



Proxenetismo Agravado

Por Victor Hugo Benitez

Colaboración: Dr. Mariano Da Vila.

Art. 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.”

(Artículo sustituido por art. 22 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)

Las agravantes del delito pueden clasificarse de la siguiente manera: aquellos en los que el legislador ha tenido en cuenta el *medio* por cual se vale al autor para lograr doblegar la voluntad de la víctima, medios violentos (*violencia.*), fraudulentos (*engaño*) o, coactivos o intimidatorios (*amenaza, coerción*).

O bien, en virtud de una calidad particular que ostenta el autor *per se* o específicamente en relación a la víctima. Entre ellos podemos indicar los supuestos del inciso 2° y 3° de la norma al hacer referencia a que *el autor fuere ascendiente o cuando fuere funcionario público,*

respectivamente. Y por último, el párrafo 5º configura una re agravante de la pena por la edad de la víctima, al ser menor de 18 años.

La conducta del autor se agravará cuando mediere *engaño*. Por ello debemos entender a toda maniobra o artilugio desplegado sobre la víctima para que a consecuencia de ello se produzca un error o una incorrecta comprensión de la realidad. Así también, la voz *fraude* debe ser entendida como sinónimo¹ de *engaño*.

La *violencia* es el despliegue de una energía física, animal, mecánica, o de cualquier otra índole que es llevada a cabo por el autor sobre la víctima. La misma se dirige a doblegar la voluntad que repele a la realización de los actos de proxenetismo. En efecto, todo acometimiento de fuerza que deba ser soportado por el sujeto pasivo debe ser entendido como violencia, cuando ésta es idónea para ello. En rigor, cuando hablamos de *violencia* estamos ante un supuesto *vis absoluta* o de acción material sobre el cuerpo del sujeto pasivo. Así, también, se incluye dentro del concepto de *violencia* el uso de medios hipnóticos y narcóticos, en virtud del art. 78 del CP.

La *amenaza* debe entenderse como la *vis compulsiva*, es decir, a la intimidación o anuncio de la producción de un mal que constriñe psicológicamente a la víctima de modo tal que la somete a los designios de la voluntad del agresor. La nota característica de esta modalidad es la provocación de un miedo o un temor sobre su destinatario; la víctima actúa a través de una voluntad viciada para evitar el padecimiento de un mal sobre sí o sobre un tercero de su interés. Es pacíficamente aceptado por la doctrina que la *amenaza* debe estar revestida de ciertas características; debe ser *grave*: el mal anunciado debe tener una proporción considerable; *seria*: no debe haber sido propinado en tono irónico o de chanza, sino, como una posibilidad real de que acontezca; *inminente*: se denota que su materialización debe ser próxima en el tiempo; *injusta*: hace referencia a que lo petitionado por el autor no debe poder serle exigible, sino que es una requerimiento antijurídico; *determinada o determinable*: debe colijase que la amenaza debe ser precisada o delimitada en el mal a causarse; *futura*: su formulación debe ser en subjuntivo, es decir, que la acción anunciada sucederá posteriormente a la enunciación. No constituye amenaza, por ejemplo, el anociamiento de un mal causado con anterioridad; *posible*: indica que es pasible de ser materializado el mal advertido; *dependiente de la voluntad del autor*: implica que el mismo autor debe ser capaz de lograrlo. Esto se denomina *governabilidad del daño anunciado*.

¹ BUOMPADRE, Jorge Eduardo. Tratado de Derecho Penal, parte especial. Editorial Astrea. Tomo 1º, Pág. 506.



Cuando la norma hace referencia a la *intimidación o coerción* deben entenderse como conceptos similares a la voz *amenaza*. Ello porque el legislador al momento de redactar la norma se valió de la expresión conectiva “*o cualquier otro medio (...)*” sin utilizar previamente una coma o algún separador con lo cual se infiere que se ha pretendido captar cualquier modalidad que actúe sobre la voluntad de la víctima a nivel subjetivo. Es decir, es una redacción de textura abierta que intenta captar indistintas circunstancias de intimidación.

En el supuesto de *abuso de autoridad* la voluntad de la víctima se ve doblegada a nivel subjetivo a consecuencia de una situación de desigualdad con su ofensor. Existe una relación de superioridad por parte del autor que ostenta un status o potestad propia del cargo. Vale decir, debe tratarse de un poder efectivo (no moral), y este poder debe ser aprovechado para lograr la explotación sexual. Poder sin abuso, no configura la agravante. Entiéndase que la calidad de *autoridad* puede ser jurídica como hecho; piénsese en una relación laboral conforme a la ley de una empleada doméstica en relación a su empleador que la explota sexualmente, o, esa misma relación con empleo no declarado. Indistintamente de ello, lo determinante en esta modalidad es el *abuso* por parte del autor, es decir, debe haber una instrumentalización del sujeto pasivo para que se dé el tipo agravado.

