

***La trata de personas con fines de explotación sexual y la criminalización del usuario:  
estudio de impacto de implementación desde la política criminal.***

*Fernando A. VALLONE*

*Introducción*

La criminalización del usuario de los servicios sexuales de una persona víctima de trata y explotación es una nueva táctica<sup>1</sup> que pretende sumarse a la estrategia vigente sobre la persecución penal de éste conglomerado delictivo.

El debate sobre su procedencia puede desenvolverse desde diferentes perspectivas, abordando el plano dogmático, el constitucional y el de la política criminal.

Para mitigar el neopunitivismo cada vez que se aspire a utilizar el aparato represivo del estado es conveniente someter el proyecto penal a una discusión amplia, en donde cada abordaje funcione a modo de un filtro racional, que permita analizar: si resulta válido recurrir al derecho penal para la materia en concreto, si su estrategia de utilización

---

<sup>1</sup> Según el proyecto de ley del senador Aníbal Fernández se pretende incorporar como artículo 127 bis del CP al siguiente: “En los casos previstos en los artículos 125 bis y 127, quien utilice o procure servicios sexuales de una persona sabiendo o debiendo saber que es una víctima de trata de personas, será penado con prisión de UNO (1) a TRES (3) años.

En los casos de las agravantes previstas en el artículo 126 y de los incisos 1, 2, y 3 del artículo 127, la pena será de TRES (3) a SEIS (6) años de prisión.

En todas las hipótesis, cuando la víctima fuera menor de DIECIOCHO (18) años, la pena será de CINCO (5) a DIEZ (10) años de prisión.

Esta escala será independiente de la que corresponda aplicar en los casos en los que resulte aplicable, además, lo normado por los artículos 119 y 120 del Código Penal.”

resultaría eficaz para replegar la conducta dañina y como establecer su uso para coordinarlo con las aspiraciones propias de un estado constitucional de derecho.

### *El análisis en términos de política criminal*

Antes de disipar energías examinando la mejor forma de establecer la nueva figura penal de acuerdo a los postulados garantistas y de la lógica sistemática de la teoría del delito, corresponde emprender y agotar la discusión sobre la necesidad de su implementación.

Invocando la gravedad del fenómeno de la trata y explotación de personas, que involucra una conjugación entre un victimario poderoso, un alto grado de vulnerabilidad de la víctima y una conducta que infringe un profundo daño, podríamos afirmar *a priori*, que es una de aquellas materias que justifican recurrir al poder coactivo más intenso del Estado.

Pero eso no basta. La gravedad del fenómeno de trata y explotación de personas habilita el uso de la estrategia punitiva, pero una vez comprobada esa justificación corresponderá inquirir si la técnica en concreto será útil para repeler el flagelo.

Con ese fin corresponde recurrir a la política criminal, y testear los efectos que podría tener la nueva estrategia represiva en el contexto en el que sería insertada.

El análisis sobre la orientación de la política estatal en materia penal es fundamental<sup>2</sup>, por lo que cada vez que se pretenda instaurar una nueva norma de esa excepcional especie jurídica hay que efectuar un diagnóstico de como se comportaría en la dinámica social en la que se va a implantar, y como se va a ensamblar con las medidas vigentes que se encuentran actuando sobre el problema en la que pretende interferir.

La pertinencia de emplear la acción legislativa propuesta estará dada por el grado de eficacia potencial –representadas por un equilibrio sintético entre una realización eficaz de la ley penal para sus fines propuestos y un apego al respeto de las libertades- que se diagnostique en dicho examen.

---

<sup>2</sup> Sigo en mis reflexiones las ideas de Claus Roxin en *Política criminal y sistema de derecho penal*, ed. Hammurabi, p. 49, 2ª edición, 2002. Allí destaca la necesaria penetración de las decisiones valorativas político-criminales en el sistema del derecho penal, reclamando una compaginación sintética entre el derecho y la utilizada político-criminal.

Se destaca<sup>3</sup> apropiadamente la función garantizadora de la política criminal, ya que su buen uso frena el crecimiento ilimitado del aparato punitivo, señalando a la ciencia política, en tanto rama del pensamiento científico que debe nutrir a aquella, como la responsable de precisar los efectos de las decisiones legislativas y judiciales notificando al dogmático y al juez las consecuencias reales de lo que el primero propone y el segundo decide.

El estudio de impacto es una buena fórmula para evitar las consecuencias del frecuente uso de los reflejos punitivos del que suele servirse el neopunitivismo en su avanzada.

### *Las dificultades para acreditar la responsabilidad del usuario*

El proyecto de criminalización del cliente pretende cerrar el círculo de los protagonistas de la materia delictiva: el tratante, el explotador y el usuario.

