

ANÁLISIS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CLÁUSULA DE NO PUNIBILIDAD PREVISTA EN LA LEY 26364 DE TRATA DE PERSONAS

Yazmín Rocío de los Santos

Universidad Austral

yazminrdelossantos@gmail.com

Recibido: 05/04/2022

Aceptado: 26/04/2022

Resumen

El objeto del presente trabajo pretende discutir sobre los alcances de la cláusula de no punibilidad prevista en la ley de trata de personas (artículo 5 de la Ley 26364) y los motivos por los cuales ha sido profundamente desatendida desde su sanción en el año 2008 hasta la actualidad. Se verá entonces la importancia del principio de no castigo a las víctimas de trata a nivel internacional, su recepción en la legislación argentina y el abordaje que recibió por parte de la doctrina y la jurisprudencia, para luego pasar a analizar su naturaleza jurídica en miras a obtener respuestas acerca de los motivos de su nula o escasa aplicación en los hechos, en donde claramente podría haber sido la solución al caso. Así, se evaluará su posible encuadre –y los problemas que se presentan– dentro de la dogmática penal como una especie de causa de justificación (estado de necesidad justificante) o de exculpación (estado de necesidad exculpante o disculpante), para luego pasar a examinarla como una excusa absolutoria, tal como es entendida actualmente por casi la totalidad de la doctrina y la jurisprudencia. Asimismo, se la analizará como una herramienta de protección a los derechos humanos de las víctimas y como una especie de regla de disponibilidad de la acción penal. Para concluir se formulará una propuesta de encuadre, con el objetivo de colocar a la cláusula en un ámbito de prioridad frente a los institutos generales dentro de la dogmática penal, siempre que se presente en el caso los requisitos que allí se exigen, sin que resulte ocioso acudir a ella ni que lo sea en perjuicio de la víctima-victimaria. En definitiva, lo que se busca con el análisis aquí desarrollado es, fundamentalmente, velar por una rápida aplicación de la cláusula a fin de evitar la revictimización y asegurar de inmediato la tutela de derechos que el ordenamiento le acuerda a la víctima en calidad de tal (artículos 6 a 9 de la Ley 26364).

Palabras clave: trata de personas, víctima, no punibilidad, naturaleza jurídica, estado de necesidad justificante, estado de necesidad exculpante o disculpante, excusa absolutoria.

Analysis of the Legal Nature of the Non-punishability Clause Provided for in Law 26364 of Human Trafficking

Abstract

The purpose of this paper is to discuss the scope of the non-punishability clause provided for in the law on human trafficking (Article 5 of Law No. 26.364) and the reasons why it has been deeply neglected since its enactment in 2008 until today. The importance of the principle of non-punishment of victims of trafficking at the international level, its reception in the Argentine legislation, the approach it has received from the doctrine and jurisprudence will then be discussed, in order to analyze its legal nature, with a view to obtaining answers about the reasons for its null or scarce application in the facts where it clearly could have been the solution to the case. Thus, it will be evaluated its possible framing –and the problems that arise– within the criminal dogmatic, as a kind of cause of justification (justifying state of necessity) or of exculpation (exculpating or excusing state of necessity), to then examine it as an acquittal excuse, as it is currently understood by almost all the doctrine and jurisprudence. It will also be analyzed as a tool for protecting the human rights of the victims and as a kind of rule of availability of the criminal action. In conclusion, a proposal will be made to place the clause in a priority position in relation to the general institutes within the criminal dogmatic, provided that the requirements therein demanded are present in the case, without it being idle to resort to it, nor to the detriment of the victim-victimizer. In conclusion, what is sought with the analysis developed here is, fundamentally, to ensure a quick application of the clause in order to avoid revictimization and immediately ensure the protection of the rights that the law grants to the victim as a victim (Articles 6 to 9 of Law 26364).

Key words: human trafficking, victim, non-punishability, legal nature, justifying state of necessity, excusing or exculpatory state of necessity, excuse of acquittal.

1. Introducción

El principal interés en analizar la naturaleza jurídica de la cláusula del artículo 5 de la Ley 26364, que prevé la no punibilidad de la víctima de trata de personas por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de aquello, ha sido ahondar en los motivos por los cuales resulta, en la práctica, difícilmente aplicable y, en muchos casos en los que debería resultar operativa, se recurre a otros institutos para desvincular a la víctima del proceso penal al que está siendo injustamente sometida como victimaria, como por ejemplo apelando al principio *in dubio pro reo* o a cualquier otro instituto de carácter general, dejando de lado una cláusula tan valiosa que importa la manifestación de los derechos de las víctimas de estos delitos atroces, en virtud de su errónea interpretación y encuadre jurídico penal. Así, se suelen imponer ciertas exi-

gencias –que la ley no prevé– que hacen a la difícil tarea de aplicar la norma en etapas tempranas del proceso penal y, con ello, evitar la revictimización –y sus consecuencias indeseables–, además de la privación de los derechos que le asisten en calidad de tal.¹

