



Trata de Personas. Aplicación del Artículo 5 de la Ley 26.364.

-de **Marcos Alberto Frezzini**, Secretario del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 2 de Lomas de Zamora-

Sumario: el autor analiza los límites de la aplicación del artículo 5 de la Ley 26.364, en base a un reciente precedente de la Cámara Federal de Casación Penal. Asimismo, se propone un estudio de naturaleza jurídica de la norma desde la teoría del delito, haciendo foco en la doctrina finalista de la acción.

I. Introducción.

Mediante la sanción de la ley N° 26.364 de abril de 2008, el Estado argentino dio cumplimiento al Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños ("Protocolo de Palermo"), anexo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (aprobada por la República Argentina mediante la ley N° 25.632, en el año 2002).

Desde aquél momento, los tres poderes del Estado confluyeron en un plan de acción para combatir el flagelo de esta moderna forma de esclavitud en forma coordinada y efectiva.

En efecto, la trata de personas en su vertiente más avanzada, implica la cosificación del ser humano, la pérdida absoluta de la libertad (ya sea psíquica o física) y su dominación absoluta por el sujeto activo quien se aprovechará de su fuerza de trabajo con el objetivo último de obtener una mayor ventaja económica¹.

Más allá de la sanción de la mencionada Ley, cabe decir que La República Argentina es reconocida como pionera en la legislación sobre la materia.

¹ HORNOS, Gustavo M., "Caracteres del delito de trata de personas", [<http://www.cij.gov.ar/nota-24810-Caracteres-del-delito-de-trata-de-personas.html>], 13/02/2017.

En tal sentido, el 23 de septiembre de 1913 se sancionó la norma que penalizaba a los proxenetas, imponiéndoseles penas de hasta 15 años. Se la conoce como la “ley Palacios” en tanto impulsada por el diputado socialista Alfredo Palacios.

En relación con la normativa internacional, en el año 1957 la República Argentina ratificó el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, Adoptado por la Asamblea General en su resolución 317 (IV), de 2 de diciembre de 1949, cuya entrada en vigor había sido 25 de julio de 1951, de conformidad con el artículo 24. Posteriormente, sancionó el 1 de agosto de 2002 la ley 25.632 que aprueba la “Convención Internacional contra la delincuencia organizada transnacional” y sus protocolos complementarios para “Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños” y “Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por tierra, mar y aire”, a la que se hiciera referencia. De esta manera, nuestro país quedaba obligado ante los Estados Parte a adaptar su legislación de modo coincidente con la convención internacional.

Así las cosas, con fecha 19 de diciembre de 2012 se sancionó la Ley nro. 26.842, modificatoria de la ley 26.364.

La norma introdujo significativas modificaciones a la anterior ley; entre ellas se destaca la introducción de cambios al tipo penal de trata en lo que hace al régimen punitivo y a la irrelevancia del consentimiento dado por la víctima de trata mayor de edad.

Al igual que en el Protocolo para la Prevención, Represión y Sanción de la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños de la Convención de las Naciones Unidas contra la Criminalidad Transnacional Organizada en donde se define el término “trata de personas” en forma amplia, la técnica legislativa utilizada en la ley 26.364 y continuada por la ley 26.842, no define con precisión el concepto de “trata de personas” sino que se limita a individualizar actos concretos del largo proceso integrado por las distintas fases, en las que los actores intervienen como eslabones de una cadena².

Es así que, conforme el art. 25 de la ley 26.842, la actual redacción del art. 145 bis del Código Penal estipula: “*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 mediare el consentimiento de la víctima*”.

²Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal, causa n° FMZ 32019976/2011/9/CA6-CFC2, caratulada: “Honor, Antonio Enrique y otros s/ recurso de casación”, Reg. 164/17, 29/03/2017.

“El legislador estableció un sustancial cambio de paradigma para la interpretación de la norma desde que, por un lado, en el nuevo tipo penal -que continúa inscripto en el Título IV relativo a los delitos contra la libertad-, se suprimió el consentimiento de la víctima como causal de eximición de la conducta delictiva y, por otro, se trasladaron los medios comisivos que describía el anterior tipo penal y que cancelaban la voluntad/consentimiento de la víctima (engaño, fraude, violencia, amenaza, intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, etc.) para resultar en la actualidad motivos calificantes del comportamiento del tipo básico, que ya no requiere de aquellos para darlo por acreditado. En suma, las modificaciones pueden agruparse en tres categorías”³:

a) Monto de la pena: *“Aparecen diferencias en los montos punitivos, ya que el legislador decidió aumentar los mínimos y los máximos de la pena en el delito base (antes era de 3 a 6 y ahora de 4 a 8)”⁴;*