En relación a la *situación de vulnerabilidad*, el legislador ha intentado proteger a víctimas que padecen una determinada afección o padecimiento mental que la colocan en una condición de inferioridad ante el autor². Dos elementos deben verificarse para que la conducta del autor este incardinada en esta agravante; (a) que el autor conozca de la afección o padecimiento de la víctima, y por consiguiente, (b) que se aproveche de esa situación de vulnerabilidad para lograr su cometido. Entendemos que si no existe el conocimiento, ni el aprovechamiento, principalmente, no se configura la agravante sino que debe ser reconducido a la figura básica. Adviértase que aquí existe una presunción *iuris tantum* acerca de la carencia de capacidad para consentir por parte de la víctima para la explotación, lo cual deberá ser materia de probanza en el caso judicial si ello pretende ser refutado. Bien podría ocurrir que el estado de vulnerabilidad sobrevenga posteriormente a los actos de explotación, o que la “víctima” haya tenido plena capacidad para prestar el consentimiento aún con

2 BUOMPADRE Jorge E., Ob. Cit.

un padecimiento mental. Por ejemplo, podría ser el caso de una debilidad mental leve, o una oligofrenia, la cual se ha discutido si integra el cuadro de enfermedades mentales en sentido estricto.³ La fórmula legal congloba distintos tipos de vulnerabilidad que pueden ser de orden físico o congénitas que bien puede ser permanente o transitoria; empero lo determinante es que la afección propicie la connivencia autor-víctima/explotación.

El último supuesto del inciso 1º, la *concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima*. Aquí lo que se pune es la afectación a la voluntad de la víctima que no es tenida en cuenta, sino, que es superada por el *pago o beneficio* a quien tiene *autoridad* sobre ella. Verbigracia, el caso de un *Rufián* que abona un determinado canon al padre de una mujer para que logre convencerla que ésta se prostituya. Nótese como esta modalidad se erige sobre el consentimiento de la víctima, es decir, el precio pagado al que ejerce autoridad sobre la víctima veda toda posibilidad de un consentimiento libremente prestado por ella. Ergo si no hubiera pago y la víctima decidiera explotar su cuerpo, ése consentimiento sería libremente prestado y convertiría en atípica la conducta del autor. Con lo cual se denota un nuevo ilogicismo en la redacción de la norma, y un redactar presuroso por parte del legislador. De ser consecuente con su intención, la voluntad legisferante – quitarle relevancia jurídica al consentimiento- debería haber quitado esta modalidad agravatoria para así ser consecuente con su pretensión. Amén de que entendemos que el consentimiento sigue teniendo relevancia jurídica desincriminatoria, como lo explicáramos al momento de analizar la figura básica.

Las agravantes enunciadas en el inciso 2º hacen referencia a una determinada calidad que ostenta el autor y a consecuencia de las cuales la conducta tiene un mayor desvalor de acción. Es así que revestir la calidad de *ascendiente, descendiente o a fin en línea recta*, implica que las personas están unidas por un vínculo de sangre sin límite de grados. Indistintamente que el vínculo provenga de una relación matrimonial o extramatrimonial.

La agravante también alcanza a los conyugues –expresión moderna que está en consonancia con la Ley de Matrimonio Igualitario, ley N° 26.618-; a lo que también se ha agregado el *conviviente* con lo cual la norma quiere abarcar el supuesto del concubino –con idéntico designio a la Ley N° 26791-. Cabe aclarar que, llamativamente, no quedan abarcados los vínculos jurídicos derivados de la adopción, ya sea, plena o simple, como también se excluye al hermano.

3 FRIAS CABALLERO, Imputabilidad penal, p. 224.



Será agravada la conducta cuando el autor fuera el *tutor o curador*, calidad jurídica que surge del art. 377 y 468 del Código Civil respectivamente. Al decir de BUOMPADRE el fundamento de la agravante debe buscarse en la violación de los deberes particulares inherentes al cargo o a las obligaciones asumidas voluntariamente por el autor. A lo que se puede agregar que el tutor o curador es aquella persona que tiene a su cargo el cuidado del tutelado, con lo cual, la violación a ese deber es en donde afínca la razón de ser del aumento de la respuesta punitiva⁴.

En relación a la expresión *autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no*, el legislador ha tenido una sabia decisión en la forma en que ha redactado el supuesto típico. Porque mediante esta confección ha quedado zanjada la duda que anteriormente traía la voz sacerdote, referida a si solo incluía a las personas que ejercían el culto reconocido oficialmente por el Estado, o si también quedaban incluidos los miembros de otras religiones, cultos o creencias. Actualmente queda comprendida a todo ministro religioso, indistintamente que la religión este o no reconocida por el Estado. Debe destacarse que para que se configure la agravante el autor tiene que aprovecharse de su calidad para lograr doblegar la voluntad de la víctima. De lo contrario, si el sujeto pasivo no conoce de la calidad especial de su autor, y este no aprovecha esa condición, no se daría el supuesto agravado y se reconduciría la conducta al tipo básico.

El *encargado de la educación o de la guarda de la víctima*, debe entenderse por aquella persona que tiene a su cargo la función de instruir o enseñar; independientemente que la realice de manera permanente o transitoria. Así pues, reviste tal calidad quien la ejerce de manera institucionalizada (un docente universitario o secundario, vgr.), o quien lo hace particularmente (docente a domicilio, por ejemplo).

Encargado de la guarda es aquel que tiene a su cargo el cuidado de la víctima. La cual puede ser permanente o transitoria y derivada de una relación jurídica o no. Lo que exige el tipo es que haya habido un encargo, es decir, que haya un deber de cuidado por parte del autor con respecto a su víctima.

4 BUOMPADRE, Jorge E., Ob. Cit.

Todos los supuestos descritos en este inciso son delitos especiales impropios, vale decir, antes bien, es indispensable revestir la calidad enunciada en la norma para poder ser autor de estas modalidades típicas. De lo contrario, la acción deberá ser subsumida en el tipo básico del primer párrafo de la norma.