Por tal motivo, el objeto del presente trabajo será analizar la disposición en cuestión y determinar su alcance para que logre ser aplicada de manera efectiva y con los menores obstáculos posibles desde el inicio de la causa. Ello, más allá de promover que –siempre que sea posible determinar la calidad de sujeto pasivo del delito de trata desde el primer contacto con el hecho– aquel sea tratado como tal y se dé cumplimiento de inmediato al catálogo de derechos que el ordenamiento le acuerda.

Empero, cierto es que existen casos en los que no se logra determinar en ese inicial contacto si aquella es o no una víctima del delito de trata, por lo que la propuesta que se desarrollará en el presente trabajo estará dirigida a este supuesto, en el que indefectiblemente el proceso penal se inicia contra tal persona.

Lo que aquí se planteará es que en estos escenarios, en los que inicialmente existan dudas acerca del verdadero rol, se priorice la comprobación de esta circunstancia para desechar rápidamente la posibilidad de estar sometiendo injustamente a proceso a una víctima y, consecuentemente, incumpliendo con los compromisos internacionales que ha suscrito el Estado argentino. Cabe recordar que al ratificar el Protocolo de Palermo, el Estado ha quedado como garante o responsable de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción y, por ello, detenta el deber de protección a las víctimas hasta el logro efectivo de las reparaciones pertinentes.

2. Principio de no castigo a las víctimas de trata

2.1. Recepción en la legislación argentina

Fue recién en el año 2008 cuando el legislador argentino sancionó la Ley 26364 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas –que luego fue modificada en 2012 mediante Ley 26842–, cumpliendo con el compromiso asumido por el Estado nacional frente a la comunidad internacional al suscribir el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Nacio-

1 Cfr. artículo 6 a 9 de la Ley 26364.

nes Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, conocido como Protocolo de Palermo (ratificado por la Argentina en el año 2002 y aprobado por la Ley 25632, BO 29/08/2002).

La cláusula objeto del presente trabajo, que fue dictada como consecuencia directa del artículo 14.2 del mentado Protocolo, en el que se recepta el principio de no discriminación de las víctimas de trata de personas, está prevista en el artículo 5 de la ley nacional en cuestión, que reza:

ARTÍCULO 5º – 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 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.

Dicha norma vino a positivizar en el derecho argentino el principio de no castigo a las víctimas de trata, consagrado a nivel internacional. Cabe recordar que, tal como refiere Sánchez-Ostiz (2012), aquellos se tratan de

enunciados normativos con pretensiones de validez y aplicación, caracterizados por ser origen de otras decisiones jurídicas a las que dan sentido, pero también por estar dotados de elevado grado de abstracción que los hace inoperantes para la aplicación directa por subsunción de ellos. (p. 59)

Su plasmación legal o jurisprudencial coopera a la obtención de consenso y aceptación, y eso es lo que ha buscado el legislador con su incorporación en la ley nacional de trata de personas.

2.2. Requisitos para su aplicación

De conformidad con lo allí previsto, para que se torne aplicable se requiere estar frente a una víctima del delito de trata de personas –cualquiera sea el tipo de explotación a la que esté siendo sometida–, que en el hecho investigado haya actuado en calidad de sujeto activo –cualquiera sea la figura delictiva presuntamente cometida– y que la comisión de aquel haya sido resultado directo de ese contexto de sometimiento.

Como fue dicho, la importancia de identificar rápidamente a la víctima del delito de trata radica en que no solo se corre el riesgo de criminalizarla injusta-

mente, sino que, además, con ello se intensifica su revictimización y se la priva de los derechos que le asisten en calidad de tal.²

En esa tarea, tal como indica la Procuraduría de Trata y Explotación de Personas (PROTEX) (2021), dependiente del Ministerio Público Fiscal de la nación argentina, resulta menester: a) deshacer algunos de los prejuicios existentes en torno a la “víctima ideal”, esta es, aquella que inmediatamente y sin dudas se integra como tal al proceso penal; y b) identificar posibles víctimas de trata en procesos judiciales no iniciados en relación con este delito.

Asimismo, cabe afirmar que, tal como fue remarcado por la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC, por sus siglas en inglés) (Naciones Unidas, 2019, p. 33) y sostenido por la mayoría de los países³ (Naciones Unidas, 2020a, p. 11, párr. 65), para determinar que el agente efectivamente reviste la calidad de víctima solo se requieren motivos razonables, no una prueba absoluta, sin que se imponga como exigencia que medie una sentencia condenatoria que así la declare. Una vez que la presunta víctima plantea su actuación en el marco de aquella situación, el fiscal es el encargado de revocar la presunción, sin que quede duda razonable.

