

Últimas reformas a los delitos contra la integridad sexual (ley 26.842 y 26.388) y contra la libertad (Ley 26.842)¹

Introducción

La ley 26.842 de “Prevención y Sanción de Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas” del 26 de diciembre de 2012 modificó sustancialmente los artículos 125 bis, 126 y 127 del Título III del Código Penal.

El nervio motor de dicha reforma fue el escándalo judicial que produjo la sentencia en el caso de una joven víctima de trata de personas, Marita Verón y fue impulsada fuertemente por su madre, Susana Trimarco y como lo indica expresamente el título de la norma, el objetivo de la misma es la lucha contra la explotación de personas, cualquiera sea la modalidad que la misma adquiera (sexual, reducción a la servidumbre, esclavitud, venta de órganos, trabajos forzados, pornografía, etc.).

Prostitución

1. Disposición legal

Artículo 125 bis: “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”².

2. Consideraciones generales

La ley 26.842 de “Prevención y Sanción de Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas” del 26 de diciembre de 2012 modificó los artículos 125 bis, 126 y 127 del Título III del Código Penal.

3. Bien jurídico protegido

Antes de la reforma, se señalaba desde un sector doctrinario que con el presente tipo penal se protegía el derecho a la normalidad sexual de la víctima (SOLER/NUÑEZ).

Teniendo en cuenta el fundamento de la ley 26.842, está claro que el bien jurídico protegido en estas normas es la prevención del sometimiento de personas explotación de cualquier tipo, así como el derecho de las personas a elegir libremente su conducta sexual.

¹ Por Francisco Broglia. Material de lectura para el Seminario de Análisis y Discusión sobre las Últimas Reformas a la Parte Especial del Código Penal, Facultad de Derecho, UNR, organizado por el Centro de Estudiantes (Presidencia DNI).

² El anterior 125 bis rezaba: El que promoviere o facilitare la prostitución de menores de dieciocho años, aunque mediare el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a diez años.

La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando la víctima fuera menor de trece años.

Cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de reclusión o prisión de diez a quince años, cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también, si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargada de su educación o guarda.

3. Acción típica

La conducta ilícita consiste en *promover* (iniciar, mantener o aumentar) o *facilitar* (colaborar en el objetivo del ofendido) la prostitución de una persona, cualquiera sea su edad (en al anterior redacción, la ley hablaba solamente de dieciocho años).

Para algunos autores, la *prostitución* significa la entrega sexual indeterminada, habitual y por precio³, aunque en algún sector doctrinario se discute este último requisito⁴. Sin ninguna duda esto es una distinción más académica que práctica, ya que en nuestra realidad social el trabajo sexual se ejerce normalmente por lucro. Para esta postura, a su vez, el trabajo sexual tiene que configurar un estado, es decir, una verdadera conducta habitual.

De Luca y Lopez Casariego discuten este concepto realizando una interpretación literal del texto de la ley⁵, entendiendo por tanto que existirá la figura de prostitución cuando una persona se entrega al trato sexual con otra, por dinero. Lo determinante, refieren los citados autores, es que las capacidades sexuales de esa persona deben estar a la venta, pero que no deriva del concepto de venta una obligación de yacer con todo aquel que pague el precio, porque el/la trabajador/a sexual pueden elegir sus cliente y existir de igual manera prostitución⁶.

Por otro lado, es importante destacar que el simple ejercicio de la prostitución no es punible a título de delito en nuestro ordenamiento, pues su práctica importa una acción privada al margen de la intromisión del Estado (art.19 CN). Su tratamiento es competencia de las legislaciones contravencionales provinciales o municipales⁷.

3. Sujetos

El sujeto activo es indiferenciado, mientras que el sujeto pasivo, luego de las modificaciones introducidas por la ley 26.842, puede ser cualquier persona, siendo indiferente para el tipo básico la edad de la víctima.

4. Elemento subjetivo

El tipo subjetivo se satisface sólo con el dolo directo, no admitiéndose el dolo eventual ni la culpa.

5. Consumación y tentativa

Es un delito de pura actividad, lo que hace que el mismo se consume con la ejecución de los actos objetivamente idóneos, guiados por la finalidad del autor, sin que sea necesaria la efectiva prostitución del sujeto⁸.

³ FONTÁN BALESTRA; ob.cit., pág. 113.

