

Trata de personas a partir de la Ley 26.842 (Resumen)

~Prof. Dr. Ricardo Ángel Basílico~

Prof. Titular (Catedrático) de Derecho Penal. Universidad J. F. Kennedy, Buenos Aires; y de la Univ. Nacional de Lomas de Zamora, Argentina. Socio FICP

“Figura Actual. Art. 140 según Ley 26.842”

La Ley 26.842 en su artículo 24 sustituye el anterior artículo 140 del Código Penal quedando redactado de la siguiente manera:” Serán reprimidos con reclusión o prisión de cuatro años-4- a quince-15- años el que redujere a una persona a esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad y el que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella. En la misma pena incurrirá el que obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados o contraer matrimonio servil.”

Así las cosas la reforma, incorpora la esclavitud en las mandas del artículo 140 C.P., dejando clara que no puede asemejarse servidumbre a esclavitud mencionando ambas por separado. Así también se añade el caso de los trabajos o servicios forzados y el matrimonio servil. Nótese que si bien se mantiene en lo que hace a la pena la de quince (15) años como máximo, el mínimun se eleva de tres (3) a cuatro años (4).

La reforma introducida por la ley 26.842, consideramos adecuadamente, ha eliminado el término “o condición análoga”- a la servidumbre-, la misma era inespecífica y traía aparejado inconvenientes en la interpretación y verificación de la materialidad del evento criminoso.¹

Se incorpora la esclavitud en las mandas del artículo 140 del Código sustantivo. Así las cosas la Convención sobre Esclavitud de la Naciones Unidas del 25 de septiembre de 1926 ya consideraba que la esclavitud es “el estado o la condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o alguno de ellos”. Ya en nuestro ordenamiento la Asamblea del año XIII dispuso la libertad de vientres, aboliendo la esclavitud y la Constitución de 1853 prohibió la misma y la consideró un crimen a nivel constitucional.

Más cercanos en el tiempo tanto la esclavitud y los trabajos forzados, se encuentran prohibidos constitucionalmente (art. 75 inc.22 CN, art. 7 CADH, art. 8 PIDCP y artículo 6

¹Conf. Catalano, Mariana “Reforma de la Ley de Trata de Personas”, Rev. La Ley, 6/3/2013, pag. 3, La Ley 2013.

PIDESC), del mismo modo por la Convenciones Internacionales a las que ha adherido nuestro País, tal por caso la Convención Internacional sobre Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares receptada por la ley 26.202, específicamente en los artículos 11 y 16.

La denominada trata de esclavos abarca todo aquel acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para enajenarlo, cambiarlo, todo acto de cesión de un individuo para enajenarlo o cambiarlo, todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderlo o cambiarlo y en general, todo acto de transporte o comercio de esclavos.²

En referencia al trabajo forzado o forzoso de la propia nominación emerge la anulación o vulneración del consentimiento de quien lo lleva adelante. El Convenio sobre Trabajo Forzoso en su artículo 2, considera y define al mismo como “todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”.

Hemos de coincidir con Hairabedián en cuanto a que los trabajos forzados resultan equiparables a esclavitud, así “en estos tiempos que corren, cuando se alude a esclavitud laboral, generalmente se hace referencia a la situación de explotación caracterizada por ciertas condiciones deplorables del trabajo claramente inaceptables por su flagrante contraposición con derechos constitucionales y la limitación a la libertad: las extensas, agobiantes o agotadoras jornadas, la pésima o nula retribución, el hacinamiento, la permanencia y habitación en el lugar del trabajo, la falta de servicios sanitarios adecuados, todo acompañado de la total disponibilidad del trabajador al patrón, sin que tenga posibilidades concretas de evadirse de su explotación (sea por necesidad, falta de educación o conocimientos, fuerza, violencia, engaño, etc)”³.

Por el término matrimonio servil puede entenderse como una manera o modalidad de explotación que se lleva adelante con aprovechamiento del vínculo filial o matrimonial para explotar desde los puntos de vista sexual, reproductivo o doméstico, constituyendo un grave sometimiento respecto de la víctima. En todos los casos que se diga o “situación análoga”, deberá decirse “esclavitud o servidumbre”.