En lo que atañe al Inciso 3º, estamos en presencia de calificantes que aumentan el *quantum* de la pena también en razón de la calidad especial que reviste el autor. En el primer supuesto cuando fuera *funcionario público*, hace referencia a una condición que surge de la propia norma penal, cuya definición está dada en el art. 77 del CP. Debe entenderse por “funcionario público” y “empleado público”, a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.

En el supuesto de los *miembro de la fuerza de seguridad, policial o penitenciaria*; en donde por fuerza de seguridad debe entenderse a todo dependiente de una organización estatal, verticalizada y militarizada; como ser, Prefectura, Gendarmería, Secretaria de Inteligencia del Estado (SIDE), etc. En tanto que por miembro policial o penitenciario, ambos, pueden ser pertenecientes a la órbita provincial o nacional; quedando integrado aquí a la Policía de Seguridad Aeroportuaria por ejemplo. Cabe aclarar, que si bien la norma no lo dice, así debe entenderse, que el miembro de cualquiera de estas agencias debe lograr la conducta durante el ejercicio o en ocasión de sus funciones; de modo tal que si ello no fuera así, no se dará la agravante. No requiere la agravante que el autor abuse del cargo o su función para lograr el objetivo ilícito, sino que se exige solamente dicho cargo o condición. Compréndase que el fundamento de la agravante subsiste sin que el autor se aproveche de la condición que ostenta.

La última de las agravantes se da cuándo *la víctima fuere menor de dieciocho (18) años*, aumentando en su mínimo y su máximo a cinco (5) años la escala agravada. El límite etario elegido por el legislador no es discrecional, sino, que deviene a consecuencia del art. 2 de la Ley N° 23849 (Convención sobre los Derechos del Niño) en donde se establece que hasta los dieciocho años se considera a la persona como niño. Es por ello que el redactor utiliza este límite para demarcar la agravante del tipo básico. Adviértase, que la edad de la víctima debe ser conocida por autor, le debe constar; de lo contrario, si ignora o está en un caso de error, el tipo calificado no se perfecciona.



Rufianeria

Art. 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.”

Introducción

El delito de *Rufianería* ha tenido en la legislación argentina distintas modalidades en su tipificación. Este tipo penal tuvo vigencia mediante las leyes 17.567 y 21.388 con una redacción y estructura diferente a la que se encuentra en vigencia. La ley 25.087, que re introdujo la figura, altero

el núcleo típico del delito introduciendo una figura que gira en torno a la *explotación económica de la prostitución ajena*.

En su redacción original la *Rufianería* consistía en hacerse mantener por una persona que ejercía la prostitución; redacción que mereció críticas por parte de la doctrina dado que la conducta hacía caer en la incriminación circunstancias que podrían, en el caso concreto, no ser delictivas (el hijo de la prostituta que pagaba sus estudios superiores con el producto del ejercicio de la prostitución de su madre).

La Ley 25.087 introdujo en el art. 127 del Código Penal una forma de Rufianería novedosa en nuestra legislación. Como dijimos, el nuevo tipo penal introducido por la reforma integral de los delitos sexuales consiste en *explotar económicamente la prostitución ajena*.

La prostitución es la entrega del propio cuerpo, de manera promiscua, habitual y por precio⁵. Esta actividad no constituye un ilícito per se, siendo incriminadas conductas que giran en torno a la prostitución (Proxenetismo Ley 12.331, Rufianería, Trata de Personas, etc.)

Bien Jurídico Protegido

Luego que la reforma de la Ley 25.087 modificara el nomen iuris del Título III del Código Penal, sustituyendo el vetusto y criticado concepto de *Honestidad* por el de *Integridad Sexual*, - el cual merece críticas también - la norma se acerca bastante al objeto de protección de este tipo penal. Es así, que la Integridad Sexual sustituyó el concepto de *Honestidad* el cual contenía en su núcleo una idea impregnada de moralina y misoginia. Esto se deduce del propio sentido que lleva el término honestidad, el cual, a decir de SOLER, "... se verá que de los sentidos generales de la palabra honestidad, solamente los que hacen referencia a la vida sexual son aquí tomados en consideración. "Honestidad" esta empleado en el sentido de moralidad sexual".⁶

Honestidad, era un concepto cargado de moral que se acercaba mas al pecado que al delito. Así de manera misógina, la *honestidad* solo consistía en un atributo que gozaban ciertas mujeres que mantenían relaciones sexuales matrimoniales (recuérdese que se penaba también el Adulterio como

5 BUOMPADRE, Jorge E. Tratado de Derecho Penal; Parte Especial Tº 1, Ed. Astrea, Pág. 477

6 SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tº2, Tea, 2000, Pág. 293/294



delito exclusivo de la mujer), dado que la referencia sexual solo puede concebirse desde la mujer y para la mujer, es decir, solo le interesaba a la norma la honestidad femenina (*mujer honesta*); ya que el mismo concepto carece de significación penal si es aplicado en un hombre.

