



LA LEY N° 26364 DE PREVENCIÓN Y SANCIÓN DE LA TRATA DE PERSONAS Y ASISTENCIA A SUS VÍCTIMAS: DEBATES Y ALCANCES

Claudia Patricia Molina¹

A finales del siglo XIX en la región del Río de La Plata se conformaron las redes de “trata de blancas” para la provisión del incipiente mercado sexual provisto de mujeres traídas desde diversos puntos de Europa.² La trata de mujeres no es un fenómeno novedoso en nuestro país.

El tema no es nuevo, aunque ha sido poco estudiado. En efecto, estudiar el tema de la trata de mujeres para la explotación sexual encuentra un primer obstáculo en la notable ausencia de investigaciones históricas al respecto. Si bien hay algunos antecedentes académicos, éstos abordan el tema colateralmente pues su interés es la prostitución y en general no abordan el período posterior a 1955. Desde la publicación de estas investigaciones históricas hasta el presente no ha habido una producción académica en el país que abordara el tema de la trata como problema estructural en la segunda mitad del siglo XX. En este campo nos encontramos con silencios significativos respecto del recorrido que este tema ha tenido hasta nuestros días y es ello lo que contribuye a que la trata parezca un fenómeno actual.

En la actualidad el interés y el debate sobre este fenómeno se expresan en la promulgación de tratados y normas internacionales que presionan para la elaboración de leyes hacia el interior de las naciones adherentes.

Ante la falta de una ley que criminalizara la práctica de la trata de personas, muchas mujeres se embanderaron en el discurso de Catherine A. MacKinnon quien, desde una posición radical feminista, afirmaba: “Dado que el estigma de la prostitución es el estigma de la sexualidad, que es el estigma del género femenino, la prostitución puede ser legal o ilegal, pero en la medida en que las mujeres no son iguales a los hombres y que la desigualdad está sexualizada, las mujeres seguirán siendo compradas y vendidas como prostitutas, y la ley no hará nada”.³

La ley N° 26364⁴ tipifica el delito de trata y le otorga carácter federal. No obstante, es necesario desmenuzar cuál es el alcance de esa legislación y los argumentos que la sustentaron.

¹ Maestría en Historia y Memoria, UNLP

² Ver Trochon, Yvette: *Las rutas de eros. La trata de blancas en el Atlántico Sur. Argentina, Brasil y Uruguay (1880-1932)*, Montevideo, Ed. Taurus, 2006, Guy Donna (1991): *El sexo peligroso. La prostitución legal en Buenos Aires, 1875-1955*, Buenos Aires, Ed. Sudamericana.

³ MacKinnon: Catharine (1987): “*Sexuality*”, *Toward A Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, USA. Traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. pp. 127 - 154.

⁴ Publicada en Boletín Oficial el 30/04/2008, sancionada el 9/04/08 y promulgada el 29/04/08.



Para iniciar esta tarea analizamos los diarios de sesiones en los que se desarrollaron los acalorados debates que antecedieron a la sanción de la ley 26364. Algunas de las preguntas disparadoras de este trabajo son ¿Qué disputas se evidencian en el debate legislativo previo a la tipificación de este delito? ¿Cómo juegan en estos debates las valoraciones sobre la prostitución? ¿Qué consecuencias tiene esta figura en relación a la defensa de los derechos humanos de las personas explotadas por redes de trata? ¿Cuál es la figura de “víctima” que esta ley construye? ¿cómo los discursos y prácticas de las organizaciones feministas impactaron en la Ley?

Entendemos que las normas son una parte central en la configuración de las orientaciones a cerca de lo que está permitido y lo que no.⁵ Atender las leyes como parte de un universo histórico y social que nos señalan comportamientos aceptables y otros condenables es reconocerlos como productos inmersos en la cultura capitalista y patriarcal, en un marco de relaciones de fuerzas específicas.

Algunas consideraciones sobre género y discurso jurídico

Para la lectura de los debates legislativos previos a la sanción de la “ley de Trata” vamos a tomar las nociones planteadas por la feminista y jurista Alda Facio Montejo⁶.