⁴ Así, SOLER; ob.cit., pág. 340, sostiene que la acción de prostituirse generalmente lleva un fin de lucro, pero no lo reconoce como un requisito sine qua non.

⁵ El diccionario de la Real Academia Española define a la prostitución como la “actividad a la que se dedica quien mantiene relaciones sexuales con otras personas, a cambio de dinero”.

⁶ DE LUCA, Javier y LOPEZ CASARIEGO, Julio; “Delitos contra la integridad sexual”, Hammurabi, Bs. As., 2009, pág. 161.

⁷ Los arts. 83, 87 y 93 del Código Provincial de Faltas de Santa Fe castigan las ofensas al pudor, prostitución escandalosa y el travestismo. En ellas se describen en forma imprecisa las conductas sancionadas, violándose el principio de legalidad penal. Estas normas son inconstitucionales y sería conveniente su derogación.

⁸ FONTÁN BALESTRA; ob.cit., pág. 112.

La tentativa es admisible cuando el autor, sin llegar a someter a la víctima a su acción, ha realizado actos inequívocamente demostrativos de su propósito⁹.

6. Agravantes

Las agravantes a la presente figura se encuentran reguladas en el nuevo artículo 126 del Código Penal (modificado por ley 26.842), suprimiéndose la figura autónoma que tipificaba la promoción o el facilitamiento de la prostitución de mayores de edad¹⁰.

Actualmente, la estructura del artículo 126 queda conformada de la siguiente manera:

Artículo 126: En el caso del artículo anterior, 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 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.

Lo que resulta importante remarcar con respecto a estas figuras agravantes es que el ofendido debe haber actuado con su consentimiento viciado por alguno de los medios explicitados en el tipo (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) o por la especial posición en que el autor se encuentra con respecto a la víctima (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) o por el cargo público que ocupa (funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria). Asimismo, la última parte del artículo aumenta las penas cuando la víctima fuera menor de 18 años de edad.

Explotación económica de la prostitución

⁹ NÚÑEZ; ob.cit., pág. 367, cita como ejemplo el autor que narcotiza a la víctima para internarla en el prostíbulo, pero antes de que reaccione y mientras la conduce es detenido por la policía. En igual sentido, CREUS; "Derecho Penal...", ob.cit., pág. 203.

¹⁰ Anterior artículo 126: "Será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a diez años, el que con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos promoviere o facilitare la prostitución de mayores de dieciocho años de edad mediando engaño, abuso de una relación de dependencia o de poder, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción".

1. Disposición legal

Artículo 127: “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 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”¹¹.

2. Consideraciones generales

Esta nueva figura fue incorporada por la ley 25.087 (conocida indistintamente como rufianismo o proxenetismo) y modificada en el año 2012 por la ley 26.842.

3. Bien jurídico

Para algunos, se intenta tutelar a la sociedad de la conducta repudiable del autor, pues se trata de un sujeto que sabe sacar provecho de lo que –en la mayoría de los casos– es un infortunio al que empuja la necesidad¹².

Para otros, opinión a la que adherimos, se encuentra protegido por esta figura el bien jurídico libertad sexual de la persona¹³, así como la prevención y sanción de la explotación de personas.

4. Acción típica

La acción típica consiste en explotar económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, es decir, obtener alguna utilidad o provecho de carácter pecuniario, ya sea dinero o bienes¹⁴.

A su vez, en su nueva redacción la norma comentada agrava el tipo penal en los mismos casos que el art. 126, por lo que nos remitimos al comentario del mismo.

En doctrina se exige la habitualidad del agente como elemento del tipo¹⁵. Se señala que este requisito no debe entenderse como una mera reiteración de actos, ya que el delito se

¹¹ Anterior artículo 127: Será reprimido con prisión de tres a seis años, el que explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, mediante engaño, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción.

¹² SOLER; ob.cit., pág. 349.

¹³ BUOMPADRE; ob.cit., pág. 420.

¹⁴ BUOMPADRE; ídem.

perfecciona con un solo acto de aprovechamiento, sino como orientación subjetiva a fines concretos: continuar con la explotación ilícita de la prostitución ajena¹⁶.

5. Sujetos

Sujeto activo puede ser cualquier persona, mientras que víctima sólo puede ser una persona que ejerza la prostitución.

