

UNA CRÍTICA VISIÓN SOBRE ASPECTOS DE LA REGULACIÓN DEL PROXENETISMO Y RUFIANISMO EN LA LEY N° 26842

Godofredo Héctor Pérez Dudiuk¹

La Ley N° 26842, de fecha 27 de diciembre del año 2012, ha introducido modificaciones singulares en los delitos de proxenetismo y rufianismo, conforme se encontraban regulados en el Código Penal de la República y en los antecedentes mismos de estas figuras penales, modificando esencialmente en su aspecto intrínseco la normativa que obraba como fundamento de criminalización de las conductas, con apoyo en una visión de política penal que en algún punto del argumento se disocia con pautas culturales y expectativas sociales que dan el cimiento de la norma en una visión de comprensión y análisis del ordenamiento jurídico general.

El actual artículo 125 bis reza: “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” (Artículo sustituido por art. 21 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012).

Por su parte, el artículo 127 en su primer párrafo sostiene: “Será reprimido con prisión de cuatro (4) a seis (6) años, el que explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, aunque mediere el consentimiento de la víctima”.

Como puede colegirse, el punto central de las figuras señaladas, reside en la hora actual en la construcción del tipo como instrumento legal que describe las conductas prohibidas por el legislador, en la supresión de la eficacia desincriminante del consentimiento de la víctima del delito.

Para un análisis dogmático y de relación sistemática en la ciencia penal, resulta interesante razonar el texto legal conforme una interpretación de máxima taxatividad en su formulación legal y en la interpretación de connotación del mismo, ello nos conduce a una semántica de sentido del texto y a una semántica

¹ Godofredo Héctor Pérez Dudiuk es Profesor Adjunto por Concurso Cátedra “A” Derecho Penal Parte Especial, UNNE.

lógica de este último, que a su vez encuentra ligazón con el principio de legalidad en nuestro ordenamiento jurídico (art. 18 y 19 CN, art 9 CA y 9 PIDCP por disposición constitucional art. 75 inc. 22). Pero esta interpretación de máxima precisión legal y de semántica restrictiva, que permite brindar seguridad jurídica y evitar los abusos de las agencias de criminalización, sería incompleta sin un análisis en el caso particular que nos ocupa del bien jurídico comprometido y tutelado por la norma, conforme los fines propios que lo regulan y dotan de contenido.

Pese a la existencia de tendencias actuales -lo que no significa en modo alguno que no concurrieron intentos en el pasado- que tratan de relativizar o prescindir del bien jurídico como institución penal dentro de la teoría del delito, o bien limitar y reducir su contenido al propio ámbito de la norma como exclusividad. En este sentido Jakobs² sostiene que el bien jurídico no es otra cosa en definitiva que la vigencia de la norma, pienso que no resulta saludable ni ocioso la referencia con precisión del contenido y fines propios que reviste el bien jurídico y su importancia legitimante para el derecho penal, circunstancia que se puede corroborar en el análisis de los tipos del presente trabajo, brindando el estudio y a la luz del bien jurídico comprometido, una comprensión más ampliada y justificante de los criterios sustentados.

En esta dirección es dable mencionar a Zaffaroni,³ en cuanto sostiene sobre los fines propios del bien jurídico los siguientes:

- a) *Una función garantizadora o limitadora* de la tarea del legislador penal, como función política, y
- b) *una función teleológico-sistemática*, de fundamental importancia, que reduce a sus debidos límites la materia de prohibición.

² Polaino-Orts, Miguel (2011). “Normativismo en Derecho Penal”, en: Jorge Buompadre (Dir.), *Vigencia de la Norma: el Potencial sentido de un concepto*, Resistencia, Chaco: ConTexto, p. 35. El autor español menciona citado a Jakobs, que el bien jurídico penal es “la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la defraudación”, concluyendo que esa firmeza no es otra cosa que la vigencia de la norma.

³ Zaffaroni, Eugenio Raúl (1981), *Tratado de Derecho Penal Parte General Tomo III*, Buenos Aires: Ediar, p. 250.