²Catalano, ob.cit pag.3

³Hairabedián, Maximiliano “Tráfico de Personas”, pag. 81, 2da Edición, Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 2013.

Ya sosteníamos la invalidez del consentimiento de la víctima en referencia a la trata, pero íntimamente ligado al tema y a efectos de dejar zanjada la cuestión la Ley 26.842 en su artículo 2 es claro cuando expresa “El consentimiento dado por la víctima de la trata y explotación de personas no constituirá en ningún caso causal de eximición de responsabilidad penal, civil o administrativa de los autores, partícipes, cooperadores o instigadores”.

La consumación respecto de quien obliga a otra persona a realizar trabajos o servicios forzados o a contraer matrimonio servil, el delito se consuma con la concreción del hecho realizado ya sean los trabajos o servicios o contraído el matrimonio de carácter servil. Se admite como en la reducción a esclavitud o servidumbre la tentativa.

El 19 de diciembre de 2012 se sancionó la ley 26.842 que, modificó no sólo el Código Penal, sino también el procesal penal impactando directamente en las mandas de los artículos 145 bis y ter del Código Sustantivo, así como en los artículos 140, 125 bis, 126 y 127 del mismo ordenamiento, estos tres últimos incluidos dentro de los denominados delitos contra la integridad sexual. La ley 26.842 que modificó a la 26.364, amplía los supuestos de explotación, vale decir que la explotación agrava la trata de personas. El artículo 2 de la ley mencionada en primer término dispone que “A los fines de esta ley se entiende por explotación la configuración de cualquiera de los siguientes supuestos, sin perjuicio de que se constituyan delitos autónomos respecto del delito de trata de personas:

- a) Cuando se redujere o mantuviere a una persona en condición de esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad;
- b) Cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados;
- c) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la prostitución ajena o cualquier otra forma de oferta de servicios sexuales ajenos.
- d) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la pornografía infantil o la realización de cualquier tipo de representación o espectáculo con dicho contenido;
- e) Cuando se forzare a una persona al matrimonio o cualquier tipo de unión de hecho;
- f) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la extracción forzosa o ilegítima de órganos”

Es dable decir que la expresión propia de la norma “sin perjuicio de que se constituyan delitos autónomos respecto del delito de trata de personas”, implica que en caso de concurrir otros delitos con la trata se producirá un concurso de delitos pudiendo ser de forma ideal o real.

La reforma introducida por la ley 26.842 al Art. 145 bis elevó las penas de 4 a 8 años, agregó como acción típica la de “ofrecer”, y eliminó la distinción de la edad y los medios comisivos señalados, estableciendo expresamente que se configura el ilícito “aunque mediere el consentimiento de la víctima”.

La ley 26.842 (B.O. 27/12/12), propone como se hace en la sistemática general una figura básica , la que no efectúa distinciones ni edad ni consentimiento, para luego abordar causales de agravamiento que contiene los antiguos medios comisivos de la trata de personas contenidos en la redacción de la ley 26.364.

Art. 145 bis según ley 26.842: “ Será reprimido con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países aunque mediere el consentimiento de la víctima.”

a. Tipo objetivo: Reúne las siguientes características:

1. Acciones Típicas.

Cuando se habla de “Ofrecer”, término que se agrega en la nueva conformación del tipo básico consideramos significa tanto como presentar o comprometerse a dar a la persona con la finalidad de explotarlo. Resulta interesante la opinión de Hairabedián en cuanto a que si se ofreciere “conseguir” personas siendo incierto que ello se logre, se está en el campo de la tentativa, ello puesto que ya ha comenzado la actividad típica (manifestación, anuncio, difusión para lograr interesados en la obtención).⁴

Conforme lo expone el artículo 2 de la Ley 26.842 se entiende por explotación la configuración de cualquiera de los siguientes supuestos, sin perjuicio de que se constituyan delitos autónomos respecto del delito de trata de personas:

⁴Hairabedián, ob. cit. Pag. 27.

- a) Cuando se redujere o mantuviere a una persona en condición de esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad;
- b) Cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados;
- c) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la prostitución ajena o cualquier otra forma de oferta de servicios sexuales ajenos.
- d) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la pornografía infantil o la realización de cualquier tipo de representación o espectáculo con dicho contenido;
- e) Cuando se forzare a una persona al matrimonio o cualquier tipo de unión de hecho;
- f) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la extracción forzosa o ilegítima de órganos.

