

MODIFICACIÓN A LA LEY 26.364 DE TRATA DE PERSONAS Y ASISTENCIA A SUS VÍCTIMAS

ANÁLISIS Y PROPUESTAS SOBRE LOS ASPECTOS PENALES DEL PROYECTO DE LEY APROBADO POR EL
SENADO DE LA NACIÓN ARGENTINA EL 31 DE AGOSTO DE 2011
(CÁMARA REVISORA: DIPUTADOS EXPEDIENTE: 0128-S-2011)

INTRODUCCIÓN

Las organizaciones sociales y los representantes de distintos ámbitos gubernamentales que suscriben el presente, hemos discutido durante varios encuentros organizados al efecto, acerca de las reformas penales del proyecto de ley que se encuentra actualmente en tratamiento en la Cámara de Diputados de la Nación y que ya ha recibido media sanción de la Cámara de Senadores. Reconocemos y celebramos las importantes modificaciones que el proyecto de ley pretende introducir en la normativa vigente en tanto recoge los consensos construidos en el marco de las discusiones en comisiones, luego de amplias consultas realizadas al Poder Ejecutivo Nacional, a responsables del sistema de justicia, a organizaciones de la sociedad civil y a familiares de víctimas. No obstante, y a fin de continuar con los avances introducidos por la Cámara de Senadores, elaboramos el presente documento con una serie de propuestas destinadas a mejorar la técnica legislativa elegida, superar las dificultades que la normativa vigente ha generado, y de este modo complementar el camino iniciado.

A los fines de la discusión, hemos consultado informes de organismos gubernamentales y de la sociedad civil, artículos académicos, jurisprudencia y demás información disponible sobre las principales características de la dinámica del delito de trata en nuestro país y los modos en los cuales la justicia ha interpretado la Ley 26.364.

En materia penal, destacamos los aciertos del proyecto con media sanción, en cuanto a la creación de una figura básica para el delito de trata de personas con fines de explotación, sin distinciones entre víctimas mayores y menores de edad. El proyecto recoge las críticas elaboradas a lo largo de estos años, eliminando los medios comisivos previstos para el caso de víctimas mayores. Así se otorga claridad a la figura, la cual no podía seguir supeditada a la prueba respecto del vicio o error existente en la voluntad de las víctimas, para considerar configurado el delito.

Asimismo, consideramos positiva la reformulación que se propone del artículo 127 del Código Penal que se refiere a la explotación sexual. En ambos casos, los resultados son, básicamente, dos: facilitar las exigencias probatorias, al no requerir la prueba del consentimiento viciado de la víctima y brindar mayores posibilidades de encarar una persecución penal en casos como estos, de cierta complejidad.

Sin embargo, y fundamentalmente, es preciso señalar dos inconvenientes que devienen de las decisiones tomadas para la reconfiguración de los agravantes; y para la nueva redacción del delito de “promoción y facilitación de la prostitución”.

Por un lado, el pasaje de los medios comisivos como agravantes del delito, crea una suerte de figura básica encubierta, con penas considerablemente superiores, hecho que merece ser analizado.

Por el otro, en relación a los delitos referidos a los estados de explotación (art. 127 y 140 del Código Penal), entendemos que las modificaciones introducidas deben ser revisadas a fin de lograr coherencia entre los tipos penales, que las penas y las agravantes sean concordantes y permitir una efectiva persecución penal de los delitos de explotación cuando estuviere consumada.

En este sentido, advertimos problemas con relación al artículo 21 del proyecto, que redefine los delitos de "Promoción y facilitación de la prostitución" (art. 125 bis y 126 del Código Penal). Con la redacción propuesta se extiende el campo de persecución penal sobre *toda* la actividad que rodea la prostitución, más allá de lo necesario para abarcar acciones que tienen que ver con la **explotación consumada** de la prostitución ajena, que es la *finalidad* que persigue el delito de trata en su modalidad de explotación sexual.

Pensamos que este proyecto intenta compatibilizar con buen criterio la figura de trata de personas con aquellas figuras preexistentes en el Código Penal, que conciben sanción para situaciones de **explotación consumada**. El examen y redefinición legislativa, entonces, debe concentrarse en el tipo de situaciones y acciones en las que una persona *explota* a otro.

El concepto de explotación es central y, a la vez, constituyente de la trata. Sólo habrá trata allí donde exista finalidad de explotación o explotación consumada. Las figuras penales que captan situaciones de explotación sexual ya ocurridas, son el artículo 127 del Código Penal y el artículo 17 de ley 12.331 (cuya incorporación a este proyecto con una actualización de los montos punitivos, proponemos agregar a la iniciativa parlamentaria como se verá más adelante).

