Fellini, Z.; Morales Deganut, C. (2017) Delito de Trata de Personas. Buenos Aires. Hammurabi.
- Gatti, Zaida y Equipo interdisciplinario del Programa Nacional de Rescate y Acompañamiento a las Personas Damnificadas por el Delito de Trata. (2013) Trata de Personas, Políticas de estado para su prevención y sanción. Infojus, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- Hairabedian, M. (2013). Tráfico de Personas. (2da. Ed. Actualizada y Ampliada). Buenos Aires. Ad-Hoc.
- Iglesias Skulj, A. (2013). La trata de mujeres con fines de explotación sexual. (1ª Ed.) Buenos Aires. Didot.
- Luciani, D. S. (2011) Criminalidad Organizada y Trata de Personas – Santa Fe- Rubinzal – Culzoni.
- Luciani, D. S. (2015) Trata de Personas y otros delitos relacionados – Santa Fe- Rubinzal – Culzoni.
- Naciones Unidas (1986) Séptimo Congreso de las Naciones Unidas Sobre Prevención Del Delito y Tratamiento del Delincuente. Nueva York. Disponible en https://www.unodc.org/documents/congress/Previous_Congresses/7th_Congress_1985/031_ACONF.121.22.Rev.1_Report_Seventh_United_Nations_Congress_on_the_Prevention_of_Crime_and_the_Treatment_of_Offenders_S.pdf . Recuperado el [10/08/17](https://www.unodc.org/documents/congress/Previous_Congresses/7th_Congress_1985/031_ACONF.121.22.Rev.1_Report_Seventh_United_Nations_Congress_on_the_Prevention_of_Crime_and_the_Treatment_of_Offenders_S.pdf).
- Roxin, Claus (2002) Política criminal y sistema del derecho penal.- Buenos Aires - Hammurabi.

- Tazza, A. O. (2014) la trata de personas. Su influencia en los delitos sexuales, la ley de Migraciones y la Ley de Profilaxis Antivenérea. Buenos Aires. Hammurabi.
- Villada, J.L. (2014). Delito sexuales y trata de personas. (1ª Ed.). Córdoba. Advocatus.
- Villada, J.L. (2017). Delito de trata de personas y otros delitos conexos. (3ª Ed. Actualizada y ampliada). Buenos Aires. Thomson Reuters – La LEY.

Jurisprudencia:

- Bases de jurisprudencia extraídas de La Ley, Abeledo Perrot y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
-

Bibliografía sobre redacción de tesis y metodología de investigación:

- Savino, C. (1994) Cómo Hacer Una Tesis. Caracas, Venezuela. Panapo.

Textos legales básicos utilizados.

- Código Penal

Páginas de Internet.

- <http://www.infoleg.gov.ar/>
- <http://www.csjn.gov.ar/>
- <http://www.mpd.gov.ar/>
- <http://www.mpf.gob.ar/>

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	ANÍBAL GERARDO ALMEIRA
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	14.436.289
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	“El Consentimiento en la Trata de personas con fines de explotación sexual de adultos”
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	agalmeira@yahoo.com.ar
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21

Aníbal G. Almeida

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i>	SI
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: Bahía Blanca, 28 de noviembre de 2017

Aníbal Gerardo Almeida

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:
_____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.