Conforme la actual redacción del artículo 145 bis del Código sustantivo, expresa en su última parte “aunque medie consentimiento de la víctima”, ello implica que en ningún caso el consentimiento de la víctima, si existiese, no excluye, ni dispensa la responsabilidad penal del autor.

Ya decíamos , y fue nuestra opinión aún en contra de calificada doctrina previo al dictado de la presente norma -26.842-, cuando comentamos en nuestra primera edición la cuestión del consentimiento que en el caso del delito de trata de personas entendemos que encontrándose comprometida a más de la libertad, la dignidad de la persona víctima y representando esta un atributo fundamental e indisponible del sujeto, el consentimiento de la mencionada persona en ningún caso podrá operar como causal desincriminatoria.

Artículo 145 ter. Tipo Agravado.

La ley 26.842, que modificó la ley 26.364, consideró que en los supuestos del artículo 145 bis- figura básica- “la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión cuando:

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. La víctima estuviere embarazada o fuere mayor de setenta (70) años.
3. La víctima fuera una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma.
4. Las víctimas fueran tres (3) o más.
5. En la comisión del delito participaren tres (3) a más personas.
6. 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.
7. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

Cuando se lograra consumir la explotación de la víctima objeto del delito de trata de personas la pena será de ocho (8) a doce (12) años de prisión.

Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión”.

Actualmente cuando se habla de “Colaterales”. La reforma introducida por la ley 26.842, sustituyó el término “hermano” por uno más general como es el de colaterales, no compartimos la técnica legislativa utilizada en este caso ya que resulta imprecisa, notándose que en la misma problemática caen los artículos 126 y 127 del código sustantivo. Quedan incluidos en la agravante los hijos adoptivos de los mismos padres toda vez que “los hijos adoptivos de un mismo adoptante serán considerados hermanos entre sí”. Resulta dable decir también, que, la reforma ha sido más específica en cuanto a que la ley 26364 se refería a los funcionarios públicos, en tanto la ley 26.842 agrega a los miembros de las fuerzas policiales, de seguridad o penitenciarios.

Se incrementa el monto punitivo también para “cuando se lograra consumir la explotación de la víctima objeto del delito”, allí la pena será de 8 a 12 años. Se aumenta también la pena “cuando la víctima fuera menor de dieciocho años” en donde la pena asciende será de 10 a quince años. Los menores de ambos sexos junto con las mujeres, resultan las víctimas usuales del delito de trata. En el caso de los primeros, muchas veces resultan blanco de este delito, con miras a la adopción ilegal, la explotación sexual o laboral, tráfico de órganos, reclutamiento como “mulas” de narcotráfico, la comisión de delitos en general, a los efectos de encubrir la responsabilidad de los tratantes y la participación en conflictos armados.

Es interesante lo considerado por Catalano en cuanto a que, cuando la ley prevé la consumación de la explotación como agravante, ello, tiene implicancias prácticas puesto que si hay explotación “aislada” de las acciones típicas de la trata (captación, transporte, acogida etc) se aplica el artículo 125 del Código Penal, siendo la competencia ordinaria; en tanto que si producida previamente la trata, luego se consumara la explotación, corresponde aplicar el artículo 145 ter. Código penal, siendo la justicia federal en este caso la interviniente.⁵

Garantías de las víctimas de trata.

La reforma introducida a la ley 26.842 incluye como nuevas garantías en el inciso d) del artículo 4 de la mencionada norma (que sustituye el artículo 6 de la ley 26.364) “recibir capacitación laboral y ayuda en la búsqueda de empleo”. Así el inc. e) agrega “recibir asesoramiento legal integral y patrocinio jurídico gratuito en sede judicial y administrativa, en todas las instancias”. Del mismo modo podrá la víctima de trata solicitar su incorporación al Programa Nacional de Protección de Testigos en las condiciones previstas por la ley 25.764 (inc. f última parte). Se completa con la posibilidad que se otorga a la víctima a incorporarse o reinsertarse en el sistema educativo (inc. m).