Respecto a la siguiente condición que establece la norma, en lo que refiere a la conexión directa de una y otra circunstancia –situación de víctima y comisión de un delito–, algunos autores, como Julio Ortiz (2019), entienden que no es una regla que deba ser acatada con estricto apego, por cuanto pueden aparecer supuestos en los que se da una interrupción temporal, pero que, por distintas cuestiones, de igual modo el principio resulta operativo.

En este sentido se expide María L. Carrera (2017, p. 3), quien critica el límite temporal acotado a la inmediatez que exige parte de la doctrina y jurisprudencia por no encontrarse regulado expresamente y sostiene que el resultado directo que prevé la norma podría darse tanto al momento del hecho ilícito como también de manera previa.

Para determinar aquella relación directa, María Luz Castany (2012, p. 2079) propone recurrir a los imprescindibles aportes de la sociología y a los datos estadísticos con los que se interpreta la realidad.

Entiendo, de conformidad con esta última postura, que más que un requisito temporal en el sentido de contemporaneidad⁴ se trata únicamente de com-

2 Véanse los artículos 6 a 9 de la Ley 26364.

3 Así, por ejemplo, está previsto en la *Guía legal para fiscales de la Corona Británica* (The Crown Prosecution Service, 2020).

4 El requisito de la contemporaneidad ha sido exigido por la Corte de Apelaciones del Estado de

probar aquella relación *directa* entre el hecho objeto de estudio y la explotación previa del agente.

Así es como está previsto en los principios y directrices recomendados del Alto Comisionado de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos (ACNUDH) (Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito [UNODC], 2020, p. 77) y además ha sido reafirmado por la entonces relatora especial para la trata de personas, especialmente mujeres y niñas, del ACNUDH, Maria Grazia Giammarinaro, al cierre de su mandato el 30 de julio de 2020 (Naciones Unidas, 2020b, párr. 23).

Vale remarcar que en varias ocasiones la jurisprudencia entendió configurado dicho requisito cuando el hecho fuera cometido como consecuencia directa de la vulnerabilidad padecida por la víctima y de la que se aprovechó el tratante.⁵

2.3. Importancia y alcance

La regulación del principio de no castigo en el derecho interno resultaba un imperativo internacional, puesto que configura una de las manifestaciones de protección de los derechos humanos de las víctimas de trata.

Aquel, como indican Colombo y Mángano (2013), es el “reflejo del extenso reconocimiento que la ley de trata realiza respecto de la extrema vulnerabilidad en la que se encuentran las víctimas de trata antes, durante y luego de los hechos que las tienen por víctimas” (p. 17).

El fundamento de la cláusula radica en que justamente aquella, al momento de la comisión del acto ilícito, cuenta con una libertad de autodeterminación totalmente limitada, circunstancia que se presume *iure et de iure* frente a la comprobación de su rol pasivo del delito de trata (como fue dicho, en base a razones suficientes, no prueba acabada). En tanto, en ese marco, las reglas de la lógica y la sana crítica nos inducen a pensar que el sujeto actuó fuera de su ámbito de determinación y posiblemente con el fin de asegurar su propia supervivencia, por lo que no se puede reprochar penalmente la conducta ejecutada.

Oportunamente indica María Manuela Lopérfido (2018, p. 292) que “la cláusula de no punibilidad introduce un fundamento humanitario de política

California en el caso estadounidense *el Pueblo v. Aarica S.* (2014).

5 Véase Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, *Dezorzi*, Reg. N° 1003/17, p. 4, 11, 12; *Montoya*, Reg. N° 249/17, p. 82; *Justino*, Reg. N° 23/17, p. 32; Sala IV, *Figuroa*, Reg. N° 828/17.4, pp. 67 y 80; como también el caso del Tribunal de Primera Instancia de La Haya, Países Bajos, 09/754126-08, 2010, p. 6.

criminal, a partir del cual el legislador decidió reafirmar la condición de extrema vulnerabilidad de una víctima de trata o explotación”.

La importancia de la disposición en estudio se vislumbra a nivel internacional y, sobre todo, ha cobrado mayor protagonismo en los últimos dos años.

En el reporte ya mencionado, elaborado por Maria Grazia Giammarinaro (Naciones Unidas, 2020b, párr. 9), se indicó que el derecho a no ser castigado puede considerarse como “el corazón palpitante” de la protección de los derechos humanos de las víctimas a nivel internacional, regional y nacional, por lo que se le debe otorgar una prominencia de alto nivel, ya que se relaciona con el derecho legal inextinguible de la víctima a ser protegida por la ley.