La idea de Integridad Sexual tampoco resulta suficiente explicar la complejidad de los tipos contenidos en este título. *Integridad*, por su giro lingüístico, nos acerca a la idea que la agresión sexual recae sobre la integridad corporal o sexual de la víctima, es decir, que existe una afectación en el cuerpo de la víctima; hechos estos que verifican en los tipos de *abuso* (Vgr. Arts. 119 y 120 del CP) pero que no en todos los casos se manifiestan. Un ejemplo paradigmático de la insuficiencia del concepto *Integridad Sexual* es el tipo penal que analizamos aquí.

La agresión se centra sobre la libertad de la persona, que es obligada *abusivamente*⁷ a entregar el producto del ejercicio de la prostitución al *rufián*. Indudablemente bajo este prisma el Bien Jurídico protegido contiene varias aristas, siendo un delito *pluriofensivo*. SOLER afirmaba que “En consecuencia, no obstante la literalidad del título que pasamos a examinar, aquí entra en juego un complejo de bienes jurídicos, según lo muestra el examen particularizado de las figuras”⁸.

El bien jurídico *Integridad Sexual* no representa, ni jurídica ni conceptualmente, la protección más relevante que la norma contiene en el título tercero del Código Penal argentino.

La doctrina ha concluido en que el Bien Jurídico preponderante en este título es la *Libertad Sexual* de las personas; amén que en el tipo analizado el Patrimonio sea también objeto de agresión. La *Libertad Sexual*, como bien jurídico protegido, puede conceptualizarse como el hemisferio de la Libertad Personal que se refiere a la sexualidad de las personas. Así como existe una Libertad de Opinión, de Asociación o de Organización; la sexualidad se asienta sobre la idea general de Libertad.

La Libertad Sexual comprende un aspecto *positivo* consistente en la posibilidad del sujeto de relacionarse sexualmente en libertad, según su parecer y con quien mejor le plazca, sin injerencias

7 Explicaremos el sentido de esta afirmación y su relación con el Consentimiento más adelante.

8 SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tº2, Tea, 2000, Pág. 295.

que lo condicionen en su elección. Y su contracara, o aspecto negativo de dicha libertad, que impone el derecho a repeler o rechazar la intención de otro, de involucrarlo en un contexto de contenido sexual sin su consentimiento. Así el sujeto puede disponer de su sexualidad, siendo libre para auto determinarse sexualmente sin agresiones que lo condicionen en su elección sexual consciente.

Consentimiento

En la redacción original, el consentimiento de la víctima jugaba un papel axial en la consumación del tipo penal. Esto se entendía analizando sistemáticamente la estructura del injusto, el cual exigía como presupuesto de consumación la presencia de determinados medios que el autor debía ejercer para doblegar y lograr que el producto de la prostitución le sea entregada en forma total o parcial. Así, el delito requería como presupuesto que la explotación se produzca mediando *engaño, abuso coactivo, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción*. Es decir que, si la entrega de las ganancias por parte de la persona que se prostituye se realizaba de manera voluntaria al *Rufián*, sin que mediaren conductas que vicien el consentimiento, la conducta era atípica. BUOMPADRE reafirma esto al decir "... A la vista del tenor del precepto, entonces, lo que determina la incriminación de la rufianería no es la mera explotación económica de la prostitución ajena, en la que el consentimiento del sujeto pasivo juega un rol preponderante, sino el empleo de medios violentos o compulsivos que anulan la voluntad de la víctima y la arrastran o la mantienen en el ejercicio de la prostitución"⁹.

La reforma operada por la ley 26.842 pretendió alterar la conformación sistémica del injusto eliminando los medios fraudulentos, violentos o coactivos del tipo básico, reubicando los mismos en el segundo párrafo del propio artículo 127 como figuras agravadas. En una interpretación integral, podemos concluir que esta reforma importa la consagración de la voluntad del legislador encaminada a eliminar el consentimiento del sujeto pasivo como circunstancia desincriminante. Por ello bajo este prisma, y en principio, si la persona prostituida consiente ser explotada por el *Rufián* el tipo penal se vería consumado de todas maneras. Esta solución se engarza coherentemente con tipos penales que utilizan la misma estructura en su redacción (Trata de Personas, Abuso Sexual donde el sujeto pasivo es menor a 13 años, etc.).

Empero, haciendo un análisis semántico del núcleo de la conducta típica, debemos adelantar nuestra posición contraria a sostener que luego de operada la reforma de la ley 26.842 el

⁹ BUOMPADRE, Jorge E. Ob. Cit., Pág. 475.



consentimiento haya dejado de influir en la consumación del ilícito penal en cuestión. Es más, entendemos que en núcleo de la acción en el delito de *Rufianería* no ha sido modificado por la reforma, por lo que la acción típica se mantuvo inalterada y sigue consistiendo en *explotar económicamente la prostitución ajena*. Entendida así la figura, el giro verbal utilizado originariamente por el legislador, *explotar*; no se ha visto modificado por la nueva ley, que solo se limitó a eliminar los medios típicos exigidos por la norma.

Como principio general debemos afirmar que la utilización del lenguaje por parte del legislador, y en especial del legislador penal, debe respetar los principios constitucionales que impiden que los términos contenidos en la ley sean oscuros o ininteligibles. Es decir, si el legislador pretende respetar el *Principio de Legalidad* penal, debe hacer uso de conceptos lingüísticos unívocos que permitan al ciudadano común entender la manda punitiva. Por ello, la univocidad de los conceptos utilizados en la norma es una exigencia constitucional.