El Derecho tal cual lo entenderemos en este trabajo “no se reduce a las leyes formalmente generadas sino que se compone del conjunto de leyes que se forman a través de la administración e interpretación de esas leyes formalmente generadas y las leyes que se forman a través de las costumbres, tradiciones, políticas así como del conocimiento y uso que la gente haga de las leyes formalmente promulgadas o interpretadas”⁷.

El fenómeno jurídico, está formado por tres componentes que se interrelacionan. Un primer aspecto formal-normativo, enfocando en las instituciones que las crean, las aplican y las tutelan. Además de las instituciones que crean, interpretan y aplican la ley hay que atender al *contenido* que esas instituciones le dan a esas leyes formalmente creadas al crearlas, ya que es en ese ejercicio que estarán estableciendo otras que no quedan escritas pero que “se pueden sustraer de toda la actividad de la creación y administración de justicia”⁸, este es el componente estructural. Y por último el

⁵ Para una mirada feminista del Derecho ver Facio Montejo: “Hacia otra teoría crítica del Derecho”, en *Género y Derecho*, Santiago, LOM Ediciones, La Morada, 1999.

⁶ Facio Montejo, Alda (1992): *Cuando el género suena cambios trae. Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, San José, C. R.: ILANUD.

⁷ Facio Montejo, Alda, Op. Cit. p. 53.

⁸ Facio Montejo (1992): Op cit pág. 65.



político-cultural que hace referencia a los contenidos una vez convertidos en leyes no escritas, reforzados por medio de las tradiciones, las costumbres, la cultura.

Carol Smart desde una perspectiva radical asume el derecho como una “tecnología de género”⁹, es decir como campo dinámico que constituye y produce sujetos, identidades y prácticas. Ella sostiene que el derecho se constituye en una estrategia creadora de género, que instituye diferencia entre su noción de Mujer respecto de las mujeres, pero también crea la distinción entre la mujer ideal y el Varón, o sea que es uno de los sistemas que producen no sólo las diferencias de género sino formas específicas de diferencias polarizadas.

El derecho crea la anormalidad a través de las categorías de mujer criminal o la prostituta, en contraposición al varón y a la noción ideal de Mujer.

La crítica feminista radical se encauza a mostrar la desigualdad de poder social entre mujeres y hombres en el patriarcado. Esa desigualdad se manifiesta también en el orden jurídico¹⁰. Desde esta perspectiva es posible deconstruir la idea del género del derecho tanto en su teoría como en su práctica y también como señala De Lauretis analizar el derecho obrando como tecnología del género¹¹. Con lo cual el concepto de género reconoce dos dimensiones: 1) como estrategia creadora de género y 2) como discurso con género.

En su trabajo C. Smart¹² no solo analiza la ley sino también las formas de operar, los valores y la ideología de los jueces y en este punto se enlazan con el componente estructural definido por Facio y advierte sobre la significación que tiene el derecho en la teoría feminista, al reconocer que el derecho parte de las representaciones sociales al compenetrarse con la legalización de la vida cotidiana.

El escenario y contexto político del debate

La sanción de la ley se desarrolla en un contexto de preocupación por las víctimas desaparecidas por las redes de *trata*, posible en gran parte por la militancia de organizaciones de mujeres y feministas, quienes visibilizaron el problema y pugnan por una respuesta del Estado en pos de la defensa de las víctimas.

⁹ Smart, Carol. (2000): “La teoría feminista y el discurso jurídico”, en Birgin, Haydee (Comp.) *El derecho en el Género y el Género en el derecho*, Buenos Aires, Biblos. Pág. 40.

¹⁰ MacKinnon, Catherine (1995): *Hacia una teoría feminista del Estado*, España, Ediciones Cátedra,

¹¹ El concepto de tecnología de género hace referencia a la actividad de producir la diferenciación del género. En De Lauretis Teresa (2004): *La tecnología del género*, en *Pensar (en) Género: Teoría y práctica para nuevas cartografías del cuerpo*, Ed. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.