Seguidamente, en octubre de ese mismo año, la nueva relatora especial, Siobhán Mullally, con motivo de la décima sesión de la Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, también afirmó que el principio resulta fundamental para reconocer a las víctimas como titulares de derechos. Además, agregó que para combatir la impunidad y garantizar la rendición de cuentas por la grave violación de derechos humanos debemos asegurarnos de que estamos apuntando a los autores del delito de trata y no a las víctimas.

El Grupo de Trabajo sobre la Trata de Personas (Naciones Unidas, 2020a, pp. 4-5, párr. 20), por su parte, ha indicado que la no aplicación del principio constituye una denegación de justicia, pues inculpa a las víctimas por delitos que no habrían cometido de no ser por su condición de tal. Detrás de esta afirmación está la noción de “libre elección” y, específicamente, el hecho de que las personas objeto de trata que cometen delitos relacionados con su explotación no actúan libremente. Castigar a alguien en tales circunstancias sería una desviación de un principio de derecho penal establecido desde hace mucho tiempo, común a los sistemas legales de todo el mundo, según el cual solo aquellos que se involucran en un comportamiento delictivo de su propia elección deben ser castigados por el Estado. Bajo este enfoque, no es meramente el estatus de la persona (es decir, víctima de trata) lo que sustenta el principio –lo equivaldría a proporcionarles inmunidad general–, sino más bien es el hecho de que cometen delitos como resultado de la fuerza u otro tipo de coerción por parte de los tratantes, lo que demuestra que han actuado de manera involuntaria.

Cabe destacar que este principio no solo rige para aquellas víctimas de trata que, en situación de tales, explotan o colaboran en la explotación de otras, sino respecto a todos los delitos, incluso actos ilegales civiles, administrativos o los vinculados con la inmigración.

En tal sentido, en un estudio del citado Grupo (Naciones Unidas, 2020a, p. 88) efectuado sobre algunos casos de este tipo alrededor del mundo, se indicó que los delitos generalmente cometidos por las víctimas suelen ser: posesión de documentos de identidad fraudulentos, robo, estafa, prostitución, solicitud de prostitución, mantenimiento ilegal de un burdel, aborto forzado, violencia sexual y física, secuestro y delitos relacionados con las drogas, entre otros.

Además, las recomendaciones de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), del Consejo de Europa para el seguimiento del Convenio Europeo y del Grupo de Expertos sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos (GRETA) expresamente desaprueban la exclusión *prima facie* de algún delito; remarcan que cuanto más grave sea el ilícito, será más necesario establecer las circunstancias en las que su comisión tuvo lugar y si el derecho de no criminalización puede válidamente ser aplicado (Procuraduría de Trata y Explotación de Personas [PROTEX], 2021).

2.4. Contexto de aplicación

2.4.1. El delito de trata de personas

Previo al estudio del fondo del asunto de este trabajo, es importante efectuar un breve repaso de lo que implica la figura de la trata de personas a la que se encuentran sometidas las víctimas-victimarias al momento de ejecutar alguna conducta penalmente relevante.⁶

La dinámica de este delito nos permitirá entender la naturaleza jurídica de la cláusula en cuestión de acuerdo con las finalidades buscadas con su regulación, de modo de obtener una concepción del instituto que no sea fría y distante a la realidad y de cuya aplicación se obtengan resultados indeseados o que directamente por su encuadre no sea aplicada a los casos que la requieren de inmediato.

Por “dinámica del delito” se debe entender

al estudio de las características que asume un problema criminal en un tiempo y lugar determinado, con eje en sus regularidades. Da cuenta de ella la información referida al perfil de las víctimas; los *modus operandi* de los tratantes (formas de captación, traslado, explotación, y sometimiento), el despliegue territorial (la incidencia de cada actividad ‘captación, traslado y/o explotación’, en las diferentes zonas); las rutas; el perfil de los tratantes y las características de las

6 El análisis de la figura excede el objeto del presente trabajo por cuestiones de extensión.

redes; las formas de connivencia y complicidad pública que dan oportunidad a la comisión del delito; la vinculación con otros mercados delictivos; las cifras del negocio. En este sentido, se procura realizar un análisis de la problemática desde su dimensión económica-social y cultural. (Unidad Fiscal de Asistencia para la Investigación de Secuestros Extorsivos y Trata de Personas e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, 2012, p. 5)

En el Prefacio a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, organizada por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (Nueva York, 2004), el por entonces secretario general de Naciones Unidas, Kofi A. Annan (2004), tildó a la trata de personas como una de las violaciones más atroces a los derechos humanos, que se agrava cada vez más y cuyas raíces se hallan en las condiciones sociales y económicas de los países desde donde captan a las víctimas y se ve facilitado por las prácticas discriminatorias contra la mujer e impulsado por la cruel indiferencia ante el sufrimiento humano de parte de los que las explotan.