b) Acción típica: se observan divergencias respecto a los verbos utilizados para definir el comportamiento. Por un lado, el mero ofrecimiento con fines de explotación ahora se encuentra incluido como una de las acciones con las que se define la acción típica de trata, tanto de los mayores como de menores de edad (antes se encontraba reservado sólo y exclusivamente para los casos de trata de menores de 18 años). Además se suprimió el verbo típico “transportar” y se mantuvo únicamente el “trasladar”. Asimismo, se modificó el término “repcionar” por el de “recibir”. También, se introdujo un cambio en la redacción mediante la sustitución de la formula “dentro del país o desde o hacia el exterior” por la frase *“ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países”⁵.*

c) Medios comisivos/Agravantes: *“Cabe recordar que, originalmente, para que concurriera un supuesto de trata de personas mayores de 18 años, era necesario que se encontrara presente algún supuesto que anulara o que viciara el consentimiento de la víctima (esto es: engaño, fraude, violencia, amenaza, abuso de una situación de vulnerabilidad, etc.). Los medios comisivos que en la anterior redacción se encontraban presentes en el delito de trata de mayores de 18 años fueron suprimidos en la descripción típica actual, en la cual no existe diferencia alguna entre la trata de mayores y la de menores de edad”⁶.*

3 Ídem.

4 Ídem.

5 Ídem.

6 Ídem.

En consecuencia, *“conforme la nueva redacción, el delito de trata se configura aunque mediare consentimiento de la víctima, con independencia de la edad de ésta. El consentimiento de la víctima mayor de edad es irrelevante frente a un supuesto de explotación y no constituirá en ningún caso causal de exención de responsabilidad penal, civil o administrativa. De todas maneras, el comportamiento es más gravoso y, por ende, aumenta considerablemente la pena, si concurren algunos de los medios comisivos mencionados (de 5 a 10 años) o si la víctima es menor de 18 años (de 10 a 15 años). Por último, cabe destacar que el tipo se agota en la medida en que el agente ejecute la acción típica (ofrecer, captar, transportar, trasladar, acoger o recibir), con alguna de las finalidades de explotación que contempla dicha figura. De ahí que las investigaciones sobre trata de personas deben dirigirse a investigar el proceso previo (de captación, transporte y recepción) a que la explotación resulte consumada”*⁷.

Es así que se ha afirmado que *"Los destinos mencionados operan como elementos subjetivos del tipo, como finalidades, que no es necesario alcanzar para la consumación, pues sólo son exigidas en cabeza de los autores y partícipes mientras se desarrollan las acciones de tráfico"*⁸.

Ahora bien, realizada esta aproximación en cuanto al delito de trata de personas, corresponde a esta altura ingresar al análisis del Artículo 5 de la Ley 26.364.

II. Artículo 5 de la Ley 26.364.

El artículo 5° de la Ley 26.364 establece que *“Las víctimas de la trata de personas no son punibles por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata. Tampoco les serán aplicables las sanciones o impedimentos establecidos en la legislación migratoria cuando las infracciones sean consecuencia de la actividad desplegada durante la comisión del ilícito que las damnificara.”*

Conforme señalan algunos autores, la ley 26.364 trajo consigo una cláusula de no punibilidad para las víctimas de ese delito que cometieran ilícitos como resultado directo de haber sido objeto de la trata.

Como fundamentos de la cláusula se afirma:

⁷Ídem.

⁸DE LUCA, Javier Augusto, "Artículos 145 bis/145 ter", "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial". Artículos 162/171. Parte Especial" DE LANGUE, Marcela (sup.), Buenos Aires, Ed Hammurabi, Tomo 6, 2008, pág. 446.

a) que existe una presunción *iure et de iure* de la restricción de la libertad de autodeterminación de la víctima de trata frente a la comisión de un ilícito⁹.

b) No depende de la libertad de actuación de la víctima en el caso concreto¹⁰.

c) Los actos realizados “como resultado directo” de haber sido víctima de trata tienen como objeto su supervivencia¹¹.

d) se afirma legalmente que por las especiales condiciones que soporta, una víctima de trata de personas no merece ningún reproche¹².

Ahora bien, sin perjuicio de la claridad de los fundamentos, entendemos que existen dificultades procesales a la hora de aplicar la cláusula en cuestión, ello debido a la existencia de estereotipos equivocados para la identificación de las víctimas de trata¹³.

Nótese que “*La definición de lo que es una víctima parte de diversos discursos específicos que se desarrollan y se modifican según criterios de determinadas entidades situadas en posiciones de poder*”¹⁴.