En el plano adjetivo el artículo 27 de la ley 26.842 incorpora el artículo 250 quáter que prevé: “Siempre que fuere posible, las declaraciones de las víctimas de los delitos de trata y explotación de personas serán entrevistadas por un psicólogo designado por el

⁵Catalano, ob.cit. pag. 4

Tribunal que ordene la medida, no pudiendo en ningún caso ser interrogadas en forma directa por las partes.

Cuando se cuente con los recursos necesarios, las víctimas serán recibidas en una “Sala Gesell”, disponiéndose la grabación de la entrevista en soporte audiovisual, cuando ello pueda evitar que se repita su celebración en sucesivas instancias judiciales. Se deberá notificar al imputado y a su defensa de la realización de dicho acto. En aquellos procesos en los que aún no exista un imputado identificado los actos serán desarrollados con control judicial, previa notificación al Defensor Público Oficial.

Las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente. En ese caso, previo a la iniciación del acto, el Tribunal hará saber al profesional a cargo del entrevista el interrogatorio propuesto por las partes, así como las inquietudes que surgieren durante el transcurso de la misma, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional. Cuando se trate de actos de reconocimiento de lugares u objetos, la víctima será acompañada por el profesional que designe el Tribunal no pudiendo en ningún caso estar presente el imputado.”

El artículo 5 de la reforma (Ley 26.842) sustituyó el artículo 9 de la ley 26.364, resultando esta una medida de protección relevante para el víctima de trata o explotación de personas en el exterior del país tenga y ella tenga ciudadanía argentina, resulta obligatorio de los representantes diplomáticos del Estado nacional efectuar ante las autoridades locales las presentaciones necesarias para garantizar su seguridad y acompañarla en todas las gestiones que deba realizar ante las autoridades del país extranjero. Así también, dichos representantes arbitrarán los medios necesarios para posibilitar, de ser requerida por la víctima, su repatriación.

Así también en los artículos 18 y 21 de la reforma efectuada por ley 26.842 respectivamente se crea el Consejo Federal para la Lucha contra la Trata y Explotación de Personas y para la Asistencia a las Víctimas y el Comité Ejecutivo para la Lucha contra la Trata y Explotación de Personas y para Protección y asistencia a las Víctimas. Ambos organismos se encuentran en el ámbito de la Jefatura de Gabinete de Ministros destinados a la lucha contra la trata de personas y a la protección de las víctimas de este flagelo que es

compromiso común poner los esfuerzos conjuntos e interdisciplinarios para intentar erradicarlo.

Completa el esquema, el artículo 14 de la reforma (Ley 26.842 B.O. 27/12/12), incorpora como artículo 23 la creación en el ámbito del Ministerio Público Fiscal el sistema sincronizado de denuncias sobre Delitos de Trata y Explotación de Personas. La norma se completa con la asignación de un número telefónico único- ciento cuarenta y cinco (145)-, que es para todo el territorio nacional con atención permanente, veinticuatro horas al día a efectos de receptor denuncias sobre delitos de trata y explotación de personas, siendo conforme se deja plasmado expresamente, las llamadas entrantes sin cargo pudiendo realizarse desde teléfonos públicos, semipúblicos, celulares o privados. Así en el último párrafo del artículo 24 que se incorpora a la ley 26.364, se garantiza el soporte técnico para desarrollar e implementar el servicio de mensajes de texto o SMS (Short MessageService) al número indicado, para receptor las denuncias, los que serán sin cargo.

El artículo 25 incorporado por el artículo 16 de ley 26.842 pone en cabeza del Ministerio Público Fiscal la conservación de un archivo con los registros de las llamadas telefónicas y de los mensajes de texto o SMS identificados electrónicamente, los que serán mantenidos por un término no menor de diez (10) años, con la finalidad de contar con una base de consulta de datos para facilitar la investigación de los delitos de trata y explotación de personas.

Por último, el artículo 17 de ley 26.842, que dispone incorporar como artículo 26 de la ley 26.364, recepta la posibilidad de la denuncias anónimas y para el caso que el denunciante se identifique, la identidad de esta persona será reservada, inclusive para las fuerzas de seguridad que intervengan.

Art. 148 bis del Código Penal.

Introducción.