Es ciertamente una consecuencia indeseada de la expansión de la marginalidad, pobreza, discriminación, falta de trabajo, subdesarrollo, ignorancia, discriminación a la mujer, violencia familiar, restricciones migratorias, desigualdad económica entre países, donde las víctimas provienen de los sectores más pobres; y los victimarios, de aquellos más ricos. Se trata, sin dudas, de la nueva cara de la esclavitud.

Aquellos que se dedican a esta actividad lo que buscan es la obtención de un lucro en desprecio de la vida humana de la víctima explotada. Suele tratarse de grupos organizados que obtienen sus “materias primas”, es decir, seres humanos, de los sectores más desprotegidos, por lo que el factor decisivo de la figura en estudio está estrictamente ligado al sistema económico, como desde antaño lo ha estado cualquier tipo de esclavitud.

El delito de trata reconoce como propia una matriz de situación de vulnerabilidad de las personas sometidas; es decir, el grado de mayor o menor situación de vulnerabilidad social, etaria, económica, de género, entre otras, provoca que grupos humanos de un mismo segmento social (marginales del sistema) se vean compelidos a ingresar en la cadena de explotación humana que representa el tráfico de personas (Aboso, 2018, p. 33).

En la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana se emitieron las 100 reglas de Brasilia, a las que adhirió la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) mediante la acordada 5 del 24/02/2009, en las que se describieron las características que presentan las personas en situación de vulnerabilidad, las cuales tienen que ver con cuestiones de edad, género, estado físico o mental o por

circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales y que, por ello, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, pudiendo ser la víctima o alguien que tiene poder sobre ella.

Es cierto que, en ese escenario, la persona es más propensa a brindar su conformidad para ser explotada; los tratantes aparecen como aquellos que les ofrecen una salida, un lugar donde dormir, donde alimentarse y donde obtener dinero para enviarles a sus familias –que, en general, están radicados a gran distancia–, lo cual las coloca en una situación de total subordinación y desamparo, que, en muchos casos, deriva en la imposibilidad de identificarse como víctimas⁷ (PROTEX, 2016), lo que les facilita a los explotadores inducir las a realizar trabajos ilegales, ya sea mediante coacción o por propia voluntad como muestra de agradecimiento y lealtad.

Además, a diferencia de muchos otros delitos, la amenaza para la víctima de este en particular no termina una vez que ha escapado o ha sido rescatada de su situación de explotación.

La cláusula bajo estudio constituye, sin dudas, una decisión acertada del legislador, teniendo en cuenta que, en ese contexto, la posibilidad de pasar de víctima a victimaria siempre está latente, pues aquella condición de sometimiento, explotación, violencia y coacción podría llevar a la persona a cometer delitos, ya sea en defensa propia o de terceros, contra el tratante, un cliente u otra víctima o contra la sociedad en su conjunto (tráfico de estupefacientes, adulteración de documentos), por su propia voluntad (supervivencia) o producto de una voluntad viciada (que, en el fondo, también se trata de sobrevivir a la explotación). Como afirma Julio César Ortiz (2019), “[m]ás de una víctima tratando de escapar del maltrato y como única forma de sobrevivir, buscará la forma de congraciarse paulatinamente con sus explotadores, lo que visibilizará el proceso de esa reconversión” (p. 6).

En los últimos estudios efectuados sobre la materia, se ha advertido el *modus operandi* de los tratantes al utilizar a las víctimas para protegerse del enjuiciamiento, evadir la responsabilidad penal y gozar de impunidad. En general lo hacen para que lleven adelante actos próximos a la explotación misma: reclutamiento de nuevas víctimas, mantenimiento del control sobre aquellas, recaudación del producto de la explotación y la promoción de los servicios, entre otras cosas (UNODC, 2020, pp. 5 y 27).

7 En tal sentido, Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, Díaz, Reg. N° 2471/15.4 y Fay, Reg. N° 645/16; Sala I, Valdez López, Reg. N° 1473/18.

Tanto la UNODC (2020, p. 72) como la PROTEX (2021, p. 8) han remarcado que las diferentes formas de explotación que padecen las víctimas del delito de trata juegan un rol determinante para poder identificarlas cuando se las acusa de la comisión de un ilícito.

2.4.2. Regulación en el Código Penal argentino

La trata de personas como delito específico y autónomo fue introducida en el derecho penal argentino mediante la Ley 26364, dando cumplimiento al compromiso internacional asumido por el Estado al suscribir el Protocolo de Palermo.