En tal sentido se sostiene que “*Existen arraigados prejuicios sexistas y clasistas en los operadores del sistema penal (jueces, fiscales, defensores y agencias de seguridad, en todos por igual) que atentan temerariamente contra el valor probatorio del testimonio de mujeres víctimas o testigos de los delitos de explotación sexual. Las consecuencias negativas que estos prejuicios tienen a la hora de perseguir tratantes y explotadores pueden ser también perfectamente transpolados a la ausencia de precedentes de aplicación de la cláusula de no punibilidad por delitos cometidos por víctimas de trata.*”¹⁵

“*Estos preconceitos llevan a que no se conciba a los testimonios de las víctimas de trata como “testimonios especialísimos”, y que como tales precisan de recaudos también especiales para su producción e interpretación. Son personas que soportaron prácticas abusivas extremas muy lejanas a las historias vitales de quienes hoy deben escucharlas. El prejuicio sobre la mujer prostituida se empieza así a construir sobre la base de una nula empatía con su situación, o una improbable capacidad del operador*

9^{COLOMBO, Marcelo et al., “Sobre Víctimas victimarias”, *El delito de Trata de Personas. Herramientas para los defensores públicos*, Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa, 2013 [http://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/025%20Trata%20de%20personas.pdf], pág. 18.}

10^{Ídem, pág. 13/14.}

11^{Ídem, pág. 11.}

12^{Ídem, pág. 17.}

13^{Ídem, pág. 19.}

14^{CORREA BLÁZQUEZ, Magdalena et al., “*La construcción del mito de la víctima aceptable*”, *Revista de victimología*, cita online: ISSN2385-779X, DOL 10.12827-RVJV-4-02, N. 4/2016 [http://www.huygens.es/journals/index.php/revista-de-victimologia/article/view/60], 2016, pág..31-52.}

15^{COLOMBO, Marcelo, cit. ob., pág. 19/20.}

de colocarse en el lugar de esa víctima demasiado lejana y ajena a él. Estos prejuicios se traducen en el modo desaprensivo y descuidado en que se las escucha, el desinterés hacia su historia vital y en el descrédito con el que se interpretan sus testimonios.”¹⁶

“Estos testimonios son examinados sin conciencia ni registro de la problemática psicológica que enfrentan esas mujeres cada vez que intentan el recuerdo de situaciones traumáticas. Todo lo cual lleva a muchos jueces a exigir de sus relatos un grado de precisión, detalle y cronología incompatibles con aquella traumática situación vivencial.”¹⁷

“Los operadores del sistema penal descreen de los vaivenes aberrantes que estas personas tuvieron que atravesar (invisibilización de las víctimas de trata) y descreen, por lo tanto, de la necesidad de garantizar la impunidad de los delitos cometidos como consecuencia directa de estos hechos. Una forma eficaz de comenzar a erradicar estas creencias erróneas es a partir de la utilización efectiva, en casos concretos, de las herramientas que la ley de trata trae para las víctimas de este delito, en particular, la cláusula del artículo 5°. Estamos convencidos que una práctica forense equivocada puede y debe ser erradicada a través de la propia práctica forense. Esta cláusula es una herramienta legal relativamente nueva y en su uso y ejercicio casuístico se irán delimitando sus alcances y operatividad. Nadie mejor que la defensa pública para ello.”¹⁸

Esos prejuicios y estereotipos, se ven reflejados en algunos precedentes, esto al menos por la circunstancia que la cláusula en cuestión no se aplica de manera directa, sino que se hace una referencia.

III. Precedentes Jurisprudencia que hacen referencia a la cláusula.

a) Aplicación en forma indirecta.

El primer precedente se trata de la sentencia dictada por el Tribunal Oral Federal de San Luis en el mes de diciembre de 2012 que absolvió a una de las mujeres procesadas.

A esta mujer se le imputaba el haber captado, trasladado y acogido a sus dos hijas desde República Dominicana hasta la República Argentina con finalidad de explotarlas sexualmente, sin perjuicio que también se encontraba acreditado de que la imputada era, ella misma, explotada sexualmente en un prostíbulo en nuestro país.

¹⁶ Ídem, pág. 19.

¹⁷ Ídem.

¹⁸ Ídem.

Ahora bien, en la sentencia, el TOF absolvió a la imputada por aplicación del artículo 3 del Código Procesal Penal de la Nación (*in dubio pro reo*) ya que no estaba debidamente acreditada la finalidad de explotación.

Si bien las razones de la absolución se vinculan con la falta de certeza acerca de la acreditación de elemento subjetivo especial (finalidad de explotación) que exige la figura penal, en los fundamentos se señala: La propia ley es clara en su art. 5, cuando se refiere a la no punibilidad de las víctimas que hayan obrado delictuosamente, es decir que este doble rol no es compatible en este tipo de delitos, primando taxativamente la inimputabilidad, la Sra. MC no puede reunir la calidad de víctima y a su vez ser partícipe secundario del delito imputado, el citado artículo expresa la “No Punibilidad.