¹² Smart, Carol. (1989). *Feminist and Power of Law*, Londres, Routledge.



En el año 2003, con la llegada de un nuevo presidente al gobierno nacional, se produce un giro en relación con las políticas de construcción de memoria y derechos humanos, con lo que se fue imprimiendo un nuevo tono a las políticas públicas de derechos humanos¹³. Este discurso sobre los Derechos Humanos se inscribe en un relato de “*memoria corta*” acotada a los acontecimientos de los setenta y en este mismo proceso encuadrándola conceptual y temporalmente¹⁴. A la par, distintos grupos de la sociedad civil, afectados por formas de represión en pleno régimen democrático, plantean en sus acciones y discursos, una resignificación del concepto de *derechos humanos*, mostrando entre otras cosas la permanencia de la *desaparición* y la *tortura* como práctica sistemática. Entre otras, aquellas que denuncian la desaparición de mujeres por redes de Trata, son parte de un proceso por el que se viró de una asociación (generalmente masculina y plural) de la categoría “desaparecidos” a otra (femenina y plural) de “desaparecidas”.

El debate en Cámara de Diputados:

El 6 de diciembre de 2006 en Cámara de Senadores se trata sobre tablas el dictamen de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales, elaborado sobre distintos proyectos de los senadores Falcó, Agúndez, Pichetto, Capitanich, Basualdo, Perceval, Giri y otro proyecto más de Perceval y Kirchner, que se refiere a la prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas. En la votación se registraron 55 votos afirmativos, ningún voto negativo y ninguna abstención. El proyecto es aprobado por unanimidad.¹⁵

Por otro lado, se presentan por Cámara de Diputados cuatro proyectos para definir el delito de Trata de personas en nuestro país. En la sesión del día 9 de abril de 2008 se tratan sobre tablas¹⁶ el proyecto del oficialismo que llega desde Cámara de Senadores con media sanción.

Durante el debate interviene exponiendo argumentaciones un total de veintiún diputados¹⁷ de los 184 diputados presentes al momento de iniciar la sesión.

¹³ Catela da Silva Ludmila: “Pasados en conflictos. De memorias dominantes, subterráneas y denegadas”, mimeo.

¹⁴ Sobre el concepto de memorias encuadradas ver Pollak, Michael (2006): *Memoria, olvido, silencio. La producción social de identidades frente a situaciones límite*. La Plata: Ediciones al Margen

¹⁵ DSCSN, 6 de diciembre de 2006, Versión Taquigráfica.

¹⁶ Es moción de tratamiento sobre tablas toda proposición que tenga por objeto considerar inmediatamente un asunto, con o sin despacho de Comisión o de Junta. Los demás proyectos de una Diputada o un Diputado que no hayan sido acordados en la Comisión de Labor Parlamentaria deben ser considerados una vez concluido el tratamiento de los temas previstos en el orden del día. Aprobada una moción de tratamiento sobre tablas, el asunto que la motiva debe ser tratado inmediatamente, con prelación a todo otro.

¹⁷ Sra. Gil Lozano- COALICION CIVICA - ARI - GEN – UPT, Sra. Storni.- Bloque UCR, Sr. Lanceta.- Bloque UCR, Sra. Hotton.- Bloque Pro, Sra. Ginzburg - Frente por los derechos ciudadano, Sra. Augsburguer.- PARTIDO SOCIALISTA, Sr. Erro Bloque: BUENOS AIRES POR EL CAMBIO, Sr. García Méndez.- SOLIDARIDAD E



Aquí privilegiaremos las maneras en que los discursos de los legisladores atraviesan la unidad y coherencia discursiva e ideológica que supondría la pertenencia a una misma organización partidaria. A partir de nuestra lectura de los debates en la Cámara de Diputados de la Nación vemos que los argumentos de los legisladores se encuentran atravesados por las siguientes prenociones:

- 1- Las consideraciones esgrimidas sobre la prostitución.
- 2- El delito de trata como violación de los Derechos humanos de las víctimas.
- 3- Estereotipos asociados a la migración y al género.