A continuación se exponen los fundamentos, y luego se presentan los articulados que se sugiere evaluar en cada caso, de acuerdo con el siguiente índice:

- 1 EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS:
 - 1.1 Sobre la relación del delito de trata con los denominados delitos conexos (que aluden a los estados de explotación)
 - 1.2 Sobre las acciones
 - 1.3 Sobre el concepto de explotación sexual a los fines de la trata
 - 1.4 Sobre el concepto de explotación en tanto matrimonio servil
- 2 LA NECESIDAD DE LOGRAR UNA COHERENCIA NORMATIVA: DELITOS DE EXPLOTACIÓN, AGRAVANTES Y PENAS
- 3 EL DELITO DE SERVIDUMBRE
- 4 EL DELITO DE EXPLOTACIÓN Y LA POSIBILIDAD DE INCORPORAR LAS FIGURAS DE LA LEY 12.331
- 5 EL DELITO DE PROMOCIÓN Y FACILITACIÓN DE LA PROSTITUCION AJENA
- 6 LAS AGRAVANTES:
 - 6.1 Agravantes configurados a partir de los medios comisivos
 - 6.2 Agravante referida a la calidad del autor
 - 6.3 Agravante referida a la edad y otras condiciones de la víctima
 - 6.4 Agravante referida a la explotación consumada
- 7 LAS PENAS
- 8 LA CLÁUSULA DE NO PUNIBILIDAD
- 9 PROPUESTA DE MODIFICACIÓN A LOS ASPECTOS PENALES DEL PROYECTO DE LEY 0128-S-

2011 DEL SENADO DE LA NACIÓN ARGENTINA.

L DELITO DE TRATA DE PERSONAS

1.1 Sobre la relación del delito de trata con los denominados delitos conexos (que aluden a los estados de explotación)

El proyecto de ley con media sanción del Senado en su artículo 1ro, en el que se establece la definición del concepto de trata de personas, introduce una cláusula que arroja claridad sobre la posibilidad de que la trata pueda relacionarse con otros delitos del Código Penal al disponer: “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 (...)”

En primer lugar, entendemos que esta cláusula será de gran utilidad para comprender a la trata de personas como instancia anticipada de los delitos de explotación, no resultando necesaria la consumación de la explotación para que el delito quede configurado.

Creemos también, que las definiciones que el proyecto contiene en torno a lo que debe entenderse por explotación, no sólo deberían ser utilizadas a los fines de establecer la configuración del delito de trata, sino también para interpretar los delitos conexos indicados en las finalidades de la explotación (artículos 127, 140 y 128 del Código Penal y la ley 24.193).

Al mismo tiempo y con el objeto de fortalecer aún más esta enunciación, en cada una de las finalidades de explotación se añade una expresa mención de los tipos penales con los que, concretamente, se puede concursar el delito de trata de personas. De este modo, se da mayor visibilización a los distintos niveles de persecución de la explotación, sea bajo el supuesto de la trata, o no.

1.2 Sobre las acciones

Tal como hemos mencionado, la nueva redacción del delito de trata de personas elimina la diferenciación entre víctimas mayores y menores de edad. A su vez, incorpora la conducta del “ofrecimiento” como parte de las acciones típicas del delito cuando, en la normativa vigente, esta acción sólo está prevista para el caso de víctimas menores.

Del material analizado hemos detectado que la jurisprudencia ha interpretado al ofrecimiento de manera muy heterogénea, asociado en ocasiones a conductas iniciales, previas a la captación o vinculadas a esta. Sin embargo, consideramos que el ofrecimiento no debe ser entendido como la oferta “a” personas, sino “de” personas.

Es importante destacar, que no se trata de una etapa previa, anterior a la captación, donde el tratante ofrece algo a la víctima con el fin de captarla, sino de una acción que pretende abarcar aquellas conductas donde las personas son ofertadas u ofrecidas a otro/a, para su venta o su utilización con fines de explotación, sin que sea necesaria en esta etapa la lesión concreta a la libertad de dichas personas.

De allí que, con el propósito de evitar errores en su interpretación, **proponemos ubicar el ofrecimiento al final de la secuencia de conductas que prevé el delito de trata**. De esta manera, se añade precisión y se independiza del proceso temporal que se construye con el resto de las acciones.

1.3 Sobre el concepto de explotación sexual a los fines de la trata

La propuesta de reforma de la ley de trata busca ampliar las definiciones que la ley contiene sobre la explotación, incorporando nuevas formas o finalidades antes no contempladas. Sin embargo, observamos que varios de los incisos propuestos en el proyecto merecen ser modificados.

En este sentido, es importante realizar las siguientes observaciones en relación a la definición que el proyecto con media sanción contempla sobre la explotación sexual.

La eliminación de los medios comisivos exige un análisis cuidadoso para delimitar el campo de persecución penal a partir de la definición misma de explotación, evitando su extensión hacia acciones que, como no constituyen explotación, no deberían ser penalizadas. Este punto es, a nuestro entender, uno de los principales inconvenientes que presenta el proyecto con media sanción.

Siguiendo los parámetros de la normativa vigente, el proyecto de ley propone definir la explotación sexual como “la promoción, facilitación o comercialización de la prostitución ajena o cualquier otra forma de oferta de servicios sexuales ajenos” (inciso “c” del art. 1). Con ello se incurre en, al menos, tres inconvenientes: la superposición de conductas con otros delitos vinculados a la prostitución pero no a la explotación de la prostitución ajena (Art. 125 bis y 126), la reducción del fenómeno al aspecto económico y la introducción de un concepto tan vago (servicios sexuales) que no define con claridad qué actividades se penalizarían.

En cuanto a la superposición señalada, se observa que la inclusión de las conductas de facilitación y promoción de cualquier forma de comercio sexual, remiten a acciones que no están ligadas a la explotación de la prostitución propiamente dicha, sino a la prostitución en sí misma. Por ejemplo, quien alberga alquilando una habitación a una mujer sabiendo que ésta convendrá tener relaciones sexuales con otra persona por dinero, facilita la prostitución pero no la explota. Este hecho, hoy comprendido en el artículo 125 bis (si la persona fuera menor) o 126 (si hubiera sido con medios comisivos), no podría ingresar en el concepto de explotación y resulta distinto de los casos de proxeneta o rufián que comercian con la prostitución ajena.