Las víctimas de la trata de personas no son punibles por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata. Tampoco le serán aplicables las sanciones o impedimentos establecidos en la legislación migratoria cuando las infracciones sean consecuencias de la actividad desplegada durante la comisión del ilícito que las damnificara.” No obstante lo anterior en el caso de autos resulta obvio que la elección del destino personal de la Sra. MC y su familia lo ha sido en un ámbito de sutil coerción, pues no aparece ni emerge claro el momento, la oportunidad o la ocasión en que pudo elegir su rol de mujer, de madre y hasta de empleada en el negocio de la noche, su obvia situación de inmigrante responsable de una familia en un país lejano y solo emparentada afectivamente con persona de su misma e igual condición, todas sometidas a la delicada violencia y generosidad interesada llevada adelante por L. ha impedido con toda seguridad un discernimiento claro y eficaz respecto de su responsabilidad legal y moral (TOF de San Luis, autos N° 2420 “L. P. A. y Otra s/ Av. Inf. Art. 145 bis, incs. 1° y 3° del C.P. en concurso ideal – art. 54 C.P.- con el art. 126 y art. 127 del C. y art. 17 Ley 12.331”, rto.6/12/12). Los argumentos del fallo, como se ve, navegan entre la atipicidad por falta de finalidad de explotación del tipo penal, el error de prohibición y la imposibilidad de actuar de otro modo, haciendo una mención expresa de la cláusula pero sin darle, entendemos, su preciso lugar en la una subsunción sistematizada de las reglas que ofrece la dogmática penal¹⁹.

El segundo precedente, se trata de una resolución del Tribunal Oral Federal N° 1 de Córdoba mediante la cual absolvió a una mujer acusada “*de haber cometido el delito de recepción de personas menores de edad con fines de explotación sexual, agravado*

¹⁹Ídem, pág. 13/14.

por el número de víctimas (arts. 145 ter. Tercer párrafo, inc. 4 del C.P.)”. Específicamente, se le imputaba a la mujer un rol de administración y regenteo del prostíbulo cuando el dueño no estaba en el local. Se tuvo en cuenta el testimonio de las restantes víctimas quienes dijeron que ella también era prostituida en el local y que excepcionalmente se hacía cargo de la caja y del dinero por ser la mujer “con más antigüedad” en prostíbulo, ya que hacía un año que estaba allí (Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 1 de Córdoba. Causa n° 231/10, “URM s/ inf. artículo 145ter CP”, rta. 22/03/11). En ningún pasaje de la sentencia se hace referencia al artículo 5° de la ley de trata y los motivos de la absolución se vinculan con la atipicidad de su conducta, ya que no se habría podido probar que la nombrada cumpliera algún rol en la explotación de las restantes víctimas²⁰.

b) Aplicación en forma directa.

Uno de los casos en que se utilizó la cláusula en forma directa como fundamento para sobreseer a una víctima de trata, fue en un hecho que tramitó ante el Juzgado Federal n° 3 de La Plata (causa n° 9828) y que culminó con una sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Oral Criminal Federal n° 2 de La Plata por el delito de trata de personas contra otros dos imputados que habían captado, trasladado, recibido y explotado a varias mujeres provenientes del Paraguay en un prostíbulo de la Provincia de Buenos Aires²¹.

A través de la sentencia se establece: “...que las víctimas se encontraban bajo la autoridad de los imputados mediante violencia moral e intimidación, colocándolas en una situación de vulnerabilidad a punto tal que, a una de ellas (MCC), el imputado MG la habría inducido a que accediera a la práctica de un aborto, ocasionándole no sólo el previsible daño físico y psíquico que dicha maniobra representa sino que, además, fue castigada en su remuneración y le impidió buscar refugio con sus seres queridos en su país.”²²

“La víctima MCC había sido declarada inimputable durante la instrucción del sumario, en ocasión de decretarse el procesamiento de MG con relación al delito de inducción al aborto (artículo 85, inc. 1°, del Código Penal). Dicha declaración de inimputabilidad tuvo expresamente en cuenta la condición de víctima de MCC y utilizó el artículo 5° de la ley 26.364 como argumento directo.”²³

20 Ídem, pág. 14.

21 Ídem, pág. 11.

22 Ídem.

23 Ídem, pág. 12.

Durante la instancia de debate, los jueces absolvieron al MG con relación al delito de aborto²⁴.

Como podemos ver, en este precedente la cláusula fue utilizada para subsumir el caso como un supuesto de inimputabilidad en la imputada víctima objeto de trata.

La crítica a este precedente, reside en que para algunos autores, el supuesto de aplicación de la cláusula del art. 5 debería haber sido subsumido en un estadio posterior de no punibilidad, es decir, como un supuesto de exención de responsabilidad penal por razones de política criminal²⁵.

En tal sentido, se sostiene que *“La diferencia puede ser importante pues la no punibilidad reposa en un supuesto de exención de responsabilidad penal por razones de política criminal, que no dependerán jamás de si la víctima actuó con libertad o, por el contrario, fue inducida por su captor, de acuerdo las circunstancias probadas del caso, sino que implica una presunción iure et de iure de que una víctima de trata personas y de explotación, por las especialísimas condiciones que soporta durante su explotación, no merece ningún reproche, ni sufrimiento adicional al padecido.”*²⁶

Sentado ello y más allá de los casos en que la cláusula es aplicada en forma indirecta, podemos advertir que no existe claridad en relación a qué “filtro”, dentro de la teoría del delito, corresponde para su implementación en forma directa para la resolución de casos.