Dando inicio al debate algunos legisladores del oficialismo¹⁸ se presentan como los representantes y paladines de una política fundacional: *“somos gobierno nos hemos puesto en la titánica tarea de la reivindicación de los derechos humanos. Nos hemos transformado entonces en una Nación respetuosa de estos derechos”* Ante semejante tarea es urgente que se sancione una ley que tipifique el delito de Trata: *“... que no será perfecta –es algo que puedo reconocer- pero que evidentemente constituye un fuerte paso en la persecución de este aberrante delito...”*.

En relación a las representaciones y valoraciones que los legisladores presentaron en el debate en correspondencia a la prostitución, encontramos al menos dos posiciones que se entrelazan con la noción de “consentimiento”.

Por un lado se entiende que la prostitución debe discriminarse de la Trata ya que *“habrá mujeres que ejercen la prostitución por elección, pero hay otras que son sometidas a esa situación por tratantes y traficantes”*¹⁹ argumenta la diputada Córdoba (FPV).

Sobre esta misma distinción entre Trata y prostitución como situaciones diferentes, se sustentan argumentos opuestos al momento de reconocer la necesidad de que las víctimas de Trata con fines de explotación sexual, deban dar cuenta de la ausencia de su consentimiento.

De esto se desprenden distintas nociones que se manifestarán en la construcción de la figura de víctima de trata, la que finalmente revierte la carga de la prueba, poniendo en una misma situación de sospechosos a la víctima y al tratante.

Considerando que hay diferencias abismales entre las conductas que en la ley se contemplan como “explotación”, un sector de los legisladores propone la necesidad de hacer una discriminación

IGUALDAD (SI), Sra. Torrontegui.- FRENTE JUSTICIA UNION Y LIBERTAD FREJULI, Sra. Ibarra.- ENCUENTRO POPULAR Y SOCIAL, Sr. Acuña.- MOVIMIENTO POPULAR NEUQUINO, Sr. Lozano.- BUENOS AIRES PARA TODOS EN PROYECTO SUR, Sra. Morandini.- MEMORIA Y DEMOCRACIA, Sr. Bonasso.- DIALOGO POR BUENOS AIRES, Sra. Córdoba. FRENTE PARA LA VICTORIA -, Sra. Gerez- PARTIDO SOCIALISTA, Sra. Velarde.- FPV, Sr. Arriaga FPV, Sra. Vázquez de Tabernise.- Partido de la Concertación, Sr. Rossi- FRENTE PARA LA VICTORIA - PJ

¹⁸ Intervenciones de Diputada César y Rossi del FPV.

¹⁹ DSCDN, 9 DE ABRIL DE 2008. Versión Taquigráfica



entre la reducción a servidumbre, la ablación de órganos, la obligación a realizar trabajos forzados y la promoción de comercio sexual. García Méndez²⁰ argumenta que en relación a la explotación sexual, es pertinente puntualizar las especificidades de esta conducta y destacar que en nuestro país el ejercicio de la prostitución no es considerado un delito: *“uno puede pensar que existe trata sin que exista explotación sexual, o que existe explotación sexual sin que exista el delito de trata. Y añade: “Está bien que el consentimiento lo ubiquemos como punto central del debate, ya que paradójicamente debería ser irrelevante para la servidumbre y esclavitud y para la ablación de órganos, pero no para la explotación sexual”*²¹

Así, con el argumento de “no vulnerar la disparidad de situaciones entre quienes ejercen trabajo sexual libremente”²² y quien es víctima de un explotador y por lo tanto acepte su propia explotación, creemos se habilita la confusión.

“Aquí existe un serio problema con el tema del consentimiento. Aclaremos que estamos hablando del consentimiento de mujeres mayores de edad en pleno goce y ejercicio de sus facultades mentales” dijo García Méndez.