Aquel documento describe el delito de trata de personas como

la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos. (Artículo 3, inciso “a”)

Similar redacción escogió el legislador argentino para incorporar la figura en el año 2008. Sin embargo, el actual 145 bis del Código Penal (CP) ha adoptado otros alcances, desinteresándose expresamente del consentimiento de la víctima y exigiendo únicamente para su configuración la existencia de una de las acciones típicas que allí se describen junto a la ultrafinalidad de explotación, sin requerir la presencia de los medios comisivos (que ahora agravan la figura). Aquel tipo se ubica en el libro segundo del Código Penal, título V “Delitos contra la libertad”. La libertad –tanto física como psíquica– deberá ser entendida como libertad de autodeterminación, pues es ese el interés jurídico-social que está detrás de su sanción. Ello implica elegir un plan de vida con respeto hacia su dignidad humana, castigando a aquellos sujetos que conducen a su explotación y esclavización. Aquel plan individual, cuya libertad de elección busca defenderse a través del derecho penal, debe conservar, así todo, un estándar que garantice un piso mínimo de dignidad. Esa elección no puede significar una opción que anule su libertad o la restrinja hasta límites intolerables por el Estado de derecho (Colombo y Mángano, s.f.).

Independientemente de su ubicación en el código de fondo, lo cierto es que se trata de un delito pluriofensivo, que si bien se construye sobre un actuar delictivo inicial que reposa en la libertad de las personas (Tazza, 2014, p. 33), también intenta proteger su dignidad en igualdad de condiciones, pues en esta figura, como se dijo, el sujeto pasivo es considerado objeto/instrumento de transacción, cosificado como mercancía.

Fellini y Morales Deganut (2018, pp. 32-43) agregan como bienes jurídicos comprometidos el honor, la identidad, el estado civil, la integridad sexual y la salud psicofísica.

Por su parte, la entonces relatora especial sobre la Trata, Sigma Huda (Naciones Unidas, 2004), ha indicado que este delito representa la negación de prácticamente todos los derechos humanos: el derecho a la libertad, la integridad y la seguridad de la persona; a no ser sometido a torturas ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; a la libertad de circulación; a fundar un hogar y una familia; al mayor nivel posible de salud; y a la educación.

2.5. Dificultades en su aplicación

Del análisis efectuado sobre la jurisprudencia nacional se puede concluir que, tal como hoy es entendida y aplicada la cláusula de no punibilidad, luce como una herramienta ineficaz para los fines para los que fue creada. Pues no solo se evidencia una aplicación casi nula y más bien tardía, sino que en varias ocasiones expresamente se ha evitado recurrir a aquella por la cantidad de exigencias jurídicas que erróneamente se le atribuyen.

Así, de la lectura de los precedentes se podrá advertir que en muchos casos en los que resultaba a todas luces aplicable, se ha recurrido sin más a institutos generales para desvincular a la víctima del proceso –principio *in dubio pro reo* o alguna otra eximente genérica–, desatendiendo de ese modo la importancia de aplicar un principio especial que repara en el particular contexto en el que se encuentra el victimario al momento del hecho. Y he aquí el objeto del presente estudio.

Todas estas dificultades que se vislumbran en la praxis han sido remarcadas por Colombo y Mángano (2013, pp. 16-17), quienes las vincularon con las características propias de la norma –fundamentalmente por su naturaleza jurídica– (problemas legales) y con la actividad de los actores procesales (práctica forense).

3. Principio de no castigo a las víctimas de trata en el ámbito externo

El delito de trata está internacionalmente regulado, como ya se ha indicado, en el Protocolo de Palermo. Si bien allí no se aborda el principio de no castigo, lo cierto es que ya en aquel momento la alta comisionada de las Naciones Unidas había indicado, en relación con el proyecto de texto que luego se convertiría en tal instrumento, mediante nota informal presentada al Comité Especial encargado de elaborarlo en su cuarto período de sesiones, que en aquel se debía prescribir a los Estados partes a que se abstuvieran de detener o enjuiciar a las víctimas de la trata de personas por los delitos relacionados con su situación.

Fue recién en el año 2002 que se incorporó por primera vez en un instrumento internacional, cuando la Oficina del Alto Comisionado emitió los Principios y Directrices Recomendados sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas. En el N° 7 se dispuso

Las víctimas de la trata de personas no serán detenidas, acusadas ni procesadas por haber entrado o residir ilegalmente en los países de tránsito y destino ni por haber participado en actividades ilícitas en la medida en que esa participación sea consecuencia directa de su situación de tales.