Por estas razones, proponemos eliminar las conductas de promoción y facilitación de la definición de explotación sexual; en tanto no definen ni se refieren a la explotación sexual en sí misma.

En el proyecto con media sanción, la explotación se define únicamente desde su aspecto económico. Por este motivo, sugerimos que se reformule el concepto de explotación sexual para que refleje con mayor claridad la complejidad de la problemática, e incluya en su redacción todas las dimensiones de la explotación.

Lo cierto es que la explotación supone la vulneración de la libertad e integridad sexual de una persona. Quien ejerce dominio sobre el ejercicio de la prostitución ajena, amén de no recibir una compensación económica directa en algún caso en particular, vulnera la libertad e integridad sexual del otro/a.

El dominio incorpora otras dimensiones de sujeción, no siempre posibles de ser reflejadas en un sentido económico o material. Este puede definirse como el poder del explotador sobre su víctima, expresado en, por ejemplo, la exclusividad en relación al lugar y al explotador, anulándose la capacidad de decidir o rechazar con quién se realizan las prestaciones sexuales que se pactan a merced de la víctima. También puede expresarse en el cómo y quién define las condiciones y modalidades del ejercicio de la prostitución, o en la disposición o autonomía de las ganancias, etc¹.

¹ Ver Colombo Marcelo, Mángano Alejandra, “El consentimiento de la víctima en la trata de personas y un análisis sobre los medios comisivos previstos en la figura penal”. Disponible en http://www.mpf.gov.ar/Accesos/Ufase/consentimiento_victima_trata.pdf

Se incorpora entonces el dominio como una expresión que hace referencia al poder y control que ejerce el explotador sobre una víctima, **pero también se incluye el aspecto económico**, que resulta, sin dudas, un elemento tradicionalmente presente en estas relaciones. Al añadir “o cualquier tipo de beneficio” también se pretende alcanzar en la misma figura otro tipo de beneficios de los cuales pueden hacerse los explotadores, y que exceden el aspecto puramente monetario.

Siguiendo esta línea, proponemos que la explotación se configure cuando se ejerce dominio, o se obtiene beneficio económico o cualquier otro tipo de beneficio del ejercicio de la prostitución ajena, sea esta habitual o no.

El tercer problema que advertimos es la utilización del concepto “servicios sexuales”, debido a la vaguedad e imprecisión del término. Sugerimos que se quite del texto del proyecto de ley la frase referida a “cualquier tipo de servicio sexual” dado que puede resultar contradictorio con lo que realmente se pretende perseguir. Si entendemos que es deseable que las finalidades de explotación sean congruentes con los delitos de explotación, entonces se debe evitar cualquier tipo de alusión a cláusulas vagas o abiertas, estableciendo un criterio concreto y delimitado de lo que debe perseguirse en materia penal.

A nuestro juicio, es necesario que en lugar de “comercio sexual” se realice una referencia directa a la explotación de la prostitución ajena, en tanto éste ha sido el concepto históricamente utilizado en los instrumentos internacionales específicos a la mujer que sirven de marco de referencia normativo a la problemática de la trata, como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que en nuestro país tiene rango constitucional².

Por lo tanto, no debería definirse el delito de trata con fines de explotación sexual sin mencionarse la prostitución ajena. El derecho penal es un campo semántico de gran significación social. La posibilidad de conceptualizar, de nombrar situaciones y/o conductas a las que se les adjudica un disvalor, es el eslabón necesario para visibilizarlas y a partir de su reconocimiento, pretender modificarlas.³

Por último, la inclusión de la noción de habitualidad (o no) de la explotación de la prostitución, tiene como objetivo superar obstáculos respecto de las interpretaciones jurisprudenciales que exigen la habitualidad sobre la actividad para que ésta se configure. De esta manera, aunque existiera un único acto que diera cuenta del dominio o provecho sobre el ejercicio de la prostitución ajena, éste podría calificarse de explotación.

Desde esta perspectiva, el foco de la política criminal estaría orientado a las instancias de intermediación y/o comercialización de la prostitución ajena, sin importar la habitualidad, el

² La Convención Internacional sobre todo tipo de Discriminación hacia la Mujer (CEDAW), ONU, fue aprobada en 1976 y ratificada por Argentina en 1985. Tiene rango constitucional desde 1994 (artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional).

³ En primer lugar, la ley *nomina*, coloca nombres a las prácticas y experiencias deseables y no deseables para una sociedad. En ese sentido, el aspecto más interesante de la ley es que constituye un sistema de nombres. Los nombres, una vez conocidos, pueden ser acatados o debatidos. Sin simbolización no hay reflexión, y sin reflexión no hay transformación: el sujeto no puede trabajar sobre su subjetividad sino a partir de una imagen que obtiene de sí mismo. El discurso de la ley es uno de estos sistemas de representación que describen el mundo tal como es y prescriben cómo debería ser, por lo menos desde el punto de vista de los legisladores electos. En ella, el sujeto tiene la oportunidad de reconocerse e identificar aspectos de su mundo en los nombres que la ley le coloca a disposición, puede acatar lo que ella indica como fallas y convenir en sus propósitos, o puede rebatirlos en el campo político a partir de un sentimiento ético disidente y hasta desobediente“(Las estructuras elementales de la Violencia. Rita Segato).

porcentaje de quita ni el posible consentimiento de la mujer involucrada.