Por su parte desde el bloque oficialista coinciden con esta posición cuando el diputado Rossi sostiene que *“lo natural es que diferenciamos entre los menores y mayores de 18 años. En el análisis de una ley que debe fijar hasta dónde llega el tutelaje del Estado, cualquier legislador se encuentra la barrera de los 18 años”*²³.

Esta estrategia resulta en una nueva disolución de aquellas diferencias que se quieren salvar. Una cosa es reconocer que algunas personas pudieran optar por esta actividad, y otra distinta es sostener que aquellas que serían secuestradas, trasladadas y esclavizadas sexualmente tal como la letra de la ley lo define, encontrarían margen para “consentir” o no, su propia explotación. Esta confusión se esgrime como fundamento de su argumentación, sobre la base casi capciosa, de que en nuestro país el ordenamiento jurídico determina que el ejercicio de la prostitución no es un delito.

Así, por ejemplo desde el Partido de la Concertación representado por Vázquez de Tabernise se sostiene que *“si el consentimiento no contara, ¿saben qué estaríamos aboliendo? El libre albedrío”*. Por ello se debería entender que aquellas mujeres que se encuentren en situación de

²⁰ Diputado por el Bloque Solidaridad E Igualdad (SI).

²¹ DSCDN, 9 DE ABRIL DE 2008. Versión Taquigráfica

²² García Méndez Emilio, Asprella Eva y Ploskenos: El problema del consentimiento en el Delito de Trata de Personas, en Demarco Laura y de Isla María de las Mercedes (Comp.) (2008): *Se Trata de nosotras, La trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual*, Ed. Las Juanas, Pág. 281- 296.

²³ DSCDN, 9 DE ABRIL DE 2008. Versión Taquigráfica



prostitución o esclavitud sexual (términos idénticos para esta legisladora) han tenido el mismo margen de agencia:

“No nos hace ningún favor esta posición de bonhomía que se nos adjudica a las mujeres, muchas veces con la mejor de las intenciones, porque la capacidad de elegir se tiene siempre, absoluta y totalmente. Y esa capacidad de elegir es la que en definitiva está ponderada internacionalmente y está considerada en esta norma”

En el regenteo de la explotación sexual, el punto donde se expresa la relación de explotación no se encuentra en el argumento de la diputada Ibarra (Encuentro Popular y Social), cuando alega que eliminar la figura del consentimiento para las víctimas mayores de edad equivaldría a equiparar el ejercicio de la prostitución y la trata para explotación sexual como actividades delictivas: *“...hay ejercicio de la prostitución y no queremos que llegue a estar casi en estado de ilegalidad...”*²⁴

Partiendo de la distinción entre Trata y prostitución otras voces se hicieron escuchar en el debate, para oponerse a la figura de consentimiento. *“La primera aclaración que resulta imprescindible hacer en relación con la trata vinculada con la cuestión sexual es que al hablar de trata no estamos hablando de trabajo sexual ni tampoco de aquellas personas que ejercen la prostitución.”*²⁵

El establecimiento de la figura de víctima de Trata desde la óptica de los Derechos Humanos debería contemplar el reconocimiento de que las organizaciones sociales puedan constituirse en parte querellante²⁶. Si las causas de Trata son contempladas como una forma de violación a los derechos humanos de las víctimas, este punto debería estar observado en la normativa que se discutía en la Cámara.

Cuando en realidad de lo que se trata es de castigar a los responsables de reproducir circuitos de explotación sexual de mujeres, sean estas menores o mayores de edad, en este debate se han deslizado posturas en relación a la prostitución y en la calidad de las mujeres que la ejercen. En este sentido, diremos que *“el enfoque jurídico sobre el fenómeno gira en torno a la prostituta. Según el caso se la considerara como delincuente, como víctima o como un mal necesario. Pero, para una amplia mayoría el problema de la prostitución reside en las prostitutas”*²⁷.