Este es, a su vez, complementado con la Directriz N° 2.5 que reza: “Cerciorarse de que las víctimas de la trata de personas no sean procesadas por infracciones de las leyes de inmigración o por actividades en que participen como consecuencia directa de su situación de tales”, y por la N° 4.5., que expresa:

Cerciorarse de que la legislación impida que las víctimas de la trata de personas sean procesadas, detenidas o sancionadas por el carácter ilegal de su entrada al país o residencia en él o por las actividades en que participen como consecuencia directa de su situación de tales.

Además, en la Directriz 8.3 se prevé el principio respecto a los menores de edad.

También ha sido mencionado en varias resoluciones dentro de Naciones Unidas, entre ellas: 1) de la Asamblea General en Resolución 61/144 (párr. 18), 59/166 (párrs. 8 y 18), 57/176 (párr. 8), 55/67 (párrs. 6 y 13), 52/98 (párr. 4), 51/66 (párr. 7), 63/156 (párr. 12), 64/293 y 65/228 (párr. 18k); 2) del Consejo de Derechos Humanos y su antecesor, la Comisión de Derechos Humanos, la Res. 11/3 (párr. 3), 2004/45 (párr. 6) y 1998/30 (párr. 3); 3) del Consejo de Seguridad, resoluciones 2331 (2016) y 2388 (2017); 4) Informe del Secretario General (A/63/215, párr. 62).

La Conferencia de las Partes –órgano creado para formular recomendaciones sobre la aplicación efectiva del Protocolo de Palermo– y su Grupo de Trabajo han examinado el principio de no penalización en seis de las diez reuniones. En su primera reunión del año 2009 se recomendó que a fin de asegurar que no se sancione ni enjuicie a tales víctimas, los Estados parte debían

[e]studiar, de conformidad con su legislación nacional, la posibilidad de no sancionar ni enjuiciar a las víctimas de la trata de personas por los actos ilegales cometidos como consecuencia directa de su situación de víctimas de la trata de personas o por haberse visto obligadas a cometer esos actos ilegales. (12. b)

Esto se reiteró en la segunda (2010), séptima (2017), octava (2018), novena (2019) y décima (2020) reunión.

Asimismo, ha sido recogido en las Recomendaciones legislativas y sobre políticas para la aplicación efectiva del principio de no penalización respecto de las víctimas de la trata de la OSCE (2013), en la nota informativa sobre la no penalización de las víctimas de la trata del Grupo Interinstitucional de Coordinación contra la Trata de Personas (2020), en las Disposiciones legislativas modelo contra la trata de personas de la UNODC (2020) y en la Guía legislativa para la aplicación del Protocolo contra la Trata de Personas de la UNODC (2020).

En el folleto informativo N° 36 de Naciones Unidas (2014) se indica que

La penalización y detención de las víctimas de la trata son cuestiones importantes que suelen ir ligadas al hecho concurrente o subsiguiente de que el Estado penalizador no les reconoce los derechos que les corresponden legalmente con arreglo al derecho nacional e internacional. (pp. 20-21)

Por otro lado, en el Protocolo de 2014 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso (1930) se prevé en su artículo 4, inciso 2°, que

[t]odo Miembro deberá adoptar, de conformidad con los principios fundamentales de su sistema jurídico, las medidas necesarias para velar por que las autoridades competentes puedan decidir no enjuiciar ni imponer sanciones a las víctimas de trabajo forzoso u obligatorio por su participación en actividades ilícitas que se han visto obligadas a cometer como consecuencia directa de estar sometidas a trabajo forzoso u obligatorio.

En la Recomendación General Nº 38, relativa a la trata de mujeres y niñas en el contexto de la migración mundial, emitida por el Comité que actúa en el marco de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de discriminación contra la Mujer, firmada el 20 de noviembre de 2020, con motivo del artículo 6 de dicha Convención recomendó

98. Velar por que ninguna de las mujeres y las niñas que son víctimas de la trata, sin excepción, sea objeto de arresto, acusación, detención, enjuiciamiento o sanción ni sea castigada de otro modo por la entrada o la estancia irregular en países de tránsito y destino debido a la falta de documentación o por su participación en actividades ilícitas en la medida en que esta sea consecuencia directa de su condición de víctima de la trata. El principio de no penalización: a) Debe consagrarse en la legislación y aplicarse mediante una capacitación adecuada para garantizar que los equipos de respuesta puedan detectar a las víctimas de la trata a fin de prestarles socorro; b) No debe obligar a las víctimas a aportar pruebas ni a testificar a cambio de inmunidad de enjuiciamiento, reparación o servicios; c) Debe facilitar a las víctimas de la trata la interposición de un recurso para eliminar sus antecedentes penales en los casos en que hayan sido condenadas por delitos cometidos como consecuencia directa de su condición de víctimas de la trata. (Punto VII. B. 3)

Asimismo, fue reconocido en varias oportunidades por el Comité de los Derechos del Niño y por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en sus observaciones finales sobre los informes de los Estados partes.