Esto nos lleva a concluir que el concepto que conforma el núcleo de la acción típica, *explotar*, no se ha visto alterado por la reforma; y dicho término corresponde a una sola y posible interpretación de su sentido lingüístico. Así el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (Edic. XXII; Artículo enmendado, avance de la XXIII edición) nos dice que debe entenderse por *explotar*: 3 Utilizar abusivamente en provecho propio el trabajo o las cualidades de otra persona.¹⁰.

Por ello, si el término o concepto contenido en la norma mantiene su significación lingüística, solo es posible una interpretación al respecto, la cual surge indudablemente de respetar el alcance de dicho concepto utilizado.

Con esto quiero decir que si el concepto que conforma el núcleo de la acción típica no ha sido alterado por la reforma de la ley 26.842 y se mantiene su significación gramatical; por más que se hayan derogado los medios violentos, fraudulentos o coactivos del tipo básico la conducta sigue girando sobre la idea de *utilizar abusivamente* a una persona; es decir *explotarla*. Esto nos acerca a la conclusión que si la conducta contenida en el tipo penal sigue siendo la misma, *explotar la*

¹⁰ <http://lema.rae.es/drae/>

prostitución ajena, y la definición del término *explotar* consiste en aprovecharse *abusivamente de otra persona*; el consentimiento sigue siendo un factor desincriminante en el tipo penal en estudio.

Ello es así, en primer lugar, porque la acción típica no se ha alterado; la conducta sigue siendo *explotar*. Por otro lado el concepto de *explotar* en la lengua castellana es *unívoco*, por lo que no podemos concluir razonablemente que el legislador haya creado un concepto propio contrario al entendimiento común del término *explotar*. Y, si lo hiciera, afectaría el Principio de Legalidad haciendo oscura e inentendible la norma punitiva.

Para concluir que el *consentimiento* de la víctima es inocuo en la consumación del tipo penal del art. 127 del CP el legislador debió derogar o modificar el núcleo de la acción típica, no siendo suficiente la eliminación del tipo básico de los medios violentos, fraudulentos o coactivos. Recuérdese que la idea de *explotar* como concepto, lleva ínsito el germen de una figura de *abuso*; esto es que no basta la acción típica del sujeto que se sirve o vive de la prostitución ajena (así lo exigía el tipo derogado, y ésta fue una de las razones de la reforma de la 25.087); sino que el tipo exige algo más. Explotar, como su significado gramatical lo afirma, consiste en *abusar*, es decir *instrumentalizar* o *cosificar* a la persona víctima del delito.

Por ello, en respeto a la coherencia y univocidad de los términos lingüísticos contenidos en la norma, no podemos aceptar razonablemente *que una persona consienta ser explotada* por que ambos términos, *explotación* y *consentimiento* se excluyen lógicamente y gramaticalmente.

Si una persona consiente una acción sobre sí, no es una persona explotada. Y si una persona es explotada, indefectiblemente no ha consentido esa acción. Concluir algo distinto es ir a contrapelo del sentido gramatical, conceptual y semántico del lenguaje. Caeríamos en la ilogicidad entender que una persona puede *consentir ser abusada sexualmente con acceso carnal (violada)*, o *aceptar ser privada ilegalmente de su libertad*. Si la persona consintió libremente ser accedida carnalmente, esta circunstancia excluye la idea de *violación*, por estricta aplicación del principio de *auto contradicción*. No hay violaciones consentidas, ni secuestros con consentimiento; hay en todo caso, relaciones sexuales libremente aceptadas¹¹.

Entiendo como conclusión, que la reforma operada por la ley 26.842. al no alterar el núcleo de la conducta típica – *explotar* – mantuvo la estructura de la acción en los mismos términos que se

¹¹ Tampoco puede hablarse de *víctima que consiente la acción*; como lo afirma el tipo penal; ya que la aceptación de una conducta inocua anula la posibilidad de ser víctima (BUOMPADRE).



verificaban durante la vigencia de la ley anterior. Así, como el legislador debe respetar la univocidad de los conceptos gramaticales que son empleados en las normas para no afectar el principio constitucional de Legalidad, solo puede asignarse al término *explotar* su significación aceptada por la Real Academia Española de la Lengua. Si el concepto *explotar*, en su significación gramatical y lingüística implica el *abuso* de otra persona, es decir su instrumentalización o cosificación, la eliminación de los medios típicos no altera la influencia desincriminante del consentimiento del sujeto pasivo, ya que la propia acción típica así lo exige como término unívoco del lenguaje.

Indudablemente, si la intención del legislador es eliminar el consentimiento como factor desincriminante debe reformar el tipo alterando el núcleo de la acción delictiva, de otro modo la conducta permanece inalterable a pesar de la reforma operada.

No se puede *abusar de una persona con su consentimiento*, aceptar esta idea es contrariar el razonamiento lógico del lenguaje. Por ello al mantenerse el núcleo inalterable, el consentimiento del sujeto pasivo en el delito de *rufianería* torna la conducta atípica.