Se recurre al argumento de que sin usuario no hay explotación sexual ni trata, por lo que la estrategia de persecución del cliente sería de gran eficacia para desalentar la demanda.

Pero el éxito del desaliento de la demanda no puede escapar al real nivel de eficacia, desde la perspectiva de un estado liberal, que puede tener la estrategia penal de perseguir al cliente.

El fundamento sería sólido solo si el fenómeno de trata y explotación se desarrollaría de una manera tan explícita que permitiera al usuario saber que se encuentra ante una víctima de esos delitos. Ese escenario podría admitir un diagnóstico positivo, y considerar que la herramienta penal arribaría a una eficiencia aceptable en términos de condenas.

Pero se desvanece cuando nos encontramos ante un contexto de comisión solapado, en donde toda la maquinación de trata y explotación, por lo general, se despliega de manera más sutil.

---

<sup>3</sup> Zaffaroni-Alagia-Slokar, *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, p. 149.

El usuario tiene que estar “sabiendo” o “debiendo saber”<sup>4</sup> que hace uso sexual de una persona que fue ofrecida, captada, trasladada, recibida o acogida con fines de explotación (conf. Art. 145 bis. del CP). Y para ello tiene que haber alguna forma de probar que dicha persona conoció algún aspecto de todo el proceso en que la víctima fue ofrecida con fines de explotación, o que de acuerdo al contexto en que la damnificada se encontraba desarrollando la actividad permitiera, de modo fehaciente, percatarse de que estaba ante una persona reducida a servidumbre o esclavitud, amenazada o intimidada de alguna forma.

Los tramos comisivos de la trata (ofrecimiento, captación, traslado, recepción y acogimiento) transcurren antes de que la persona se encuentre en situación de explotación, y cuando la víctima ya se encuentra en la última instancia del proceso, ya sometida, difícilmente surja un indicio, a los ojos del usuario, para permitir la configuración del especial conocimiento requerido en el tipo propuesto. El mismo tratante y explotador es quien planea y ejecuta el procedimiento de sometimiento con la intención de encubrir, ante los usuarios, el modo en que la persona explotada llegó al ámbito.

Obtener un caso en que pueda demostrarse con certeza éste conocimiento del autor para arribar a una sentencia condenatoria será, sin lugar a dudas, casi imposible. Se dependerá de situaciones aisladas, en la que la víctima de trata ya sea buscada por las autoridades y se conozca públicamente el caso.

Abrir el tipo penal a formulaciones peligrosas, como el “debiendo saber”, son recursos legales que admiten ésta problemática e informan sobre una posible distorsión, a los fines de abonar a la requerida eficacia, que estarán reñidos con los principios garantistas.

La distensión de garantías, con fines resultadistas, podría llevar a que se flexibilice la interpretación, deduciendo que en toda situación de ofrecimiento sexual existe un estado previo de explotación que el usuario debería conocer, por la misma naturaleza de la actividad. O que la estrategia sea especular con la configuración de los grados de probabilidad, suficientes para habilitar la interferencia policial y judicializar a una persona, y así implementar una política preventiva mediante un derecho penal impostado.

---

<sup>4</sup> Según la peligrosa apertura que se propone en el proyecto analizado.

Si lo que se pretende es instaurar un estado policíaco, en donde se relajen *ad hoc* las garantías constitucionales, invocando la importancia del combate efectivo de ese repugnante fenómeno criminal, puede que lleguemos a una instancia de desaliento del consumo y un consiguiente retroceso de ésta actividad delictiva. Pero el desafío del estado moderno es conseguir ese logro de una manera civilizada, es decir, cumpliéndolo mediante la deseada síntesis entre una realización efectiva de la ley penal con respeto a las garantías individuales.

Y para ello habrá que sincerarse, desprenderse de slogans reduccionistas y las medidas que contienen una repercusión efectista en términos mediáticos. El desaliento del consumo por la vía del derecho penal es inconducente, por lo que la fórmula no puede emplearse para justificar su utilización.

No hay dudas de que hay que seguir trabajando en un activismo estatal, por fuera de la vía penal, para desalentar la demanda de prostitución en condiciones de explotación.

Pero es importante entender que la solución no es incorporar una nueva figura penal con ínfimas chances de efectividad –en los términos aludidos-, cuando todavía hay demasiadas deficiencias estructurales, relacionadas con la complicidad de algunos estamentos de la rama estatal que deben operar en el campo de comisión, que minan la potencial eficacia de la criminalización de tratantes y explotadores.

No sea cuestión de que, a largo plazo, se transforme en otra trampa más para que la realización del derecho penal incurra en su habitual vicio de satisfacer estadísticas cayendo sobre la matriz más vulnerable: en el caso, los clientes habituales de los prostíbulos desperdigados en la Argentina profunda.