IV. Artículo 5 de la Ley 26.364 y la teoría del delito.

Ahora bien, frente a la comisión de un hecho ilícito, para determinar si determinado accionar constituye delito, lo primero que analizamos es la conducta de quien sería el victimario, es decir, enfocamos la atención en su accionar o su falta de.

Señala Rusconi que *“La teoría del delito ha tenido siempre la función de facilitar el trabajo judicial en materia penal. Se ha buscado organizar metodológicamente el camino de las decisiones judiciales referentes a la existencia de un hecho ilícito jurídico-penalmente relevante y a la atribución de ese hecho a un sujeto responsable”*²⁷.

*“La teoría del delito, al cumplir esta misión metodológica, ofrece un modelo de aplicación de la ley penal que pretende evitar...la arbitrariedad y la desigualdad; se busca el logro de cierta seguridad jurídica.”*²⁸

24 Ídem.

25 Ídem.

26 Ídem.

27 RUSCONI, Maximiliano, *Derecho Penal, Parte General*, 2º edición, Buenos Aires, Ed. Ad.Hoc, 2009, pág. 250.

28 Ídem.

No desarrollaremos, en profundidad, cada uno de los requisitos o filtros que viene a aportar la teoría del delito para determinar si efectivamente nos encontramos frente a la comisión de un hecho ilícito, pero lo cierto, es que lo citaremos para orientarnos en cuanto a la aplicación de la cláusula.

En efecto, del desarrollo efectuado en el apartado que antecede no se puede advertir si la cláusula se corresponde con la falta de acción, la falta de una conducta típica o antijurídica o simplemente es una conducta no punible.

En tal sentido se ha dicho que *“Independientemente de la naturaleza que quiera dársele a esta cláusula, considero que el deber de declarar la no punibilidad es una obligación que debe ejercerse de inmediato porque no podría avanzarse sobre la determinación de la responsabilidad penal de la persona al mismo tiempo que el Estado tiene el deber de protegerla como víctima y suministrarle las herramientas para salir de esa situación. El poder judicial debe velar por la plena vigencia de las garantías constitucionales y convencionales, por lo que no corresponde que intervenga interponiendo un vallado extra y entorpeciendo una concreta situación que requiere asistencia psicológica y social urgente, pues cualquier magistrado llamado a comprobar una causal de no punibilidad supeditaría el ejercicio de un derecho expresamente reconocido por una convención internacional y la ley (como es el deber de asistencia de las víctimas de trata de personas y delitos sexuales) a un trámite judicial innecesario y carente de sentido. En similar sentido, sobre otra cláusula de no punibilidad por razones humanitarias se ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación recientemente (13/3/2012) “F.A.L.”*

En efecto, postergar la aplicación de la cláusula de no punibilidad implicaría la imposibilidad de brindarle un adecuado tratamiento psicológico y social a la víctima pues podría afectar la garantía que prohíbe la autoincriminación forzosa; a la vez que, por lo demás, sería exponer a la mujer a la humillante tarea, como ocurriría en nuestro caso, de tener que aportar datos para demostrar que fue violada sexualmente, que fue explotada laboralmente y golpeada por su padre el día que dio a luz a su hijo, todo ello mientras vivía en condiciones inhumanas e insalubre en la quinta del imputado”²⁹.

De ello se desprende que sin perjuicio de las dificultades que se pueden presentar a la hora de excluir la responsabilidad de la misma, esto debe hacerse con la

²⁹ Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N° 3 de Mar del Plata, Causa N° 6127, “Av. Pta. Inf. Ley 26.364”, del 15 de marzo de 2013.

mayor celeridad posible a los efectos de poder acompañar a la víctima desde el inicio del proceso.

Ahora bien, desde un análisis doctrinal respecto de la norma, como se señaló se la ha identificado como una “excusa absolutoria”, como se desarrolló se trataría de una acción, típica, antijurídica, culpable, pero no punible. Para muchos autores, las excusas absolutorias suponen la existencia de un delito, es decir, la existencia de responsabilidad penal por parte del acusado, eximiéndolo de pena por cuestiones distintas de aquellas que conformaron la responsabilidad, por ejemplo, de política criminal³⁰.