²⁴ DSCDN, 9 DE ABRIL DE 2008. Versión Taquigráfica

²⁵ El diputado Claudio Lozano (Buenos Aires para Todos en Proyecto Sur) en este sentido expresaría la posición de una de las organizaciones que aglutinan a personas que ejercen la prostitución es AMMAR Asociación de Mujeres Meretrices de la Argentina (AMMAR) quienes claman por el reconocimiento de su actividad como un trabajo, define su representación es a partir de esta concepción de su actividad.

²⁶ La propuesta es del Diputado Lozano. DSCDN.

²⁷ Volnovich Juan Carlos (2006): *Ir de Putas. Reflexiones acerca de los clientes de la prostitución*. Ed. Topia, Buenos Aires, Pág. 57.



En el debate hubo discursos imbricados de representaciones acerca de estereotipos de mujer y de prostitución, que acaban por definir una normativa que pretende resolver la disputa por la definición y punición de la trata de personas. El peso que estas representaciones tuvieran en la definición de la norma fueron el punto de partida hacia la producción arbitraria de ciertas posiciones de sujeto, en este caso la determinación de quienes y en qué circunstancias se es víctima de trata. Como resultado de un proceso marcado por disputas entre diversos actores sociales, como el feminismo y los familiares de mujeres desaparecidas por redes de “trata”, se arriba a la instancia de cristalización del concepto de Trata en la ley, aunque esta sigue siendo objeto de debate todavía.

Fuentes:

Diario de Sesión en Cámara de Senadores de la Nación, 6 de diciembre de 2006. Versión Taquigráfica.
Diario de Sesión en Cámara de Diputados de la Nación, 9 de abril de 2008. Versión Taquigráfica.

Bibliografía:

- Barrancos Dora: Feminismo, Trata y nuevos tratos. Ponencia presentada en IX Jornadas de Historia de las Mujeres IV Congreso Iberoamericano de Estudios de Género, Rosario 2007.
- De Lauretis Teresa: La tecnología del género, en Pensar (en) Género: *Teoría y práctica para nuevas cartografías del cuerpo*, Ed. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. 2004.
- Demarco Laura y de Isla María de las Mercedes (Comp.): *Se Trata de nosotras, La trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual*, Ed. Las Juanas. 2008.
- Facio Montejo Alda: “Hacia otra teoría crítica del Derecho”, en *Género y Derecho*, Santiago, LOM Ediciones, La Morada. 1999.
- Facio Montejo, Alda: *Cuando el género suena cambios trae. Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, San José, C. R.: ILANUD. 1992.
- Guy Donna: *El sexo peligroso. La prostitución legal en Buenos Aires, 1875-1955*, Buenos Aires, Ed. Sudamericana. 1991.
- MacKinnon, Catherine: *Hacia una teoría feminista del Estado*, España, Ediciones Cátedra. 1995.
- Música M. Luisa: *¿Reglamentar, derogar, enmendar?* Rosario (Argentina) y el debate actual sobre la prostitución. Una mirada histórica sobre un nuevo/viejo asunto, presentado en el Seminario Internacional Fazendo Gênero 7, Género e Preconceitos UFSC. 2006.
- Olsen, Frances. “El sexo del derecho”, en Ruiz, Alicia, (Comp.) *Identidad femenina y discurso jurídico*, Buenos Aires, Editorial Biblos. 2000.



Pollak, Michael: *Memoria, olvido, silencio. La producción social de identidades frente a situaciones límite*. La Plata: Ediciones al Margen. 2006

Smart, Carol: *Feminist and Power of Law*, Londres, Routledge. 1989.

_____ : “La teoría feminista y el discurso jurídico”, en Birgin, Haydee (Comp.) *El derecho en el Género y el Género en el derecho*, Buenos Aires, Biblos. 2000.

Trochon, Yvette: *Las rutas de eros. La trata de blancas en el Atlántico Sur. Argentina, Brasil y Uruguay (1880-1932)*, Montevideo, Ed. Taurus. 2006.

Volnovich Juan Carlos: *Ir de Putas*. Reflexiones acerca de los clientes de la prostitución. Ed. Topia, Buenos Aires. 2006.