6. Elemento subjetivo

El tipo subjetivo se configura con el dolo directo, requiriéndose el conocimiento por parte del sujeto activo de que la persona ejerce la prostitución, que las ganancias provienen de dicho ejercicio y la voluntad de explotar económicamente la actividad de la víctima.

7. Consumación y tentativa

Se trata de un delito permanente y de resultado material¹⁷, por lo cual requiere que el autor se haya aprovechado, que haya obtenido lucro efectivamente de la actividad ejercida por la víctima. La tentativa aparece como posible.

Delitos relacionados con el material sexual explícito y la pornografía

1. Disposición legal

Artículo 128: “Será reprimido con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que produjere, finanziare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores¹⁸.”

Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descritas en el párrafo anterior con fines inequívocos de distribución o comercialización.

Será reprimido con prisión de un (1) mes a tres (3) años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce (14) años”.

2. Bien jurídico

¹⁵ Conforme, SOLER; ob.cit., pág. 349, refiriéndose al texto anterior que exigía “hacerse mantener”, como elemento típico.

¹⁶ BUOMPADRE; ob.cit., pág. 423.

¹⁷ DONNA; ob.cit., pág. 159; BUOMPADRE; ob.cit., pág. 423.

¹⁸ Anterior Art.128: “Será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años el que produjere o publicare imágenes pornográficas en que se exhibieran menores de dieciocho años, al igual que el que organizare espectáculos en vivo con escenas pornográficas en que participaren dichos menores.

En la misma pena incurrirá el que distribuyere imágenes pornográficas cuyas características externas hiciera manifiesto que en ellas se ha gravado o fotografiado la exhibición de menores de dieciocho años de edad al momento de la creación de la imagen.

Será reprimido con prisión de un mes a tres años quien facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce años.”

Este artículo resultó modificado por la ley 26.388, que reemplazó la estructura típica introducida por la ley 25.087 del año 1999. Su objetivo fue adaptar la normativa local a la legislación internacional, en particular la Convención sobre los Derechos del Niño.

En ese marco, el bien jurídico protegido no es el pudor público o individual, como se sostenía antes de la sanción de la norma, sino la protección de los menores, tanto ante la posibilidad de ser objeto de explotación sexual por su participación en imágenes o espectáculos pornográficos y de aquellos que resulten receptores de pornografía¹⁹.

3. Acción típica

El tipo objetivo de la norma pretende captar todas las etapas de la cadena de comercialización de las imágenes pornográficas, desde el productor al consumidor, pero sin incluir a éste.

El artículo sanciona las conductas de *producir* representaciones (registrarla en fotografía, video, etc.), *financiar* (facilitar dinero o bienes para desarrollar el proceso), *ofrecer* (presentársela a otro y preguntarle si la quiere o no), *comerciar* (obtener dinero u otro objeto de valor pecuniario a cambio de la representación en cuestión), *publicarla* (exponerla para ser vista por un grupo indeterminado de personas), *facilitarla* (entregarla a otro), *divulgarla* (hacer que la conozcan otras personas), *distribuirla* (hacerla circular por otras personas por cualquier medio), *organizar* espectáculos en vivo de representaciones pornográficas, *tener* alguna de las representaciones con fines de comercialización o distribución, *facilitar* (permitir o no impedir) que un menor presencie un espectáculo pornográfico y la de *suministrar* (dar o entregar) material pornográfico a un menor, a título oneroso o gratuito y por cualquier vía²⁰.

Los objetos del delito son toda representación de un menor de dieciocho años dedicada a actividades explícitas y toda representación de sus partes genitales, la organización de espectáculos en vivo de contenido sexual donde participen menores y el acceso a espectáculos o material pornográfico a menores de catorce años.

Párrafo aparte para el concepto de pornografía. Creemos que este concepto viola el principio de legalidad, omitiendo la exigencia de ley previa escrita, ya que no describe con precisión el contenido de lo prohibido. Definir cuándo una conducta es pornográfica es un criterio de carácter socio cultural y mudable en el tiempo, cuya interpretación queda librada al intérprete en el caso concreto y según sus propias visones sociales del mundo.

4. Sujetos

Sujeto activo puede ser cualquier persona, mientras que sujeto pasivo sólo pueden ser los menores de 18 años en el delito tipificado en el primer y segundo párrafo, mientras que en el último sólo pueden serlo los menores de catorce años.