1. Contorno y contenido del bien tutelado normativamente

El bien jurídico protegido e involucrado en los artículos citados anteriormente, constituye el ámbito de desarrollo sexual y autodeterminación de un sujeto en base a la libertad en materia sexual, que involucra la posibilidad de decidir libremente sobre la acción, omisión o negativa expresa para conductas o contextos de contenido sexual, lo que implica un aspecto de ejercicio positivo o dinámico, o bien negativo o estático.

Como correctamente enseña Buompadre con la precisión y logicidad jurídica que nos tiene acostumbrados, en el delito de proxenetismo previsto en el artículo 125 bis, el bien jurídico protegido es la “libertad de autodeterminación sexual de la persona titular de ese tal bien jurídico”,⁴ en razón de ello el derecho penal solamente puede intervenir con legitimidad jurídica y constitucional en un aspecto de elucidación conglobada, cuando esa libertad basada en la autonomía de un sujeto mayor de edad, con plena capacidad y el cual otorga el consentimiento para el acto, ha sido vulnerada, atacada o disminuida por medios coercitivos, intimidatorios o abusivos que resten o lesionen su consentimiento como acto pleno de ejercicio de aquella libertad.

Es precisamente sobre esta concepción del bien jurídico en donde debe aplicarse la función teleológica de la norma, determinando con un criterio de interpretación también teleológica el ámbito de lo prohibido para evitar una aplicación extensiva y con ello rellenar el contenido por una concentración arbitraria del alcance de la tutela, lo que involucra prohibir lo que no debe ser prohibido (art. 19 C.N).

Dentro de este cometido que podría denominarse hermenéutico —como método en la disquisición de la norma y bien jurídico— se debe evitar incurrir en una pura interpretación teleológica-objetiva que dote de argumentos a la razón creando un dogma y que implique la imposición de un código moral bajo la falacia o el sofisma de partir de una supuesta objetividad. ¿Que implica o como se permite comprender lo antedicho?, este el interrogante abierto.

⁴ Buompadre, Jorge Eduardo, *Temas Fundamentales de Dogmática Penal y Política Criminal, Un homenaje a los profesores Claus Roxin y Miguel Polaino Navarrete*, “Género, Violencia, Explotación y Prostitución. Una visión crítica de la política criminal argentina en las recientes reformas del código penal, con especial referencia a la ley N° 26.842 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus víctimas”, Ed. ConTexto, N° 8, año 2013, p. 82.

En el caso particular, hay coincidencia en orden mayoritario sobre el referido bien jurídico, constituyendo el mismo la libertad sexual basada en la facultad de autodeterminación del individuo con capacidad legal, es decir una persona adulta que presta su consentimiento para el ejercicio de la prostitución, lo que conlleva un análisis desde el propio significado de la libertad, ya que desde allí se determinará la razón del argumento usado en la exegesis.

Esta se entiende como el ejercicio por parte del titular de la posibilidad de conductas activas o negativas dentro del ámbito propio de su sexualidad, independientemente y sin concebir un juicio moral de la conducta, gozando este derecho de un reconocimiento a nivel constitucional, como es sin dudas el principio de reserva del artículo 19 de la C.N., erigiéndose el mismo como una garantía sobre el avance punitivista y de las agencias políticas en un Estado de Derecho, Republicano y Democrático. Si una acción no lesiona o perjudica bienes jurídicos ajenos en el sentido de afectación del mismo (principio de lesividad), debe quedar al margen de la prohibición por expreso imperio del artículo 19 C.N., siendo en consecuencia atípica dicha conducta.

Para el caso se podría mencionar a Carlos Nino como parte de la doctrina que permite interpretar el principio de reserva contenido en el artículo 19 de la CN, el cual lo reconoce como el “principio de autonomía personal” del individuo, diciendo que:

Siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución. (Nino 1984: 204)

Por ello y siguiendo a Nino, el principio de autonomía personal informa sobre el alcance de las conductas que realizan las personas capaces como entes autónomos, así:

Cuando el artículo en cuestión habla de ‘acciones privadas de los hombres’, esta expresión debe interpretarse teniendo en cuenta que ella describe acciones que se distinguen de aquellas que “ofenden la moral pública”. El contraste que la norma establece no es entre las acciones que se realizan en privado y las que se realizan en

público, sino entre las acciones que son privadas porque, en todo caso, ellas sólo contravienen una moral privada y las acciones que ofenden la moral pública. En definitiva, la distinción que la norma formula es la que está subyacente en la concepción liberal de la sociedad y que consiste en discriminar las pautas morales referidas al bienestar de terceros de los ideales de excelencia humana, que constituyen una moral privada. El alcance de la moral pública está definido por el propio artículo 19 al presuponer que las acciones que la ofenden son coextensivas con las acciones que perjudican a un tercero; la moral pública es la moral intersubjetiva. (Nino 1984: 426 - 427).