La Ley 26.847 (B.O. 13 de abril de 2013) incorporó en su artículo 1 la figura descrita en el artículo 148 bis del Código Penal. La norma se relaciona con la ley 26.390

(B.O. 25/06/2008) sobre Prohibición de Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente, que elevó la edad mínima de admisión al empleo a los 16 años de edad. La norma mencionada introdujo cambios en la ley de contrato de trabajo (Ley 20.744), la que no contemplaba una referencia específica a la prohibición del trabajo infantil. Así también la norma precedente se complementa con el artículo 189 de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744-sustituido por el artículo 7 de la ley 26.390 que dispone “ Queda Prohibido al empleador ocupar personas menores de 16 años en cualquier tipo de actividad, persiga o no fines de lucro. Como precedente en declaraciones internacionales contra el trabajo infantil contamos con la Declaración de Sion 1997 que definió las bases contra este tipo de actividad que victimiza a niños y niñas sometiéndolas a condiciones de mayor vulnerabilidad e indignidad.⁶

La Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada mediante la Ley N° 23.849/90, incorporada al art. 75 de la Constitución Nacional), que establece en el artículo 32 que “Los Estados parte reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social”.

Así también, es dable decir que la problemática del trabajo infantil trae consigo una cuestión que demanda una visión desde una perspectiva de género, en cuyo caso, se torna imprescindible su confrontación normativa con la Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar las Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales y Ley N° 24.632 que ratifica la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belén do Pará.

“Figura Típica”: Artículo 148 bis:

“Será reprimido con prisión de uno (1) a (4) años el que aprovechar económicamente el trabajo de un niño o niña en violación a las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil, siempre que el hecho no importare un delito más grave.

⁶“Declaración de Sión”, Dictada en Sión, Suiza, octubre de 1997, habiendo sido el Dr. Ricardo Basilio, Relator por Latinoamérica en el marco del Encuentro Internacional de la Asociación Internacional de Magistrados y Funcionarios de la Justicias de Menores e IDE/ Kurt Bosch, Institut d DroitEnfants. Suiza.

Quedan exceptuadas las tareas que tuvieren fines pedagógicos o de capacitación exclusivamente. No es punible el padre, madre, tutor o guardador del niño a la niña que incurriere en la conducta descripta.”

Coincidimos con Buompadre en cuanto a que estamos frente a un caso de infracción a una ley administrativa, que permite calificar al tipo como una ley penal en blanco (tipo abierto) que requiere de complementación⁷, de una remisión a una norma extrapenal (elemento normativo del tipo), para la configuración de la materia de prohibición.⁸

“El Bien Jurídicamente Protegido”.

La figura analizada ahora se encuentra ubicada dentro de los denominados “Delitos contra la Libertad”, así las cosas nos encontramos frente a un delito de carácter pluriofensivo que vulnera más de un bien jurídico, y estos tienen como base la Convención de Derechos del Niño incorporada- como se dijera- al artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. De los que se vulneran con la conducta prohibida son: a) la formación y desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social del niño (art.27.1, CDN), b) el derecho a su educación integral (art.28.1, CDN) y c) el derecho a que se respete su dignidad personal (art. 23.1, CDN). En este último caso también ya nos hemos referido al abordar la figura de trata de personas.

“El Tipo Objetivo”.

El tipo penal analizado ahora se perfecciona con la realización de la conducta descripta en la manda del art. 148 bis incorporado por ley 26.847 ello es, “aprovecharse económicamente del trabajo de un niño” debiendo esta conducta completarse con la violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil. Se denota entonces que resulta necesaria la concurrencia de ambos elementos del tipo objetivo para la consumación del ilícito.

⁷A efectos de la complementación típica, la normativa nacional, es la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744/76, reformada por la Ley N° 26.390/08, cuyo artículo 1º, además de imponer una nueva denominación al Título VIII de la Ley 20.744 –“De la prohibición del trabajo infantil y de la protección del trabajo adolescente”-, establece que queda prohibido el trabajo de las personas menores de dieciséis (16) años en todas sus formas, exista o no relación de empleo contractual, y sea éste remunerado o no. Toda ley, convenio colectivo o cualquier otra fuente normativa que establezca una edad mínima de admisión al empleo distinta a la fijada en el segundo párrafo, se considerará a ese solo efecto modificada por esta norma. La inspección del trabajo deberá ejercer las funciones conducentes al cumplimiento de dicha prohibición”.