Por ello, se indica que mejor, sería pensar *“la cláusula como una norma que refuerza la aplicación de otras reglas generales de irresponsabilidad penal, como por ejemplo, los casos en que la víctima hubiera cometido el delito bajo coacción directa de su tratante (normas generales de justificación e inculpabilidad) y excluirse así el delito, antes que la pena. De ser así, el artículo 5° de la ley de trata podría ser utilizada como regla especial de generales supuestos de atipicidad subjetiva (no hay fin de explotación sino de supervivencia en la víctima antes explotada que cobra un sueldo por regentear el prostíbulo cuya ganancia entrega al dueño) de justificación (estado de necesidad por vulnerabilidad especial: una vida de explotada sexual en prostíbulos la deja enferma, pobre e incapacitada para proyectar una inserción laboral plausible, y acaba recibiendo mujeres en un prostíbulo con el fin de que se explote su sexualidad), o de inculpabilidad...”*³¹.

En tal sentido se señala que *“La víctima de trata es víctima de una fuerte restricción en su libertad de autodeterminación y dignidad. Esas vulneraciones a la libertad personal son justamente el motivo de reproche en el delito de trata (lesión del bien jurídico protegido por el delito de trata). El reproche penal, por otro lado, tiene como prerequisite acreditar que el autor tenía ante sí posibilidades de acción alternativas a la comisión del delito (principio de culpabilidad)”*³².

Explicadas estas posiciones, corresponde hacer un breve relato respecto la evolución histórica de la teoría del delito y para ello haremos una mínima reseña.

Dice Rusconi que *“normalmente se hace mención a cuatro etapas: clásica, neoclásica, finalista y la época actual que es caracterizada por la influencia de cierto normativismo.”*³³

30 COLOMBO, Marcelo, cit. ob., pág. 16.

31 Ídem, pág. 16/17.

32 Ídem, pág. 18.

33 Ídem, pág. 257.

La primera expresión sistemática de la teoría del delito remite a lo que hoy se denomina sistema clásico y que en ocasiones fue emparentado con el modelo llamado causalista, en el cual, *“Se partía de la base de que el delito constataba dos aspectos, uno externo (acción, tipicidad y antijuricidad) y otro interno (culpabilidad).”*³⁴

Así, *“los requisitos para la confirmación de un delito que se presentaban como objetivos (manifestación externa del hecho) pertenecían en su comprobación sistemática a la tipicidad y a la antijuricidad (lo ilícito). La culpabilidad, en cambio, era el lugar en el cual se certificaba la presencia de los requisitos subjetivos (dolo y culpa).”*³⁵

Así las cosas, se pusieron en crisis la idea de que todo lo objetivo va al ilícito y todo lo subjetivo va a la culpabilidad, toda vez que comienza a advertirse que el injusto no es explicable en todos los casos sólo por elementos puramente objetivos y a la inversa, la culpabilidad tampoco se basa exclusivamente en elementos subjetivos, esto teniendo en cuenta que existen algunos tipos penales que contenían exigencias de especiales elementos subjetivos del tipo, distinto del dolo³⁶.

Este modelo neoclásico requirió una redefinición de la teoría de la culpabilidad³⁷.

La llegada del finalismo o teoría final de la acción, produce un cambio arquitectónicamente relevante, según el cual la acción no puede ser entendida sólo desde el punto de vista objetivo-externo, sino que se trata de un proceso en el que hay un permanente ida y vuelta entre lo externo y lo interno.

Sentado ello, cabe decir que en la actualidad el pensamiento dogmático no ha variado la estructura arquitectónica que imperaba durante la vigencia del finalismo más tradicional, toda vez que sobre las formulaciones finalistas se derivó en una puesta en escena, en un lugar primordial, del desvalor de acción³⁸. *“Ello concluyó en una explicación del ilícito que subrayaba un subjetivismo extremo. Para este tipo de explicaciones, todo lo relevante para fundar el ilícito se encuentra en el desvalor de acción. El resultado, por ejemplo, no agrega nada en el ilícito y no debería agregar nada punitivamente hablado.”*³⁹

34 Ídem.

35 Ídem, pág. 258.

36 Ídem, pág. 259.

37 Ídem.

38 Ídem, 260/261.

39 Ídem, 261.

Entonces, a esta altura y teniendo en cuenta el aporte sustancial producido por la doctrina finalista, nos centrarnos en su análisis.

V. Doctrina Finalista de la Acción y Artículo 5° de la Ley 26.364.

En la Doctrina Finalista de la Acción, la acción es entendida como “*ejercicio de actividad final. La acción es, por tanto, un acontecer “final” y no solamente “causal”. La “finalidad”, o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta...*”⁴⁰.

“Actividad final es una actividad dirigida conscientemente en función del fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido en función del fin, sino que es la resultante causal de una constelación de causas existente en cada momento...”⁴¹.

“Dado que la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites las consecuencias de su intervención en el curso causal y de dirigir, por consiguiente, éste, conforme a un plan, a la consecución del fin, la espina dorsal de la acción final es la voluntad, consciente del fin, rectora del acontecer causal.”⁴²

Conforme esta doctrina, la acción se comprende como fenómeno social⁴³.