5. Elemento subjetivo

Es un delito doloso que sólo admite el dolo directo por parte del autor.

Reducción a la servidumbre

1. Disposición legal

¹⁹ DE LUCA, Javier y LOPEZ CASARIEGO, Julio; “Delitos contra la integridad sexual”, Hammurabi, Bs. As., 2009, pág. 161.

²⁰ D ÁLESIO, Andrés; “Código Penal. Comentado y anotado”, La ley, Bs. As., 2009, pag. 286.

Artículo 140: 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 (Artículo sustituido por art. 24 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012).²¹

2. Consideraciones generales

Antes de las modificaciones establecidas por la ley 26.842 (Prevención Y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas) se discutía si el delito de reducción a la servidumbre equivale al sometimiento a una persona a la esclavitud. La mayoría de la doctrina entendía que si bien sus similitudes son evidentes (ambas figuras implican el apoderamiento de la persona para reducirla a la condición de cosa), la servidumbre es un estado de hecho, mientras que la esclavitud implica un estatus jurídico, lo que, por mandato constitucional, no es posible en nuestro país²².

3. Acción típica

El delito implica reducir (sujetar, someter, constreñir, etc.) a una persona a la servidumbre o esclavitud, o en recibirla para mantenerla en tal condición²³. Asimismo, el nuevo texto legal incorpora la acción típica de obligar a una persona a realizar trabajos o servicios forzados o a contraer matrimonio servil.

Como decíamos más arriba, el concepto de reducción a la servidumbre implica el sometimiento de una persona a la voluntad del agente, es decir, a la condición de cosa. Discuten Soler y Nuñez sobre el alcance de dicho sometimiento. Para Soler, el constreñimiento de la víctima tiene que ser tanto físico como psíquico. En cambio, opina Nuñez que basta con el dominio físico para que se perfeccione el ilícito.

Ese dominio puede perpetrarse a través de cualquier medio (violencia, intimidación, engaño, persuasión, necesidad, etc.). Incluso, señala Creus que no es condición indispensable del delito la afectación de la libertad de movimientos de la víctima ni el traslado de la víctima a un lugar distinto del que se la toma: la reducción a servidumbre puede existir con la presencia de la víctima en el lugar habitual donde se encontraba antes de ella²⁴.

Discute la doctrina si es válido el consentimiento de la víctima. Para algunos (Creus) el consentimiento libremente prestado de la víctima excluye el delito, por lo que es condición indispensable del delito que el consentimiento de la víctima se encuentre viciado. Para otros (Fontán Balestra), el consentimiento de la víctima es irrelevante.

²¹ Artículo 140: Serán reprimidos con reclusión o prisión de tres a quince años, el que redujere a una persona a servidumbre o a otra condición análoga y el que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella.

²² Art. 15: En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República.

²³ Un buen ejemplo de reducción a la servidumbre son los casos de explotación laboral de trabajadores migrantes (extranjeros o de otras provincias) <http://www.lacapital.com.ar/informacion-gral/Rescatan-a-trabajadores-esclavizados-en-Misiones-20121105-0007.html>

²⁴ CREUS, Carlos; "Derecho Penal. Parte Especial", Ed. Astrea, 1998, Tomo I, pág. 275.

La figura de reducción a la servidumbre tiene como elemento esencial la prestación de un servicio por parte de la víctima. Esta es la diferencia fundamental con la “condición análoga” de la que hablaba (antes de la reforma introducida por la ley 26.842) el artículo 140 CP, dado que es aquella en que la víctima, sin servir al agente, se encuentra sometida a ella con la misma intensidad que en la servidumbre (el caso de un niño obligado a vivir encerrado en una jaula de conejos, obligado a vivir como un animal).

4. Elemento subjetivo

El tipo de reducción a la servidumbre es doloso, consistiendo en el conocer y la voluntad de que se está sometiendo a una persona a servidumbre, esclavitud u obligarla a realizar trabajos forzados o contraer matrimonio servil.

La ley también sanciona a aquel que recibe a la víctima para mantenerla en la condición de servidumbre. En este caso, la figura requiere la concurrencia de un particular elemento subjetivo, además del dolo directo: la intención del autor de mantener al siervo en la misma condición de servidumbre que la recibió.