1.4 Sobre el concepto de explotación en tanto matrimonio servil

Merece una observación especial el inciso que define la explotación cuando se produce matrimonio servil.

Dicho apartado plantea que forzar a una persona al matrimonio o a cualquier tipo de unión de hecho es una situación de explotación en sí misma. Sin embargo creemos que no debería ser esa la interpretación de tales supuestos.

El matrimonio forzado y/o las uniones convivenciales forzadas (de acuerdo a la nueva denominación que se propone desde el proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación) deberían entenderse como medios o instrumentos para lograr la condición de servidumbre y no como situaciones de explotación en sí mismas. De mantener la redacción del proyecto se podría interpretar que el hecho punible sería forzar a una persona a consumar el acto civil de matrimonio o a una unión de hecho. En cambio, con la modificación propuesta, la figura se perfeccionaría cuando una persona es captada, transportada o acogida con la finalidad de ser sometida a servidumbre bajo las figuras del matrimonio servil o uniones de hecho convivenciales forzadas.

2. LA NECESIDAD DE LOGRAR UNA COHERENCIA NORMATIVA: DELITOS DE EXPLOTACIÓN, AGRAVANTES Y PENAS

Desde un enfoque jurídico penal, una de las críticas centrales que merece la Ley 26.364 es que ha pretendido trasladar de manera directa el Protocolo de Palermo al plexo normativo en materia criminal, sin dar cuenta de las complejidades propias de este encuadre. La Ley 26.364 conceptualizó la trata de personas con fines de explotación de manera englobante, sin considerar las características y estructuras de los delitos que aluden a los estados de explotación y ya se encontraban tipificados en nuestro país.

La incorporación de las conductas y medios comisivos sin una debida adecuación, provocó, por ejemplo, que existieran diferencias entre los medios comisivos exigidos entre la etapa anticipada del delito y su consumación.

Por lo tanto es muy importante que a través de la reforma se procure dar coherencia normativa al establecer una sola fórmula para analizar la anticipación delictiva (trata) y la consumación (explotación) del delito.

Por tal motivo, **esta iniciativa propone la adecuación normativa de las figuras contempladas en la Ley 26.364 a las demás disposiciones del Código Penal, a partir de la modificación de los artículos 127 y 140 y la incorporación del artículo 127 bis.**

Además, se ha introducido como modificación común a todos los delitos aquí tratados **una única escala penal y un esquema de agravantes compatible.**

3. EL DELITO DE SERVIDUMBRE

En lo que refiere a la reforma del artículo 140 del Código Penal, que tipifica el delito de servidumbre, se ha mantenido la propuesta del proyecto de ley que incorpora las conductas de trabajo forzado y matrimonio servil.

Sin perjuicio de que mantuvimos la redacción que se propone en el proyecto, **proponemos**

añadirle al delito las agravantes contenidas en los demás delitos conexos a la trata y modificar las penas estipuladas, estableciendo una única escala penal para los delitos de explotación a fin de lograr la coherencia normativa a la cual ya hemos aludido en el presente.

4. EL DELITO DE EXPLOTACIÓN SEXUAL Y LA POSIBILIDAD DE INCORPORAR LAS FIGURAS DE LA LEY 12.331

En concordancia con lo anteriormente expuesto, y en tanto el proyecto de ley avanza sobre la modificación del actual artículo 127 del CP, proponemos para éste reproducir con exactitud la definición de explotación sexual propuesta para el artículo 1º de la ley de trata: “Explotación sexual. Será reprimido con prisión el que ejerciere dominio u obtuviere provecho económico o cualquier tipo de beneficio del ejercicio de la prostitución ajena, sea esta habitual o no, aunque mediare consentimiento de la víctima”.

Nos parece también que esta reforma puede ser una oportunidad inmejorable para que se recojan las figuras de la Ley 12.331, que permitirían reforzar una estrategia de persecución penal dirigida a las estructuras de comercialización e intermediación del ejercicio de la prostitución ajena. Se sugiere, en este sentido, establecer una figura complementaria del delito de explotación sexual que abarque a quienes financien, administren o regenteen, ostensible o encubiertamente, establecimientos donde se explote el ejercicio de la prostitución ajena.

Desde la sanción de la ley de trata, los operadores judiciales han reconocido que las figuras que prevé la ley 12.331 son relativamente fáciles de probar y permiten mejores resultados al momento de decomisar los bienes o el producido económico de la explotación de la prostitución ajena⁴.

5. EL DELITO DE PROMOCIÓN Y FACILITACIÓN DE LA PROSTITUCION AJENA

Nuestra propuesta de definición de la explotación sexual en las finalidades expresas por la ley de trata, tal como se explicó, excluye las conductas de promoción y facilitación. Por ese motivo, interpretamos que esta reforma penal no debería incluir modificaciones a los artículos 125 bis y 126 del CP.

Entendemos que para darles un adecuado tratamiento, estos artículos deberían ser estudiados y analizados de manera conjunta con las reformas que se realicen para el Título de los delitos contra la integridad sexual, en el marco de la reforma integral del Código Penal, a cuyos fines ha sido conformada una Comisión especial que en estos momentos ya se encuentra en plena labor.