Acción Típica

La conducta reprochada consiste en *explotar económicamente* el ejercicio de la prostitución de otro; vale decir servirse, u obtener alguna utilidad o provecho; siempre que este beneficio sea de contenido económico; esto se desprende de la propia letra de la ley que exige la explotación *económica*. Queda fuera de toda incriminación la obtención de beneficios distintos a los exigidos por el tipo (Vgr. Beneficios espirituales, estéticos, etc.). El giro verbal *explotar*, en su significación gramatical importa *utilizar abusivamente en provecho propio el trabajo o las cualidades de otra persona*. El concepto se tiñe de un componente abusivo, que importa la necesidad que el provecho se obtenga instrumentalizando o cosificando a la víctima. Esta es la única interpretación posible si se pretende respetar el Principio de Legalidad y la precisión conceptual que el término *explotar* tiene. El término se asienta sobre un elemento abusivo, que importa indudablemente la desincriminación de la conducta ante la presencia de consentimiento libremente prestado por el sujeto pasivo. No puede existir *abuso* y a la vez *consentimiento* dado que ambos conceptos se excluyen. La explicación sobre el particular se encuentra en el apartado Consentimiento, al cual hacemos referencia.

No se exige que el sujeto pasivo se *haga mantener* por la persona prostituida, siendo suficiente que la explote económicamente. Empero si el autor a la vez de explotar a la víctima se mantuviera con el producto obtenido de la explotación, el tipo penal se vería configurado. Como correctamente afirma BUOMPADRE “...El aprovechamiento económico de la actividad no impide que, al mismo tiempo, el agente provea sus propias necesidades o las de un tercero”¹².

La explotación puede ser de la totalidad de las ganancias de la persona prostituida, o solo de una parte, no pudiendo descartarse que la víctima sea explotada por más de una persona. La explotación debe referirse al producto del ejercicio de la prostitución actual, quedando fuera de incriminación la ganancia obtenida del ejercicio de la prostitución futura o pretérita.

La doctrina se preguntó si para la configuración del tipo en cuestión se requería *habitualidad*, (URE, AQUINO, ETC.). Debe entenderse la *habitualidad*, no como una mera sucesión de hechos idénticos, sino, como bien lo expone POLAINO NAVARRETE “...la manifestación de una singular inclinación psíquica del sujeto conectada a un determinado comportamiento de éste”¹³ La habitualidad no es una cuestión cuantitativa, sino cualitativo subjetiva, es decir una particular tendencia del sujeto a hacer de la *rufianería* su modus vivendi. Por ello para verificar la *habitualidad* basta la concreción de un solo hecho, ligado a la tendencia interna subjetiva de realizar de ello una actividad habitual. Empero, no requiriendo el tipo la *habitualidad*, de verificarse este extremo solo podrá utilizarse como parámetro de mensuración de la pena.

Sujetos

Rufián puede ser cualquier persona, la norma al indicar *el que* sistemáticamente nos indica que el tipo penal es indiferenciado no requiriendo el autor cualidad o condición alguna para su configuración. Distinto son las agravantes del segundo párrafo que califican la conducta en razón de la calidad, condición o situación del sujeto activo.

La víctima tampoco requiere cualidad o condición alguna, siendo el rango etario una calificante que se analizara infra.

12 BUOMPADRE, Jorge E.; Ob. Cit., Pág. 477.

13 POLAINO NAVARRETE, Miguel; Los elementos subjetivos del injusto en el Código Penal Español; Pág. 294 y ss.



Tipo Subjetivo

La *rufianería* es un tipo doloso, solo compatible con el dolo directo. El giro verbal utilizado, *explotar*, no admite otra interpretación, dado que la acción es compleja y dirigida subjetivamente a obtener una ventaja económica de la prostitución ajena. Ello importa que las formas dolosas, comunes, indirectas o eventuales queden excluidas del tipo.

Agravantes.

Las agravantes del delito pueden clasificarse de la siguiente manera: aquellos en los que el legislador ha tenido en cuenta el *medio* por cual se vale al autor para lograr doblegar la voluntad de la víctima, medios violentos (*violencia*), fraudulentos (*engaño*) o, coactivos o intimidatorios (*amenaza, coerción*).

O bien, en virtud de una calidad particular que ostenta el autor *per se* o específicamente en relación a la víctima. Entre ellos podemos indicar los supuestos del inciso 2º y 3º de la norma al hacer referencia a que *el autor fuere ascendiente o cuando fuere funcionario público, respectivamente*. Y por último, el párrafo 5º configura una re agravante de la pena por la edad de la víctima, al ser menor de 18 años.

La conducta del autor se agravará cuando mediere *engaño*. Por ello debemos entender a toda maniobra o artilugio desplegado sobre la víctima para que a consecuencia de ello se produzca un error o una incorrecta comprensión de la realidad. Así también, la voz *fraude* debe ser entendida como sinónimo¹⁴ de *engaño*.

La *violencia* es el despliegue de una energía física, animal, mecánica, o de cualquier otra índole que es llevada a cabo por el autor sobre la víctima. La misma se dirige a doblegar la voluntad que repele a la realización de los actos de explotación. En efecto, todo acometimiento de fuerza que deba ser soportado por el sujeto pasivo debe ser entendido como violencia, cuando ésta es idónea para ello. En rigor, cuando hablamos de *violencia* estamos ante un supuesto *vis absoluta* o de acción

14 BUOMPADRE, Jorge Eduardo. Tratado de Derecho Penal, parte especial. Editorial Astrea. Tomo 1º, Pág. 506.

material sobre el cuerpo del sujeto pasivo. Así, también, se incluye dentro del concepto de *violencia* el uso de medios hipnóticos y narcóticos, en virtud del art. 78 del CP.