En nuestra República, ha sido la misma Suprema Corte de Justicia, la cual luego de vaivenes en el alcance e interpretación que ha otorgado al artículo 19 de la C.N., en relación a la tenencia de estupefacientes para consumo personal, ha sostenido la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo de la ley 23.737, pues conculca el artículo 19 al invadir la esfera de libertad personal que está exenta de la intervención y regulación de los órganos estatales. En el voto del Dr. Fayt, se destaca la real dimensión que se debe otorgar al “principio de autonomía personal” frente al desaparecido argumento que justificaba la exégesis más limitativa.⁵

Siguiendo esta línea de razonamiento, debemos preguntarnos las razones que pueden ser empíricas o normativas indistintamente, que han dado conformación al bien jurídico libertad sexual. Precisamente, uno de los argumentos sustanciales para la reforma operada sobre el Título III del Código Penal, sustituyendo la rúbrica “Delitos contra la Honestidad” por la de “Delitos contra la Integridad Sexual”, fue que el anterior título implicaba reminiscencias de una mezcla intolerable de derecho con moral, pero no sobre los valores morales que deben guiar toda norma jurídica, sino de ideas morales apegadas a concepciones de orden religioso, elitista, sociales, etc., incompatibles con un derecho penal de mínima intervención basado en la igualdad, el pluralismo, el respeto de la

⁵ Se puede consultar el trabajo de Florencia Durán “Principio de Lesividad: Tenencia de Estupefacientes para Consumo Personal”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Máximos Precedentes, Derecho Penal, Parte General, Directores Mauro A. Divito y Santiago Vismara, Tomo I, La Ley, 2013, páginas 3 a 118.

dignidad y autonomía en el ejercicio y disponibilidad del bien. Piénsese en el ejemplo que daba la doctrina anteriormente donde para algunos la violación de la prostituta no entraba en el rango del injusto típico,⁶ hoy ideas abandonadas justamente por la conceptualización del real bien jurídico en juego, que no es otro que la libertad sexual de la persona.

2. Referencia al consentimiento

Al determinar el bien jurídico y contenido que la norma protege, es necesario precisar si la disponibilidad del mismo es facultad o un derecho del propio titular en exclusividad o bien, existen otros cotitulares o razones que impidan una disponibilidad absoluta. Si es afirmativa la respuesta sobre la disponibilidad del propio titular, como en el caso de la disposición sobre su cuerpo que corresponde en principio⁷ a la propia persona, independientemente de los motivos generadores del trato o vínculo sexual, el análisis se va a conformar por la aquiescencia que se determina en el acuerdo o consentimiento del titular del bien jurídico según la clasificación que se adopte conforme la inclinación de la teoría seguida, ello nos lleva a sostener que, si es una persona capaz y presta su consentimiento para el acto sexual, aunque el mismo sea por un precio, o en su caso, sea promovido o facilitado el ejercicio de la prostitución, como la misma no es delito en nuestro ordenamiento y si esta conducta se lleva a cabo sin perjudicar derechos de terceros, el acuerdo prestado por su titular implica la atipicidad objetiva de la conducta, ya que precisamente, para que exista un tipo penal en estos casos, se deben utilizar medios que vulneren y lesionen la aquies-

⁶ Se puede consultar: Buompadre, Jorge, *Tratado de Derecho Penal Parte Especial* (3ª edic.), Buenos Aires: Astrea, p. 426. El autor cita las opiniones de Ramos y Giménez de Asúa los que sostenían que no era posible la violación de la prostituta por carecer sentimiento de honestidad. También Núñez, para quien si hubo pago de precio a lo sumo existe un ejercicio arbitrario del propio derecho pero no un delito. El mismo Buompadre ya formulaba sus críticas acertadas a estos criterios sentando las bases sobre la dimensión real de disposición sexual que igualmente tiene y es acreedora la prostituta.