Sin embargo, debemos advertir que el proyecto con media sanción establece una figura básica para el delito de promoción y facilitación, sin distinción entre víctimas mayores y menores de edad, a la que se le han quitado los medios comisivos para su consumación.

Se puede observar que al equiparar las conductas se extiende el campo de la persecución penal sobre toda actividad que rodee el ejercicio de la prostitución, llevando la normativa general a una suerte de nuevo prohibicionismo⁵.

A los fines evitar la apertura irrestricta de la persecución penal, consideramos que las conductas de promoción y facilitación no deben ser reprochadas en la medida en la que se relacionan directamente con el ejercicio de la prostitución. En todo caso, esa decisión merece un debate

⁴ Ver la Resolución 99/09 del Ministerio Público Fiscal.

⁵ Por ejemplo, quien hiciera una web para que una persona promocioe su servicio, por ejemplo, podría ser alcanzado por la figura tal como está planteada.

diferente en el que sean valorados los alcances de esa figura y sus potenciales efectos en términos de política criminal.

6. LAS AGRAVANTES

6.1 Agravantes configurados a partir de los medios comisivos

En los artículos 23 y 26, el proyecto de reforma de la ley 26.364 propone incorporar como agravantes para los delitos de trata de personas y explotación sexual, al engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad y la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima. Tal como se puede apreciar todos estos supuestos están contemplados en la ley vigente como medios comisivos.

La primera observación que corresponde realizar es sobre “*el abuso de la situación de vulnerabilidad*”, ya que es una condición casi estructural de las víctimas de explotación y trata de personas y, por lo tanto, no accesoria sino constitutiva del delito. Pues es un concepto que puede construirse considerando múltiples dimensiones: género, clase, etnia, nacionalidad, edad, etc⁶.

Su inserción como medio comisivo, tal como está en la ley vigente, cumple una finalidad (no requiere un plus probatorio) que no es justificable en caso de que se la considere como agravante. Debido a que, configurado el delito, siempre estaría agravado por abuso de una situación de vulnerabilidad, ya que difícilmente una persona (víctima) no quedaría incluida dentro de este vasto concepto.

De acuerdo además con la jurisprudencia, este proyecto estaría creando una figura base construida de manera encubierta, hecho que implica un aumento sustancial en el monto de la pena⁷. Por estas razones consideramos que lo acertado sería eliminar al abuso de *situación de vulnerabilidad* de las agravantes del delito de trata de personas y explotación sexual⁸.

Mismas consideraciones merece el *engaño*, en tanto éste suele ser la modalidad de captación generalmente utilizada por los tratantes. Las víctimas son engañadas bajo dos modalidades: porque se les propone una actividad que no es la que harán, o porque se les prometen condiciones de “trabajo” que tampoco se cumplen. Por lo tanto, de mantenerse esta redacción propuesta en el proyecto nos encontraríamos con otra figura básica encubierta.

Proponemos entonces que también se elimine al engaño del inciso que comprende las agravantes de estos delitos y que en su lugar se incorpore la figura de *ardid*. A diferencia de la primera, ésta no sólo se refiere a la falta de verdad en lo que se dice, promete, o se hace creer, sino también a

⁶ Ver las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad que establecen que “podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad”. Y en cuanto a la pobreza destaca que ésta “constituye una causa de exclusión social, tanto en el plano económico como en los planos social y cultural, y supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia especialmente en aquellas personas en las que también concurre alguna otra causa de vulnerabilidad”. Disponible en http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=712f0f65-73b0-443e-a967-ad848929849c&groupId=10124

⁷ Por ejemplo, quien captara a una mujer adulta, podría ser penado con la figura agravada sólo porque la víctima es mujer.

⁸ No obstante ello, es pertinente destacar que el abuso de la situación de vulnerabilidad, al que la figura original hace referencia, es un medio habitual para concretar y mantener las relaciones de servilismo y esclavitud de unos contra otros. Su mención en el texto normativo ha sido de gran utilidad para reducir lagunas de impunidad respecto de conductas que afectaban al bien jurídico, atender a situaciones particulares y hacer notar necesidades de tipo económica o realidades familiares de desamparo, carencias afectivas y culturales. Situaciones que en muchos casos impedían a las víctimas de trata reconocer el aprovechamiento del agente.

artificios o maniobras objetivas que manifiestan especial maquinación o puesta en escena por parte del autor del delito⁹. De este modo, la pena se agravaría sólo en aquellos supuestos en los cuales el autor se valga de grandes montajes ficticios a fin de provocar el error en la víctima.

También consideramos que la *“concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de la víctima”* tiene que quedar entre las modalidades comprendidas por la figura básica. De otra manera, si todos los medios comisivos pasaran automáticamente como agravantes, todos los casos serían agravados, por lo cual se dejaría sin contenido real al tipo básico. Desde esa lógica, **nuestra propuesta en este punto es que se deje como agravantes de los delitos aquí tratados al fraude, ardid, violencia, amenazas y cualquier medio de intimidación o coerción, quedando el resto de las modalidades englobadas dentro de la figura básica. El criterio propuesto es que el reproche social más grave se utilice para aquellas situaciones denominadas de trata dura, en las que se recurre a la fuerza o la violencia; o como el fraude o el ardid, cuando hubo grandes montajes para lograr la explotación.**

6.2 Agravante referida a la calidad del autor

Las problemáticas de la trata de personas y la explotación sexual no deberían ser analizadas de manera aisladas de los fenómenos de connivencia estatal, especialmente local, policial y judicial.