⁸Buompadre, Jorge. E, en new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/05/doctrina06.pdf

La conducta de “aprovechamiento económico” exigido por la figura como acción típica, implica el disfrute o goce de los resultados económicos que provienen de la actividad laboral del menor, en beneficio propio, así se observa que la conducta de aprovecharse representa una de las tantas formas de explotación del ser humano en este caso de un niño o una niña.

En la figura que ahora se encuentra bajo estudio, la mera acción de “aprovecharse” implica una forma de abuso o explotación en sí misma, teniendo en cuenta que la víctima es una persona menor de edad que requiere una protección adicional de la ley, en este caso, de la ley penal –por integrar un grupo humano de alto riesgo-, por cuanto comportamientos de esta clase ponen en grave peligro no sólo la vida y la salud del menor –así como otros intereses igualmente relevantes que merecen ser protegidos por la ley, por ej, la formación y el desarrollo educacional del niño (art. 28.1, Convención sobre los Derechos del Niño)-, sino que significan un grave atentado a su dignidad personal.⁹

La figura no requiere la utilización de medios violentos, intimidatorios, fraudulentos o coercitivos, dirigidos a lograr o vencer la voluntad del niño o niña, resultando suficiente para el perfeccionamiento de la acción típica que el sujeto activo “se aproveche económicamente” del trabajo del niño, esto es, que obtenga beneficios de carácter patrimonial, en beneficio del propio autor, y que las ganancias resulten de la labor realizada por el menor.

Se encuentran exceptuadas para la punición de la conducta respecto del sujeto activo las tareas del niño o niña que tuvieren fines pedagógicos o de capacitación exclusivamente.

El tipo objetivo considera la existencia de un elemento normativo, tal es el de “trabajo infantil” que debe tomarse por fuera de la norma penal. Así las cosas nuestro país lo ha definido como “toda actividad económica y/o estrategia de supervivencia, remunerada o no, realizada por niñas y niños por debajo de la edad mínima de admisión al empleo o trabajo, o que no han finalizado la escolaridad obligatoria o que no han cumplido los 18 años si se trata de trabajo peligroso”(Plan Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil, 2006:3)¹⁰

⁹Conf. Buompadreob.cit.pag. 4.

¹⁰www.oit.org.ar/WDMS/bib/pub/libros/explorat.pdf

“El tipo subjetivo”.

Nos encontramos frente a un delito doloso, requiriendo dolo directo, no encontrándose prevista la figura culposa. Los sujetos del delito.

“Sujetos”.

En principio cualquier persona puede ser sujeto activo del delito previsto en el artículo 148 bis del ordenamiento sustantivo, exceptuándose a los padres, tutores y guardadores, que han sido excluidos expresamente del círculo de sujetos posibles. Coincidimos con Buompadre en cuanto a que, con arreglo a la normativa nacional en materia laboral, sólo puede ser sujeto pasivo del delito una “persona menor de 16 años de edad”. Corresponde aclarar que, la ley penal –cuando se refiere al sujeto pasivo- no habla de “menor de edad” (lo hace, sí, la Ley N° 26.390, de reformas a la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744, que alude a “personas menores de 16 años”) sino de “niño o niña”, con lo cual –por tratarse de una denominación genérica, prevista constitucionalmente: “todo ser humano...”, dice el art.1° de la CDN- quedan comprendidos en el círculo de sujetos pasivos también los incapaces y los niños física o mentalmente impedidos (art.23.1, CDN).¹¹

Por último es dable notar la existencia dentro de la figura delictiva de una excusa absolutoria en favor de los padres, tutores y guardadores que “incurrieran en la conducta descrita” (art.148 bis in fine). Consideramos que no resulta adecuada la previsión de la norma, ello toda vez que las personas que se encontrarían en posición de garante respecto del niño o niña son los que deberían estar contemplados como formas agravadas de la conducta típica, en el caso de incurrir en la misma, ello ha sido considerado tal por caso en los delitos contra la integridad sexual, entre otros.

“Consumación y Tentativa”.

Nos encontramos frente a un delito de resultado, de naturaleza subsidiaria, así entonces a los fines de la consumación del delito se requiere el efectivo “aprovechamiento económico” del trabajo infantil. La tentativa, conforme se encuentra tipificada la figura resulta admisible.

¹¹Conf. Buompadre, ob.cit.6.