“El sentido social de una acción se determina no sólo según el resultado⁴⁴, sino también según la dirección de la voluntad que el autor ha impreso en la acción. Ninguna doctrina de la acción puede ignorar este hecho.”⁴⁵

“Lo injusto no se agota en la causación del resultado (lesión del bien jurídico), desligada en su contenido de la persona del autor, sino que la acción es sólo antijurídica como obra de un autor determinado: el fin que el autor asignó al hecho objetivo, la actitud en que lo cometió, los deberes que le obligaban a este respecto, todo esto determina de un modo decisivo lo injusto del hecho junto a la eventual lesión del bien jurídico. La antijuricidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un

40^{WELZEL} Hans, *El nuevo Sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Maestros del Derecho Penal, Director: Gonzalo D. Fernández –Coordinador: Gustavo E. Aboso, Buenos Aires, Ed. Bdef, 2002, pág. 41 y siguientes.

41 Ídem, pág. 41.

42 Ídem, pág. 42.

43 Ídem, pág. 53.

44[“]el concepto personal de lo ilícito nació como un concepto bidimensional: junto a la lesión del bien jurídico (disvalor del resultado) incluyó los elementos personales que fundamentan el significado social negativo del comportamiento (disvalor de acción). En la actualidad hay una fuerte corriente que estima que, en verdad, el concepto personal de lo ilícito debería agotarse en el disvalor de acción y que el disvalor del resultado nada agrega al mismo” (BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Santa Fe de Bogotá, tercera reimpresión, Ed. Temis S.A., 1996, pág. 75).

45^{WELZEL}, cit ob., pág. 63.

autor determinado. Lo injusto es injusto de la acción referido al autor, es injusto personal.”⁴⁶

Indica Sancinetti, que “*la teoría elaborada por Hans Welzel, sobre la base de su concepto final de acción...explicó al ilícito, ante todo, en torno al disvalor del acto... Pero Welsel no erradicó enteramente del ámbito del ilícito, al disvalor del resultado*”⁴⁷.

El concepto de ilícito se apoya sobre un concepto de norma que es punto de referencia del sistema⁴⁸.

Ahora bien, señala Sancinetti que “*en la prohibición o en el mandato de la norma está representado el valor (primario) del bien jurídico y la acción será contraria a la norma en la medida en que la voluntad del autor se refiere (negativamente) al daño o puesta en peligro de ese bien jurídico.*”⁴⁹

Aclara este último autor que el bien jurídico⁵⁰ por un lado le da legitimidad a la norma, cumple una función prioritaria en el concepto de ilícito y por el otro cumple la función de definir el disvalor de la acción contrario a la norma; pues la acción es contraria a la norma en la medida que se contrapone al bien jurídico y por medio de esto a la norma.

Amén de ello, sostiene que la función legitimante de la norma penal, que tiene el bien jurídico, no se pone de manifiesto entonces en que debe haber un menoscabo efectivo (Resultado), sino en que sólo mediante la relación de oposición entre la voluntad del autor y el bien jurídico, puede ser definido el disvalor de la acción⁵¹.

En esa línea de pensamiento, señala Bacigalupo que “*el concepto personal de lo ilícito se fundamenta en la necesidad de que el hecho ilícito, como hecho social, se diferencie de los meros sucesos naturales explicables por la causalidad. El hecho humano que puede dar lugar a lo ilícito se debe caracterizar por llevar en sí los*

46 Ídem, pág. 106.

47 SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1991, pág. 4/5.

48 Ídem, pág. 17/18 y 57/58.

49 Ídem, pág. 112.

50 “la misión primaria del derecho penal no es el amparo actual de los bienes jurídicos; es decir, el amparo de la persona individual, de la propiedad, etc., pues es allí, precisamente, a donde, por regla general, llega su acción demasiado tarde. Por encima del amparo de los bienes jurídicos individuales concretos, está la misión de asegurar la validez real (la observancia) de los valores del actuar según el pensamiento jurídico. Ellos constituyen el más sólido fundamento sobre el que se basan el Estado y la sociedad. El mero amparo de bienes jurídicos sólo tiene una finalidad negativo-preventiva, policial-preventiva...” (WELZEL Hans, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1956, pág. 3).

51 Ídem.

*elementos que permitan afirmar su contradicción con el orden social. En consecuencia, la comprobación de la causalidad de la lesión del bien jurídico es insuficiente.”*⁵²

Entonces, podemos elaborar una primera conclusión lo decisivo es la decisión de afectación del objeto de bien jurídico, lo que se presenta desde el momento de la acción.

Si tenemos en cuenta que la acción se entiende como actividad final que está dirigida conscientemente en función del fin, es evidente que las víctimas que son objeto de trata no podrán dirigir su acción en ese sentido. Es decir, en su acción no existirá nunca esa finalidad de explotación que exige la norma.