Es indiscutible la complejidad que caracteriza a este tipo de delitos y las dificultades existentes para que estos hechos sean investigados por el sistema de justicia. En las declaraciones de las víctimas es frecuente hallar referencia a la colaboración prestada por funcionarios públicos a los tratantes y explotadores para dar cobertura a estas actividades ilícitas. Así como también es sabido que en muchísimas oportunidades los locales donde se produce la explotación cuentan con algún tipo de habilitación pública, lo que significa que regularmente deben ser visitados y controlados por diferentes instancias estatales¹⁰.

Se debe tener en cuenta, además, que la participación de funcionarios públicos en la comisión de este tipo de hechos es uno de los obstáculos más importantes que deben sortear las víctimas para expresar su situación y presentar una denuncia. Por lo tanto, **entendemos que la autoría de cualquier funcionario y/o miembro de alguna fuerza de seguridad debería ir acompañada por una pena accesoria de inhabilitación absoluta para el ejercicio de la función pública.**

6.3 Agravante referida a la edad y otras condiciones de la víctima

Siguiendo el ejemplo del actual artículo 145 ter y los delitos del Código Penal que protegen la integridad sexual, creemos necesario que la nueva normativa realice dos distinciones en relación a la edad de las víctimas. Una para las víctimas menores de 18 años y otra para aquellas víctimas menores de trece (13) años de edad, estableciéndose una agravante diferente y con penas todavía más rigurosas para esos casos.

A su vez, con respecto al proyecto de ley con media sanción, proponemos que se elimine la agravante referida a que la víctima sea mayor de 70 años de edad, puesto que no consideramos que sea una condición relevante en relación con el delito de trata.

⁹ Este podría ser, por ejemplo, el caso de las falsas agencias de modelos

¹⁰ Para la modalidad de explotación sexual, “En relación a los lugares de explotación, existe una predominancia clara de las whiskerías, pubs y pools (74%) por sobre los privados (22%). Ello da cuenta, en primer lugar, que la actividad judicial está dirigida casi en su totalidad, a lugares públicos, identificables, muchas veces inclusive habilitados por los municipios”. Ver “La trata sexual en Argentina. Aproximaciones para un análisis de la dinámica del delito”, Pág. 23. En <http://www.mpf.gov.ar/index.asp?page=Accesos/Ufase/ufase4.asp>

Sugerimos, asimismo, la eliminación del concepto “enfermedad de la víctima” por la vaguedad e imprecisión del término.

6.4 Agravante referida a la explotación consumada

Tal como destacamos en el apartado 1.1, en la redacción del proyecto de ley se ha agregado una cláusula que establece la posibilidad de concursar el delito de trata de personas con los delitos referidos a la explotación (denominados conexos). Por ese medio se enfatiza que, cuando la explotación es consumada, se da lugar a la combinación del delito de trata con aquel delito que ya se encuentra contemplado en el Código Penal referido a la explotación. Por ende, el concurso de delitos redundaría en una pena aún mayor que la contemplada en este inciso como causal de agravamiento de la figura básica (12 años de prisión). Resultando entonces innecesario mantener esta posibilidad de agravar la pena dentro del delito.

Por otra parte, y en contradicción con lo que se han propuesto en el proyecto, se entorpece la posibilidad de diferenciar ambos delitos. Es decir, concebir a la trata como etapa anticipada de una secuencia que puede o no concluir en explotación. **La sola incursión de las acciones previas (ofrecimiento, captación, traslado, recepción o acogida) resultan reprochables en la definición de trata, sin que se pretenda confusamente vincularla a la consumación de la explotación.**

Además, dada la ausencia de experiencia en la persecución de los delitos de explotación, incluirla como parte del delito de trata de personas puede contribuir a su invisibilización.

7. LAS PENAS

Otro de los puntos que más nos preocupan es el considerable aumento en las penas de estos delitos que propone el proyecto de reforma.

Esta reforma representa una gran oportunidad para que las medidas de las penas previstas para los delitos que este proyecto propone reformular se adecuen al principio de proporcionalidad.

Esta cuestión merece ser considerada con especial atención debido a las graves consecuencias que los altos montos de penas y su desproporcionalidad puedan generar en especial con relación a las excarcelaciones y la libertad condicional.

Creemos que esta iniciativa debe ser un primer paso para racionalizar y sistematizar parte del articulado del Código Penal y así evitar caer en retrocesos en materia penal.

Asimismo, debemos manifestar que dudamos que un aumento punitivo logre disuadir la eventual comisión de delitos.

El aumento de penas, sin que se modifiquen relaciones estructurales del sistema político- criminal, generaría, con base a la selectividad del sistema penal, que las mismas recaigan sobre determinados sectores, generalmente los eslabones más débiles del circuito criminal o los sectores mas vulnerables ante el sistema penal.