⁷ Se menciona en “principio” en razón que existe para la doctrina el consentimiento presunto con los requisitos que la misma exige y así también el otorgado en determinadas circunstancias por los sujetos que se hallan en calidad de garantes.

cencia del titular dejando de ser libre el acto realizado, por ejemplo mediante el empleo de violencia, engaño, intimidación, abuso de autoridad o prevalimiento, etc., pero si su titular suministra su consentimiento con un discernimiento real, se da necesariamente la atipicidad legal de la conducta realizada.

En la línea del razonamiento y argumentos mencionados, se enrola Zaffaroni⁸ cuando se refiere a la disponibilidad del bien jurídico como causa de atipicidad conglobante, mencionando la aquiescencia como género y el acuerdo como especie que elimina el elemento normativo de recorte y como causa produce la atipicidad objetiva sistemática en algunos casos y en otros la atipicidad conglobada, pero dándose siempre la atipicidad penal de la conducta, brindando como ejemplo que una cópula no es violación sino se realizó contra la voluntad del titular del bien jurídico, aunque reconoce que en la actualidad existen autores que sostienen que el consentimiento excluye la tipicidad, proveyendo razones sistemáticas para ello, ya que limita el poder punitivo y elimina el presunto conflicto que en la realidad es inexistente con motivo del consentimiento dado por su titular.

El autor menciona otro ejemplo de aquiescencia del titular, donde un tercero interviene en razón de la misma y dentro de los límites otorgados causando lesiones leves como en un acto sexual masoquista, aunque dicho acto no sea adecuado socialmente, el acuerdo otorgado dota de atipicidad a la conducta.⁹

Pareciera ser también la posición de Kindhäuser¹⁰ cuando demarca ciertas diferencias entre el acuerdo y el consentimiento como criterio de exclusión del injusto, precisamente el acuerdo “representa la contracara de un determinado elemento del tipo”, verbigracia en la violación de domicilio que exige el ingreso en contra de la voluntad del derecho de habitación.

⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro (2002). *Derecho Penal Parte General* (2ª edic), Buenos Aires: Ediar, p. 501.

⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl (1981), *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Tomo III, Buenos Aires: Ediar, pp. 519-520. El autor refiere que el sentido de adecuación social en algunos casos resulta insatisfactorio para explicar porque el derecho otorga eficacia desincriminante a la conducta dándose atipicidad de la misma basándose en la aquiescencia del titular. Los límites a la eficacia se deben indagar en el derecho político que restringe el poder punitivo del Estado en virtud del ámbito de privacidad individual consagrado en el principio de reserva (art. 19, CN).

¹⁰ Urs Kindhäuser (2011), “El Consentimiento del el Derecho Penal”, en Buompadre, Jorge (Dir.), *Normativismo en el Derecho Penal. Estudios de Dogmática jurídico-penal*, Resistencia, Chaco: ConTexto, p. 169.

Por ello, hay tipos penales que se construyen con elementos que excluyen la libertad de autodeterminación, como la violencia, la intimidación, el engaño o fraude, etc. presentes en los tipos de abuso sexual, y como estaba prevista anteriormente en el delito de proxenetismo en el derecho Argentino, sobre estos casos en donde se presta el acuerdo, Zaffaroni los menciona como una causal de atipicidad objetiva.

Precisamente porque el acto sexual en sí mismo no puede constituir un delito si el mismo no ataca lesionando o poniendo en peligro al titular real de la disponibilidad sobre dicho bien jurídico, haciendo una analogía como argumento de razonamiento, al no ser la prostitución un delito, no puede restarse validez al consentimiento del titular del bien jurídico que dispone de su propio cuerpo y con discernimiento real sobre el alcance del acto, ya que ello implicaría aplicar un criterio paternalista intolerable que en algún punto marca el autoritarismo de la regulación normativa, en igual sentido se pronuncia Zaffaroni¹¹ al sostener:

Tampoco puede excluirse el consentimiento cuando puede objetarse que afecta las buenas costumbres, una pauta ética transpersonalista o porque la acción no constituye un medio de desarrollo del individuo, porque no solo no hay norma penal que limita esa libertad, a diferencia de otras legislaciones, sino porque su relevancia denota el paternalismo de la solución cuando es el propio estado quien define qué es lo contrario al portador del bien jurídico.