Nótese que *“algunas víctimas de trata con fines de explotación sexual suele ‘escalar’ en la organización criminal, para salir de ese modo del lugar de víctimas para pasar a ocupar lugares activos en las redes de trata. Estas modalidades implican una afectación adicional para esas víctimas, ya que a las vulneraciones tradicionales de sus derechos se suma el riesgo de ver comprometida su responsabilidad penal.”*⁵³

En ese accionar, como se puede ver, la finalidad es salir de la posición de víctima. Por ello, sostenemos que en el caso de la víctima la cláusula de art. 5 de la Ley 26.364 debe ser considerada como una causal de exclusión de la acción -siguiendo la doctrina finalista-.

En este punto no se debe perder de vista que dado el carácter de víctima, conforme se lo explicó precedentemente, debe encontrarse una respuesta inmediata por parte del Estado para darle la asistencia que necesita.

VI. Límites a la aplicación de la cláusula.

Sin perjuicio que consideramos, se debe promover la aplicación de esta norma en forma amplia e inmediata cuando nos encontramos ante la presencia de una víctima, resulta oportuno traer a cuenta un límite impuesto recientemente en la jurisprudencia, el cual, creemos resulta acertado.

En tal sentido, la Cámara Federal de Casación Penal ha señalado que *“La inteligencia amplia de esta eximente deviene del objetivo de proteger a las víctimas de explotación y evitar el mayor grado de re-victimización, esto es, su criminalización, toda vez que sólo así se evitará volver a etapas preteridas en las que se perseguía penalmente a las mujeres vulnerables que ejercían el comercio sexual”* (causa n° FCB 53200033/2012/TO1/CF1, caratulada: *“Dezorzi, Valeria Soledad s/ recurso de casación”*, reg. n° 1003/17, rta. 15/8/2017), lo cierto es que Lucy Campos Alberca –

⁵² BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, ob. cit., Pág. 75.

⁵³ MARTINEZ, Stella Maris, “Criminalización de víctimas de trata de personas”, *Revista das Defensorías Públicas do Mercosul*, n° 3, Brasilia, DF, junio 2013, pág. 52.

muy a pesar de la esforzada defensa- no sufría explotación sexual ni laboral, sin perjuicio de los elementos que indican que aquella había estado en esa situación años antes o ejercía el comercio sexual en forma independiente y a precios elevados, debido a que “ya no tenía necesidad” (cfr. fs. 279, citado en la sentencia a fs. 24vta. del legajo de casación). Pues bien, según ha establecido este tribunal, la eximente exige que no exista interrupción entre la victimización y el paso al rol de victimaria y que el desempeño de actividades de explotación o reclutamiento hayan sido la forma en que la víctima de trata logró poner fin o morigerar su propia explotación sexual (cfr. causa n° FGR 81000828/2012/CFC1, caratulada: “Justino, Horacio Abel y otra s/ recurso de casación”, reg. n° 23/17, rta. 13/2/2017). Por tales motivos, he de proponer al acuerdo hacer lugar al recurso de la querrela en orden a la arbitrariedad de la calificación de la conducta de Lucy Campos Alberca como partícipe secundaria y rechazar el recurso de su defensa en cuanto reclama la aplicación del art. 5° de la ley n° 26.364.”⁵⁴

Entonces, del análisis efectuado, cabe decir que la alegada condición pasada de explotación, resulta insuficiente para excluir de responsabilidad a la imputada, toda vez que si bien indefectiblemente pudo haber determinado su personalidad y su realidad actual, pudo haber dirigido su acción de acuerdo a la finalidad concreta de explotación conforme lo exige la normativa, toda vez que no existía una amenaza actual que coarte su libertad.

En ese sentido, teniendo en cuenta el precedente descripto de la CFCP, es evidente que debe haber una continuidad en la posición de víctima, sin interrupción alguna.

VII. Corolario.

Del análisis efectuado, se puede apreciar que la no aplicación de la norma trae distintas consecuencias.

Por un lado, se recurre al análisis de otros dispositivos de no punibilidad que requiere mayor exigencia (atipicidad, justificación e inculpabilidad) y puede generar afectación de personas vulnerables, como así también aplicación irracional de la sanción penal.

El limitado uso de la norma y su controvertida clasificación dentro de la teoría del delito, entendemos, exige un adecuado encuadramiento. Proponemos como posible solución, su implementación conforme la Doctrina Finalista de la Acción, esto es desde

⁵⁴ Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, en la causa n° FGR 52019312/2012/TO1/18/CFC2 del registro de esta Sala caratulada: “Montoya, Pedro Eduardo y otras s/ recurso de casación”, REG. 249/17, 12/04/2018.

el inicio y como excluyente de la acción, por ser víctima objeto de trata y no tener posibilidad de dirigir su acción conforme un plan final, esto en el sentido de actividad final.

Creemos que su aplicación debe ser entendida en sentido amplio, pero con las limitaciones marcadas, a los efectos que la víctima pase a ocupar el carácter que le corresponde en el proceso, con la correspondiente asistencia y auxilio del estado.