La *amenaza* debe entenderse como la *vis compulsiva*, es decir, a la intimidación o anuncio de la producción de un mal que constriñe psicológicamente a la víctima de modo tal que la somete a los designios de la voluntad del agresor. La nota característica de esta modalidad es la provocación de un miedo o un temor sobre su destinatario; la víctima actúa a través de una voluntad viciada para evitar el padecimiento de un mal sobre sí o sobre un tercero de su interés. Es pacíficamente aceptado por la doctrina que la *amenaza* debe estar revestida de ciertas características; debe ser *grave*: el mal anunciado debe tener una proporción considerable; *seria*: no debe haber sido propinado en tono irónico o de chanza, sino, como una posibilidad real de que acontezca; *inminente*: se denota que su materialización debe ser próxima en el tiempo; *injusta*: hace referencia a que lo petitionado por el autor no debe poder serle exigible, sino que es un requerimiento antijurídico; *determinada o determinable*: debe colijarse que la amenaza debe ser precisada o delimitada en el mal a causarse; *futura*: su formulación debe ser en subjuntivo, es decir, que la acción anunciada sucederá posteriormente a la enunciación. No constituye amenaza, por ejemplo, el anociamiento de un mal causado con anterioridad; *posible*: indica que es posible de ser materializado el mal advertido; *dependiente de la voluntad del autor*: implica que el mismo autor debe ser capaz de lograrlo. Esto se denomina *gubernabilidad del daño anunciado*.

Cuando la norma hace referencia a la *intimidación o coerción* deben entenderse como conceptos similares a la voz *amenaza*. Ello porque el legislador al momento de redactar la norma se valió de la expresión conectiva “o cualquier otro medio (...)” sin utilizar previamente una coma o algún separador con lo cual se infiere que se ha pretendido captar cualquier modalidad que actúe sobre la voluntad de la víctima a nivel subjetivo. Es decir, es una redacción de textura abierta que intenta captar indistintas circunstancias de intimidación.

En el supuesto de *abuso de autoridad* la voluntad de la víctima se ve doblegada a nivel subjetivo a consecuencia de una situación de desigualdad con su ofensor. Existe una relación de superioridad por parte del autor que ostenta un status o potestad propia del cargo. Vale decir, debe tratarse de un poder efectivo (no moral), y este poder debe ser aprovechado para lograr la explotación sexual. Poder sin abuso, no configura la agravante. Entiéndase que la calidad de *autoridad* puede ser jurídica como hecho; piénsese en una relación laboral conforme a la ley de una empleada doméstica en relación a su empleador que la explota sexualmente, o, esa misma relación con empleo no declarado. Indistintamente de ello, lo determinante en esta modalidad es el *abuso* por



parte del autor, es decir, debe haber una instrumentalización del sujeto pasivo para que se dé el tipo agravado.

En relación a la *situación de vulnerabilidad*, el legislador ha intentado proteger a víctimas que padecen una determinada afección o padecimiento mental que la colocan en una condición de inferioridad ante el autor¹⁵. Dos elementos deben verificarse para que la conducta del autor este incardinada en esta agravante; (a) que el autor conozca de la afección o padecimiento de la víctima, y por consiguiente, (b) que se aproveche de esa situación de vulnerabilidad para lograr su cometido. Entendemos que si no existe el conocimiento, ni el aprovechamiento, principalmente, no se configura la agravante sino que debe ser reconducido a la figura básica. Adviértase que aquí existe una presunción *iuris tantum* acerca de la carencia de capacidad para consentir por parte de la víctima para la explotación, lo cual deberá ser materia de probanza en el caso judicial si ello pretende ser refutado. Bien podría ocurrir que el estado de vulnerabilidad sobrevenga posteriormente a los actos de explotación, o que la “víctima” haya tenido plena capacidad para prestar el consentimiento aún con un padecimiento mental. Por ejemplo, podría ser el caso de una debilidad mental leve, o una oligofrenia, la cual se ha discutido si integra el cuadro de enfermedades mentales en sentido estricto.¹⁶ La fórmula legal congloba distintos tipos de vulnerabilidad que pueden ser de orden físico o congénitas que bien puede ser permanente o transitoria; empero lo determinante es que la afección propicie la connivencia autor-víctima/explotación.

El último supuesto del inciso 1º, la *concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima*. Aquí lo que se pune es la afectación a la voluntad de la víctima que no es tenida en cuenta, sino, que es superada por el *pago o beneficio* a quien tiene *autoridad* sobre ella. Verbigracia, el caso de un *Rufián* que abona un determinado canon al padre de una mujer para que logre convencerla que ésta se prostituya.

15 BUOMPADRE Jorge E., Ob. Cit.

16 FRIAS CABALLERO, Imputabilidad penal, p. 224.

Nótese como esta modalidad se erige sobre el consentimiento de la víctima, es decir, el precio pagado al que ejerce autoridad sobre la víctima veda toda posibilidad de un consentimiento libremente prestado por ella. Ergo si no hubiera pago y la víctima decidiera explotar su cuerpo, ése consentimiento sería libremente prestado y convertiría en atípica la conducta del autor. Con lo cual se denota un nuevo ilogicismo en la redacción de la norma, y un redactar presuroso por parte del legislador. De ser consecuente con su intención, la voluntad legisferante – quitarle relevancia jurídica al consentimiento- debería haber quitado esta modalidad agravatoria para así ser consecuente con su pretensión. Amén de que entendemos que el consentimiento sigue teniendo relevancia jurídica desincriminatoria, como lo explicáramos al momento de analizar la figura básica.