En la misma dirección se muestra la doctrina mayoritaria sobre el consentimiento otorgado por su titular sobre un bien jurídico de cohorte individual, dando como efecto la atipicidad de la conducta, así se refiere Bacigalupo: “pues en tales supuestos los bienes jurídicos están a disposición de su titular y, dado su acuerdo para su menoscabo, no cabe pensar en una lesión necesitada de justificación”.¹²

En este razonamiento de interpretación dogmática y teleológica del bien jurídico como de la eficacia del acuerdo,¹³ se puede concluir que existe una

¹¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro (2002), *Derecho Penal Parte General* (2ª edic.), Buenos Aires: Ediar, p. 502.

¹² Bacigalupo, Enrique, “Consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal españoles”, *Derecho Penal* N° 1, Juris, Rosario, septiembre de 1992, pp. 53 y ss.

¹³ Se podría analizar el tipo del 125 bis al no contener medios que vulneran la autodeterminación en el campo de la libertad sexual, el consentimiento dado implica una disponibilidad que opera como atipicidad conglobante de la conducta, precisamente al no constituir la prostitución un delito.

grave contradicción en la construcción de la fórmula legal de los tipos 125 bis y 127 incorporados por la Ley N° 26842.

3. Sucinta referencia crítica dogmática a los tipos del 125 bis y 127

En el actual artículo 125 bis (Ley N° 26842) que trata del proxenetismo, queda evidenciado las deficiencias incurridas por el legislador al crear la figura en cuestión. Si bien el delito del proxeneta encontraba regulación legal antes de la reforma, la ley, con acierto, incardinaba en el caso de los mayores de edad que es el punto de este análisis, no solo en los motivos al sostener que el agente debía actuar “con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos”, lo que daba lugar a la doctrina para sustentar que estábamos en presencia de un delito subjetivamente configurado de tendencia sexual,¹⁴ sino también en los medios compulsivos o intimidatorios que afectaban a la libertad sexual del sujeto pasivo, los que debían estar presentes en la conducta para ingresar como injusto típico.

Con la reforma, para la figura del proxeneta se eliminaron estos medios, agregándose expresamente en el texto legal la ineficacia del consentimiento de la persona que ejerce la prostitución, lo que implica regular limitando la libertad en un bien jurídico que por antonomasia y conforme las razones que dotan de su contenido es esencialmente disponible por su titular, denotando una restricción arbitraria que no se compadece con el plexo constitucional. Así directamente se contrapone con el principio de reserva consagrado por nuestro artículo 19 de la Constitución Nacional y con el principio de lesividad que limita el poder represivo del Estado, y si se analiza globalmente, inclusive con documentos internacionales sobre la violencia, por ejemplo la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de

¹⁴ Buompadre, Jorge (2009), *Derecho Penal Parte Especial* (3ª edic.), Tomo I, Editorial Astrea, p. 471. El autor citado con acierto explica que el agente debe actuar con una finalidad determinada, siendo precisamente uno de los fundamentos de la represión de la conducta, a lo cual se agrega la utilización de los medios (engaño, abuso de una relación de dependencia o poder, violencia, etc.) compulsivos o intimidatorios que lesionan o vulneran la autodeterminación en el ámbito sexual de la persona, este es el punto decisivo para sostener que la conducta ataca el bien jurídico tutelado por la norma.

Belén Do Pará),¹⁵ que regula entre otros actos de violencia contra la mujer en su art. 2 a la prostitución forzada, como así también menciona la violación, abuso sexual, etc., lo que conlleva interpretar en sentido contrario, que el ejercicio libre de la prostitución como acto de voluntad y disponibilidad propia del titular del ente (bien jurídico libertad sexual) no constituye violencia.

Pero ella no es la única contradicción grave en la que tropieza el legislador, sino que como lo hace ver Buompadre,¹⁶ “el legislador insistió en mantener la utilización de términos tan vagos y ambiguos” donde las conductas típicas son indeterminadas, así cabría preguntarse cuál es el sentido preciso de los verbos “promoviere o facilitare” expresados en la norma. Sin dudas, el margen de rellanado de conductas posibles, lleva a lesionar directamente el principio de legalidad y reserva de raigambre constitucional (art. 18 y 19, CN) que implica una garantía insoslayable, ya que los principios informan las instituciones penales, permitiendo una comprensión sistemática del ordenamiento punitivo y evitando contradicciones internas en el mismo.