Por otra parte, como ya se mencionó, se suele pasar por alto que en la mayoría de las investigaciones la figura de trata podría concurrir con alguno de los delitos de explotación, lo cual determinaría que las penas se eleven por concurso ideal o real. Para el caso del concurso ideal (art. 54 CP) se aplicaría la pena mayor de las figuras penales en concurso; y para el caso del concurso real (art. 55 CP), las penas a aplicar estarían entre el mínimo mayor de las escalas en concurso y el máximo dado por la suma de las penas máximas.

Del mismo modo, se suele argumentar que los rangos de pena que establece la ley permitirían la excarcelación de los imputados, desconociendo que este instituto sólo puede aplicarse en los casos

en que no existan riesgos procesales (por ejemplo, posibilidad de fuga del imputado u obstrucción a la averiguación de la verdad)¹¹. De acuerdo con esto, la aplicabilidad de este instituto no debiera ser un justificativo para valorar la escala penal del delito.

En otro orden, también habría que considerar las respuestas judiciales al momento de la aplicación de las penas. Esto, a los fines de evitar que una suba de las penas funcione de disuasivo para su aplicación (como ha sucedido con el tipo penal de tortura) o bien para crear figuras tentativas poco sustentables.

Como resultado de lo antes expuesto, **proponemos bajar las penas de los delitos de trata, explotación y servidumbre con respecto al proyecto con media sanción, estableciendo para ellos una única escala penal: de tres (3) a seis (6) años de prisión para el delito básico, de cuatro (4) a diez (10) años para el delito agravado y de seis (6) a quince (15) para los casos en que la víctima sea menor de trece (13) años de edad.**

8. LA CLAUSULA DE NO PUNIBILIDAD

La cláusula de no punibilidad de las víctimas de trata y/o explotación ha sido uno de los aportes más significativos en materia de derechos y garantías de la ley de trata argentina.

No obstante, el informe “La trata sexual en Argentina. Aproximaciones para un análisis de la dinámica del delito”, elaborado por la Unidad Fiscal de Asistencia para la Investigación en Secuestros Extorsivos y Trata de Personas (UFASE/ MPF) y el INECIP ha dado cuenta de que existe casi una paridad en el porcentaje de mujeres y hombres implicados en los procesamientos por trata de personas con fines de explotación sexual, hecho que debe poner en discusión la posibilidad de que algunas de éstas mujeres hayan sido previamente tratadas o explotadas.

Del análisis surge que el 43% de las personas procesadas son mujeres, y este porcentaje de algún modo se mantiene si se tiene en cuenta la información de sentencias condenatorias (32% de condenadas mujeres), dato extremadamente llamativo si se lo compara con las cifras de condenados por delitos en general en todo el país, donde las mujeres no superan el 10%.

Según el informe, “Estos datos, unidos al rol delictivo de alta exposición que suele asignarse a las mujeres dentro del proceso de trata (en general como captadoras o regentes de whiskerías o privados), debe conducir a un análisis más profundo y cualitativo acerca de la posible “criminalización” de víctimas de trata “reconvertidas” luego de su etapa de sometimiento, en engranaje útil de organizaciones criminales. Las “ahora” autoras podrían ser las “antes” mujeres explotadas”.

Por eso, **si bien el proyecto de ley con media sanción no prevé modificaciones sobre la no punibilidad, creemos que es deseable potenciar sus efectos, haciéndola extensible a las víctimas de explotación y también a las faltas administrativas.**

A continuación acompañamos una propuesta de articulado sobre los aspectos penales del

¹¹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que si la prisión preventiva se decreta por el tipo de delito constituye una pena anticipada y viola el principio de presunción de inocencia, previsto en el Art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Ver caso “Suárez Rosero vs Ecuador”.. Ver también los Informes N° 86/09 y N° 2/97 de la Comisión Interamericana de DDHH. En el primero, la CIDH sostiene que “La discriminación legal para negar la libertad durante el proceso, fundada en el carácter reprochable de determinados tipos de delitos, viola, asimismo, el principio de igualdad, en virtud del cual se debe deparar igual tratamiento a aquellas personas que se encuentran en una situación equivalente. Este tipo de distinción legal basada en el tipo de delito que se imputa a una persona no encuentra sustento en ninguno de los fundamentos procesales admisibles para justificar la prisión preventiva” párrafo 186.

proyecto que tuvo media sanción.

9. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN A LOS ASPECTOS PENALES DEL PROYECTO DE LEY 0128-S-2011 DEL SENADO DE LA NACIÓN ARGENTINA

Definiciones de trata de personas y explotación

Artículo 1º– Sustitúyese el artículo 2º de la ley 26.364 por el siguiente:

Se modifica el orden de las acciones del delito de trata, como también la redacción de los incisos c) y e) de las definiciones de explotación. Asimismo se explicita en cada inciso la referencia del artículo del CP al cual alude.

“Art. 2º- Definiciones de Trata de personas y Explotación. Se entiende por trata de personas la captación, el traslado, la recepción, acogida o el ofrecimiento de personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países.

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, de acuerdo a lo tipificado en el Código Penal de la Nación y sus leyes complementarias:

- a) Cuando se redujere o mantuviere a una persona en condición de esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad (art. 140 CP);
- b) Cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados (art. 140 CP);
- c) Cuando se ejerciere dominio u obtuviere provecho económico o cualquier tipo de beneficio del ejercicio de la prostitución ajena, sea esta habitual o no (art. 127 CP);
- d) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la pornografía infantil o la realización de cualquier tipo de representación o espectáculo con dicho contenido (art. 128 CP);
- e) Cuando se mantuviere a una persona en condición de servidumbre bajo matrimonio servil o uniones convivenciales forzadas (art. 140 CP);
- f) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la extracción forzosa o ilegítima de órganos, fluidos o tejidos humanos. (ley 24.193)

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

Cláusula de no punibilidad

Art. 3º- Sustitúyase el art. 5 de la Ley 26.364 por el siguiente:

Se incorpora al artículo de no punibilidad a las víctimas de explotación.