Las agravantes enunciadas en el inciso 2º hacen referencia a una determinada calidad que ostenta el autor y a consecuencia de las cuales la conducta tiene un mayor desvalor de acción. Es así que revestir la calidad de *ascendiente, descendiente o a fin en línea recta*, implica que las personas están unidas por un vínculo de sangre sin límite de grados. Indistintamente que el vínculo provenga de una relación matrimonial o extramatrimonial.

La agravante también alcanza a los conyugues –expresión moderna que está en consonancia con la Ley de Matrimonio Igualitario, ley Nº 26.618-; a lo que también se ha agregado el *conviviente* con lo cual la norma quiere abarcar el supuesto del concubino –con idéntico designio a la Ley Nº 26791-. Cabe aclarar que, llamativamente, no quedan abarcados los vínculos jurídicos derivados de la adopción, ya sea, plena o simple, como también se excluye al hermano.

Será agravada la conducta cuando el autor fuera el *tutor o curador*, calidad jurídica que surge del art. 377 y 468 del Código Civil respectivamente. Al decir de BUOMPADRE el fundamento de la agravante debe buscarse en la violación de los deberes particulares inherentes al cargo o a las obligaciones asumidas voluntariamente por el autor. A lo que se puede agregar que el tutor o curador es aquella persona que tiene a su cargo el cuidado del tutelado, con lo cual, la violación a ese deber es en donde afínca la razón de ser del aumento de la respuesta punitiva¹⁷.

En relación a la expresión *autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no*, el legislador ha tenido una sabia decisión en la forma en que ha redactado el supuesto típico. Porque mediante esta confección ha quedado zanjada la duda que anteriormente traía la voz sacerdote, referida a si solo incluía a las personas que ejercían el culto reconocido oficialmente por el Estado, o

17 BUOMPADRE, Jorge E., Ob. Cit.



si también quedaban incluidos los miembros de otras religiones, cultos o creencias. Actualmente queda comprendida a todo ministro religioso, indistintamente que la religión este o no reconocida por el Estado. Debe destacarse que para que se configure la agravante el autor tiene que aprovecharse de su calidad para lograr doblegar la voluntad de la víctima. De lo contrario, si el sujeto pasivo no conoce de la calidad especial de su autor, y este no aprovecha esa condición, no se daría el supuesto agravado y se reconduciría la conducta al tipo básico.

El *encargado de la educación o de la guarda de la víctima*, debe entenderse por aquella persona que tiene a su cargo la función de instruir o enseñar; independientemente que la realice de manera permanente o transitoria. Así pues, reviste tal calidad quien la ejerce de manera institucionalizada (un docente universitario o secundario, vgr.), o quien lo hace particularmente (docente a domicilio, por ejemplo).

Encargado de la guarda es aquel que tiene a su cargo el cuidado de la víctima. La cual puede ser permanente o transitoria y derivada de una relación jurídica o no. Lo que exige el tipo es que haya habido un encargo, es decir, que haya un deber de cuidado por parte del autor con respecto a su víctima.

Todos los supuestos descriptos en este inciso son delitos especiales impropios, vale decir, antes bien, es indispensable revestir la calidad enunciada en la norma para poder ser autor de estas modalidades típicas. De lo contrario, la acción deberá ser subsumida en el tipo básico del primer párrafo de la norma.

En lo que atañe al Inciso 3º, estamos en presencia de calificantes que aumentan el *quantum* de la pena también en razón de la calidad especial que reviste el autor. En el primer supuesto cuando fuera *funcionario público*, hace referencia a una condición que surge de la propia norma penal, cuya definición está dada en el art. 77 del CP. Debe entenderse por “funcionario público” y “empleado público”, a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.

En el supuesto de los *miembro de la fuerza de seguridad, policial o penitenciaria*; en donde por fuerza de seguridad debe entenderse a todo dependiente de una organización estatal, verticalizada y militarizada; como ser, Prefectura, Gendarmería, Secretaria de Inteligencia del Estado (SIDE), etc.

En tanto que por miembro policial o penitenciario, ambos, pueden ser pertenecientes a la órbita provincial o nacional; quedando integrado aquí a la Policía de Seguridad Aeroportuaria por ejemplo. Cabe aclarar, que si bien la norma no lo dice, así debe entenderse, que el miembro de cualquiera de estas agencias debe lograr la conducta durante el ejercicio o en ocasión de sus funciones; de modo tal que si ello no fuera así, no se dará la agravante. No requiere la agravante que el autor abuse del cargo o su función para lograr el objetivo ilícito, sino que se exige solamente dicho cargo o condición. Compréndase que el fundamento de la agravante subsiste sin que el autor se aproveche de la condición que ostenta.

La última de las agravantes se da cuándo *la víctima fuere menor de dieciocho (18) años*, aumentando en su mínimo y su máximo a cinco (5) años la escala agravada. El límite etario elegido por el legislador no es discrecional, sino, que deviene a consecuencia del art. 2 de la Ley N° 23849 (Convención sobre los Derechos del Niño) en donde se establece que hasta los dieciocho años se considera a la persona como niño. Es por ello que el redactor utiliza este límite para demarcar la agravante del tipo básico. Adviértase, que la edad de la víctima debe ser conocida por autor, le debe constar; de lo contrario, si ignora o está en un caso de error, el tipo calificado no se perfecciona.