Existe también una regulación de la norma reformada cargada de subjetividad, por la presunción incurrida en la construcción del tipo por el legislador, que podría ser catalogada como una interpretación extensiva analógica absolutamente restringida en materia penal, lesionando además el mentado principio de legalidad, y en algún punto la presunción de inocencia del agente.

Póngase cuidado en lo siguiente, cuando el texto legal sostiene expresamente “aunque mediere el consentimiento de la víctima”, está presuponiendo en un grado intolerable, que la persona ha sufrido un ataque en grado de afectación jurídica sobre su entidad valorativa o bien jurídico, lo que es descabellado si se analizan los demás elementos de tipo, donde no existen los medios compulsivos, intimidatorios o abusivos como requisitos que vulneran la libertad de la persona, por ello y como lógica consecuencia, nunca puede ser “víctima” al ejercer un derecho subjetivo de disposición de su bien.

¹⁵ Se puede consultar para su aplicación sobre violencia de género: Buompadre, Jorge Eduardo (2013), “Violencia de Género, Femicidio y Derecho Penal”, Los nuevos delitos de género, Alveroni Ediciones, p. 26.

¹⁶ Buompadre, Jorge Eduardo (2013). *Temas Fundamentales de Dogmática Penal y Política Criminal, Un homenaje a los profesores Claus Roxin y Miguel Polaino Navarrete*, “Género, Violencia, Explotación y Prostitución. Una visión crítica de la política criminal Argentina en las recientes reformas del código penal, con especial referencia a la ley N° 26.842 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus víctimas, Ed. ConTexto, N° 8, año 2013, p. 81

El origen etimológico de la palabra víctima proviene del latín, (Del lat. víctima) y contempla lo siguientes significados:

1. *Persona o animal sacrificado o destinado al sacrificio.*
2. *Persona que se expone u ofrece a un grave riesgo en obsequio de otra.*
3. *Persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita.*
4. *Persona que muere por culpa ajena o por accidente fortuito.*

La Organización de las Naciones Unidas, en el VI Congreso (Caracas 1980) y el VII Congreso (Hilan 1985), se sostuvo que el término “víctima”, puede indicar que la persona ha sufrido una pérdida, daño o lesión, sea en su persona propiamente dicha, su propiedad o sus derechos humanos, como resultado de una conducta que:

- a) Constituya una violación a la legalización penal nacional.
- b) Constituya un delito bajo el derecho internacional, que implique una violación a los principios sobre derechos humanos reconocidos internacionalmente.
- c) Que alguna forma conlleve un abuso de poder por parte de personas que ocupan posiciones de autoridad política o económica, haciendo lugar a víctimas del poder en un lugar determinado.

En el VII Congreso de las Naciones Unidas, se llegó a la conclusión de manejar a las víctimas en dos grupos: las víctimas de delitos y los de abuso de poder,

- A) Víctimas de delitos (artículo 1º). Se entenderá por víctimas las personas que individual o colectivamente hayan sufrido daños, incluidas 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, incluida la que prescribe el abuso del poder.
- B) Víctimas del abuso del poder: (artículo 18). Se entenderá por víctimas las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, incluidos lesiones, físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violan normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos.

Para la rama de la Sociología es víctima “la persona sobre quien recae la acción criminal o sufre en sí misma, en sus bienes o en sus derechos, las consecuencias nocivas de dicha acción”.¹⁷

El actual Código Procesal Penal de la provincia del Chaco, enrolado en los parámetros nacionales e internacionales del respeto por la persona ofendida por el delito, en su actual artículo 94 menciona expresamente a la víctima del delito consagrando una serie de facultades procesales. Así la misma tiene derecho de ser informada debidamente, mencionando entre otros derechos la posibilidad de constituirse en parte querellante para impulsar el proceso tendiente acreditar el hecho delictuoso y la responsabilidad penal del imputado, como también la posibilidad de constituirse en actor civil a fin de ejercer la acción civil resarcitoria.