“Art. 5º- No punibilidad. Las víctimas de explotación o trata de personas, no serán punibles ni sancionadas administrativamente por la comisión de cualquier delito o falta administrativa que sea resultado directo de haber sido objeto de trata o explotación.

Tampoco les serán aplicables las sanciones o impedimentos establecidos en la legislación migratoria cuando las infracciones sean consecuencia de la actividad desplegada durante la comisión del ilícito que las damnificara”.

Artículo 23 del CP

Art. 22º – Sustitúyese el sexto párrafo del artículo 23 del Código Penal por el siguiente:

Se agrega en listado de delitos el 127 bis que es incorporado a través de la presente propuesta de modificación.

“En el caso de condena impuesta por alguno de los delitos previstos por los artículos 125, 125 bis, 127, 127 bis, 140, 142 bis, 145 bis, 145 ter y 170 de este Código, queda comprendido entre los bienes a decomisar la cosa mueble o inmueble donde se mantuviera a la víctima privada de su libertad u objeto de explotación. Los bienes decomisados con motivo de tales delitos, según los términos del presente artículo, y el producido de las multas que se impongan, serán afectados a programas de asistencia a la víctima”..

Art. 127 del CP: Explotación sexual

Art. 23º - Sustitúyese el artículo 127 del Código Penal por el siguiente:

Se modifica la redacción copiando la definición expuesta en el artículo 1 del presente a fin de lograr una coherencia normativa. Se disminuye el monto de las penas y se modifican los incisos a), c) y d) de los agravantes del delito. Se introduce el artículo 127 bis.

“Art. 127. – Explotación sexual. Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años, el que ejerciere dominio u obtuviere provecho económico o cualquier tipo de beneficio del ejercicio de la prostitución ajena, sea esta habitual o no aunque mediare consentimiento de la víctima.

La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

1. Mediare fraude, ardid, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción;
2. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima;
3. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad. En estos supuestos la pena será acompañada de inhabilitación absoluta;

4. Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años;
La pena será de seis (6) a quince (15) años de prisión cuando la víctima fuere menor de trece (13) años de edad”.

Artículo 127 bis

“Art. 127 bis. Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años el que financie, administre o regentee, ostensible o encubiertamente establecimientos donde se explote el ejercicio de la prostitución ajena. En igual pena e inhabilitación absoluta incurrirá quien, en ejercicio de sus funciones públicas, permita el establecimiento de los mismos”.

Artículo 140 del CP: Servidumbre

Art. 24º - Sustitúyese el artículo 140 del Código Penal por el siguiente:

Se modifican las penas del delito y se le añaden los agravantes a fin de lograr que todos los delitos conexos tengan la misma estructura.

“Art. 140.- Servidumbre. Serán reprimidos con reclusión o prisión de tres (3) a seis (6) 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.

La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

1. Mediare fraude, ardid, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción.
2. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima,
- 3.-El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad. En estos supuestos la pena será acompañada de inhabilitación absoluta;
- 4.- Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años

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

Artículo 145 bis del CP: Trata de personas

Art. 25º – Sustitúyese el artículo 145 bis del Código Penal por el siguiente:

Se modifica el monto de las penas, la posición de las acciones en el articulado y se agrega una salvedad relacionada al concurso con los delitos de explotación.

“Art. 145 bis.- Trata de Personas. Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años, el que capture, trasladare, recibiere, acogiere u ofreciere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediare el consentimiento de la víctima y sin perjuicio de que el hecho importe la concurrencia con los delitos referidos a la explotación”.

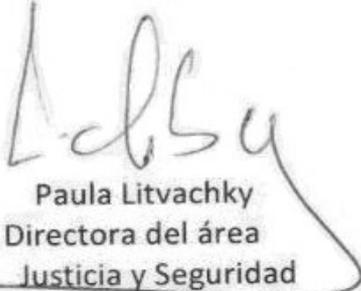
Art. 26º – Sustitúyese el artículo 145 ter del Código Penal por el siguiente:

Artículo 145 ter del CP: Trata de personas agravada

Se modifican los incisos 1, 2, 3 y 7. Se añade el 8. Se elimina a la explotación consumada como agravante del delito de trata de personas.

“Art. 145 ter.- En los supuestos del artículo 145 bis la pena será de cuatro (4) a diez (10) años de prisión, cuando:

1. Mediare fraude, ardid, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción;
 2. La víctima estuviere embarazada;
 3. La víctima fuere una persona con discapacidad o no pudiese 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. En estos supuestos la pena será acompañada de inhabilitación absoluta;
 8. Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años;
- La pena será de seis (6) a quince (15) años de prisión cuando la víctima fuere menor de trece (13) años de edad”.



Paula Litvachky
Directora del área
Justicia y Seguridad
(CELS)



Marcelo Colombo
Fiscal General
(UFASE)



Sidonie Porterie
Directora Ejecutiva
(INECIP)