### *Una estrategia contraproducente*

La implementación de la responsabilidad penal del cliente puede desequilibrar el sistema actual, provocando aún mayores complicaciones para lograr efectividad en la represión de los tratantes, explotadores y sus cómplices estatales.

Ya expuse los motivos por los cuales, en términos de política criminal, entiendo que la estrategia de criminalización del usuario resultará ineficaz.

Ahora cabe otorgar los fundamentos por los que estimo que también será contraproducente.

Un primer punto tiene relación con una adecuada estrategia forense y de administración de recursos. Para replegar ésta actividad delictiva hay que acrecentar la intensidad en la persecución del tratante y el explotador. Y nada atentará más contra esa deseada intensificación que dosificar la actuación penal agregando otros actores.

Cuanto mayor se extienda la punibilidad, glosando más intervinientes, más difusa es la pesquisa y menos recursos habrá para concentrarse en los principales responsables. Además, con el actual sistema procesal de investigación -que trae consigo un ritualismo excesivo-, lo ideal es evitar caer en las *megacausas*, y mucho más aún cuando se pretenda incluir a involucrados con ínfimos porcentajes de responsabilizarlos por su actuación.

Ejemplificando: si en un procedimiento se da con el tratante, el explotador y cinco usuarios, con el actual régimen la investigación se concentraría únicamente en las dos personas con mayor trascendencia en la acción delictiva. Abriendo el abanico de imputaciones, la investigación también deberá dirigirse a deslindar la responsabilidad de los cinco clientes. Esta apertura, además de dificultar la persecución de los gestores del delito genérico también entorpecerá las posibilidades para intentar desentrañar una posible complicidad de componentes estatales. Ninguna ganancia, por donde se lo vea.

Y a éste escenario se le debe agregar un dato. La característica de comisión de los delitos de trata y explotación es la de su hermetismo, por trascender en un ámbito cerrado.

A diferencia que un delito convencional, en materia de prueba de delitos de trata y explotación se requiere contar con elementos obtenidos por medio de tareas legítimas de inteligencia o testimonios de quienes frecuentaron la intimidad de esos recintos de comisión.

Criminalizar al cliente también es perder un valioso elemento de prueba para responsabilizar al tratante, explotador y sus cómplices. Los usuarios pueden percibir situaciones que no bastaría para adjudicarles un conocimiento de la situación de trata y explotación, pero si algunos rasgos que, en suma con los resultados del resto de las diligencias, podrían ser primordiales para reconstruir ese estado. Esos testimonios, ante la amenaza de incurrir en responsabilidad penal, se perderán. El cliente, si se lo convoca a declarar como testigo, podrá ser reticente para evitar potenciales consecuencias

penales. Y si el usuario es imputado, se dependerá de lo que estime más prudente declarar de acuerdo al ejercicio de su derecho de defensa.

Tampoco se pone en crisis las consecuencias negativas de toda medida persecutoria: un mayor grado de clandestinidad de la actividad.

La estrategia represiva es inevitable para perseguir al tratante, el explotador y sus cómplices estatales. Pero sumar a un nuevo actor conllevará a una actuación más clandestina.

Perseguir al cliente no implicará una menor demanda, pero seguramente si traerá aparejada una mayor reserva de los ámbitos en que transcurre la actividad delictiva y a una oferta más exclusiva que repercutirá acrecentando las ganancias de las organizaciones.

En suma, a mayor nivel de clandestinidad, menores posibilidades de contar con un control estatal efectivo en términos de prevención y represión.

### *Conclusiones*

1. Es legítimo recurrir al derecho penal para intentar replegar las situaciones de trata y explotación de personas.
2. Acudir al derecho penal estableciendo una regla concreta para responsabilizar a un potencial usuario de los servicios sexuales de quien sabía o debía saber que es víctima de trata, es ineficaz, contraproducente y peligroso.
3. La estrategia resulta ineficiente porque, por las características del contexto de comisión de éste tipo de delitos, existen grandes dificultades para acreditar la conducta.
4. La estrategia es contraproducente porque el agregado de nuevos participantes le resta intensidad a la persecución de los actores principales de la maniobra y sus cómplices, al mismo tiempo que impide obtener testimonios que sirvan a la acreditación de responsabilidad del delito genérico y suma una cuota de clandestinidad que lo hace más esquivo al control estatal.
5. El modelo proyectado es peligroso, porque para concretar su pretendida eficacia de reducción de la demanda, se debería optar por un proceso especulativo de

judicialización preventiva o interpretación laxa, relajando las garantías constitucionales del estado de derecho.

6. El examen de impacto desaconseja la implementación de la nueva figura penal.