Podemos ver sin mayor hesitación que el punto neurálgico para determinar la calidad de víctima, implica un daño o riesgo de daño causado por otro u evento fortuito en su bien jurídico amparado por el ordenamiento.

El tipo de 125 bis, al mencionar a la víctima del delito, construye un concepto artificioso que no se relaciona con el sujeto que ha padecido un daño o peligro sobre su entidad valorativa, ello quiere decir que el Estado, se abroga el derecho basado en una construcción irrazonable de decir que una persona es víctima, cuando en realidad nunca sufrió un detrimento o disminución en su bien, lo que lleva a lo referido ut-supra sobre la presencia de un Estado con ideologías paternalistas y absolutas.

Una disquisición del concepto víctima que se encuentre reñido con un lenguaje coloquial y jurídico, que en la especie coinciden en sus rasgos fundamentales, implicaría una interpretación analógica *in malam partem*, absolutamente vedada en el derecho penal. La fuerza de la prohibición de la analogía es su fuerza como argumento que respeta los principios fundamentales de un derecho penal de mínima intervención, garante de un Estado de Derecho, este argumento se avoca en favor de una interpretación de leyes penales que se atengan lo más estrechamente que sea posible al texto dado por el legislador, en favor de que se discuta mediante argumentos la significación cotidiana y jurídica de las palabras, para evitar una interpretación extensiva que ponga en crisis el principio de legalidad, del cual deriva ciertamente la prohibición de la analogía *in malam partem o lex strica; lex certa* o mandato al legislador de dotar de

¹⁷ Fairchild, Henry Pratt (1980), *Diccionario de Sociología*, México: FCE, p. 311.

mayor precisión posible al texto legal; prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal *in malam partem* o *lex praevia*, etc.

En relación a la interpretación analógica de la ley, la cual como explica Bacigalupo no siempre está prohibida, ya que toda interpretación requiere cierta analogía como método y argumento, en materia penal solamente se puede prohibir una interpretación analógica extensiva, reposando la fuerza de este argumento en el orden constitucional a fin de garantizar el ámbito de libertad, así dice el autor mencionado: *no es el “sentido posible del texto” lo que dará el límite de la interpretación, sino el “sentido más restringido del texto”. De esta manera la ley puede ser realmente una barrera que no debe superar la política criminal.*¹⁸

El Derecho penal debe tener precisión en su construcción legal y jurídica, debe dotar de contenido técnico a sus palabras para evitar diferentes interpretaciones que se contrapongan o que sean ampliadas, siempre ha de pasar por el filtro de garantías y principios que derivan de nuestra Constitución y el plexo normativo de los Tratados Internacionales, a lo cual se agrega en la actualidad la interpretación de los mismos.

En este cometido la dogmática sirve para precisar el alcance del lenguaje correcto en el derecho penal, evitando como en el caso, primero, que a un concepto de “víctima” se le otorgue un significado distinto del vulgar que coincide con el jurídico en la especie, esto lleva a una extensión de la ley penal abarcando casos y situaciones que no responden ni al concepto semántico sin al sentido teleológico en que se analiza el bien jurídico comprometido, lo que implicaría una extensión analógica prohibida en materia penal.

Por ello me persuade en sostener que el actual tipo del 125 bis, implica una fórmula legal que podría ser tachada de inconstitucional, por lesionar el principio de legalidad y de máxima taxatividad penal, como así también el principio de lesividad, ya que no existe una lesión u afectación que justifique y legitime la intervención punitiva, ello sucede al negar consentimiento al titular del bien jurídico y recurrir el texto legal a un término interpretativo de “víctima” en forma extensiva que se repele con el alcance de dicho término según la doctrina jurídica, la propia ley y el lenguaje cotidiano de valoración social.

¹⁸ Bacigalupo, Enrique (1999), *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, Buenos Aires: Hammurabi, p. 96.

Un criterio similar, se puede observar en Zaffaroni, como consecuencia de la interpretación de máxima precisión o como el autor referido lo menciona principio de máxima taxatividad legal e interpretativa, cuando sostiene:

*el legislador prescinde del verbo típico y cuando establece una escala penal de amplitud inusitada, como cuando remite a conceptos vagos o valorativos de dudosa precisión, el derecho penal tiene dos posibilidades: (a) declarar la inconstitucionalidad de la ley; o (b) aplicar el principio de máxima taxitatividad interpretativa.*¹⁹

Con relación al tipo del 127 que regula la figura de la Rufianería, muchas de las críticas expuestas anteriormente son de aplicación en la especie, por ello se analizará algunos de los elementos singulares que compone el aspecto objetivo del tipo.

El actual 127 en su primer párrafo contiene como conducta típica del agente que “explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, aunque mediere el consentimiento de la víctima”.

La anterior figura regulada por la Ley N° 25087/99, incardinaba en la explotación económica del ejercicio de la prostitución mediante medios violentos o compulsivos, como sostiene Buompadre, que anulaban la voluntad de la víctima y lo arrastraban o mantenían en el ejercicio de la prostitución. El autor referido, con mucha exactitud hacía ver en el análisis de la figura y en ese momento, que estos medios eran necesarios para la explotación económica en el delito de Rufianería para incriminar la conducta y donde el “consentimiento del sujeto pasivo juega un rol preponderante”.²⁰

Por ello increíblemente y en forma contradictoria con la entidad valorativa tutelada jurídicamente por la normativa penal, el nuevo tipo incorporado por la Ley N° 26842, contiene la regulación de una actividad no prohibida, o como lo menciona Buompadre en su nuevo análisis, un caso de “ejercicio libre de dicha actividad”,²¹ circunstancia absolutamente insospechada que nos lleva a teñir el tipo de inconstitucionalidad.

¹⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, ob. cit., p. 117.

²⁰ Buompadre, Jorge, *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo I, ob. cit., p. 475. Correctamente el autor menciona el verdadero contenido del bien jurídico en el delito de Rufianería, que no es otro que la libertad sexual de la persona prostituida.

²¹ Buompadre, Jorge Eduardo, *Temas Fundamentales de Dogmática Penal y Política Criminal*, Un homenaje a los profesores Claus Roxin y Miguel Polaino Navarrete, “Género, Violencia

Continuando con la observación y desde un punto de vista de interpretación semántico-sistemático de la norma teleológicamente comprendida, la conducta de “explotación” marcada en la fórmula legal, enlaza la forma de aprovecharse, de un medio coercitivo, de manipulación, prevalimiento, sujeción o sometimiento hacia algunas formas de explotación sexual, si ello no sucede, no puede existir una conducta típica, ya que cual sería el inconveniente desde el punto de vista del derecho penal, que una persona que ejerce libremente la prostitución sobre su cuerpo, entregue las ganancias a otro sujeto. ¿Esto sería óbice para sostener que el sujeto la explota?, entonces y en este entendimiento, el hijo de la persona que ejerce la prostitución, o la madre de la misma o el padre que también vive de sus ganancias serían sujetos activos del delito de rufianería, parece ser que la respuesta negativa se impone.

Por ello, el derecho penal liberal, respetuoso de las garantías y derechos de sus habitantes, no puede intervenir donde no exista una lesión o peligro efectivo hacia un bien jurídico tutelado, el principio de última ratio debe aplicarse y prevalecer como informador del derecho penal.

Repugnamos la trata de personas o la prostitución forzada, son formas de esclavitud de la era moderna que deben ser castigadas por el derecho penal, podemos incluso sujetar a un juicio moral el disvalor de una conducta como la prostitución, ya que esta actividad denigra a la persona según las pautas y juicios éticos que se profese y la estigmatiza, pero si dicha actividad es realizada por la persona capaz y con discernimiento para el acto, al final del camino es una opción de vida que constituye el ejercicio de la libertad, en eso sí se encuentra interesado el derecho penal en ofrecer tutela efectiva del bien, por ello si pretendemos incriminar el ejercicio de la prostitución, se tendrá primero que legislar como delito en sí misma dicha actividad.

Otra concepción que implique confundir derecho con moral, y que permita expandir las fronteras del derecho penal, transforma al mismo en un derecho autoritario, y crea una moral de bolsillo que encaja perfectamente en el saco de la conveniencia, casi siempre de orden política.

cia, Explotación y Prostitución. Una visión crítica de la política criminal Argentina en las recientes reformas del código penal, con especial referencia a la ley N° 26.842 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus víctimas, Ed. ConTexto, N° 8, año 2013, p. 83.