3.1. América

En nuestra región, el principio fue receptado en las Recomendaciones de la Organización de los Estados Americanos (OEA) sobre la trata de personas, secc. IV 5), en los “Esfuerzos hemisféricos para combatir la trata de personas: recomendaciones y conclusiones de la primera reunión de autoridades nacionales en materia de trata de personas”, cuarta sesión plenaria, 06/06/2006, AG/RES. 2256 (XXXVI-O/06), IV 7), y en la Reunión de Autoridades Nacionales en Materia de Trata de Personas, celebrada los días 14 a 17 de marzo de 2006, en la que se elaboró y aprobó el documento “Conclusiones y recomendaciones de la reunión de autoridades nacionales en materia de trata de personas” (OEA/Ser. K/XXXIX, RTP/doc.16/06 rev.), en cuyo Tema IV- Protección y Asistencia a las Víctimas de Trata de Personas, punto 7, se dispone

[q]ue los Estados Miembros deberán asegurar en la medida de lo posible y de conformidad con su legislación interna que las víctimas de la trata no sean sancionadas penalmente por su participación en actividades ilícitas, siempre y cuando ello fuera consecuencia directa de la situación de trata de que fueron objeto.

3.2. Europa

A nivel europeo –y por primera vez en un tratado internacional–, el principio de no castigo fue acogido por el artículo 26 del Convenio del Consejo de Europa sobre la trata de seres humanos (Varsovia, 16.V.2005), que dispone que “[l]as Partes deberán prever, con arreglo a los principios fundamentales de su sistema jurídico, la posibilidad de no imponer sanciones a las víctimas por haber tomado parte en actividades ilícitas cuando hayan sido obligadas a ello”;⁸ como también por la DIRECTIVA 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, cuyo artículo 8 reza:

[l]os Estados miembros adoptarán, de conformidad con los principios básicos de sus respectivos ordenamientos jurídicos, las medidas necesarias para garantizar que las autoridades nacionales competentes puedan optar por no enjuiciar ni imponer penas a las víctimas de la trata de seres humanos por su participación en actividades ilícitas que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de haber sido objeto de cualquiera de los actos contemplados en el artículo 2.⁹

En particular, algunos países europeos (Bulgaria, España, Francia, Grecia, Países Bajos y Rumania), en el marco del proyecto “Desarrollo de directrices y procedimientos comunes para la detección de víctimas de trata”, celebraron en junio del año 2013 las “Directrices para la detección de víctimas de trata en Europa”, en las que expusieron que

[l]as posibles víctimas de trata no deben ser tratadas como culpables de un delito. Un asunto clave en la detección de las víctimas es evitar tratarlas como culpables de un delito o que sean arrestadas, detenidas, encausadas, privadas de libertad o deportadas por delitos directamente relacionados con su condición de víctimas de trata. De hecho, existe un riesgo real de que esto ocurra si las personas objeto de trata no son identificadas como víctimas, ya que muchas víctimas de trata

8 Véase en: <https://www.idhc.org/img/bulletins/files/ConveniodeConsejoEuropaTrata%281%29.pdf>.

9 Véase en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32011L0036>.

pueden haber violado las leyes nacionales de inmigración y laborales. De conformidad con el artículo 26 del Convenio Consejo de Europa...

3.3. Asia

En aquella región ha sido reconocido por la Convención de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (ASEAN, por sus siglas en inglés) contra la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que en su artículo 14 (7) dispuso que

[c]ada Parte, con sujeción a su legislación, normas, reglamentos y políticas nacionales, y en los casos apropiados, considerará no responsabilizar penal o administrativamente a las víctimas de la trata de personas por actos ilícitos cometidos por ellas, si dichos actos están directamente relacionados con los actos de trata.

3.4. Algunas consideraciones

De aquellas transcripciones se podrán advertir los distintos alcances que se le puede otorgar al principio de no castigo, ya sea en cuanto al amparo a la víctima como en lo que refiere a sus requisitos, de lo cual surgen consecuencias del todo disímiles.

El Grupo de Trabajo sobre la Trata de Personas (Naciones Unidas, 2020a) indicó que puede aplicarse de diversas formas y en las diferentes fases del proceso penal, comenzando por la investigación e imputación y hasta después de que se haya impuesto la pena. En virtud de esa amplia flexibilidad, el modo de implementarlo en las legislaciones internas de cada Estado Parte es totalmente discrecional.¹⁰

3.5. Regulación por Estados

Al día de hoy, pese a los instrumentos internacionales reseñados, no todos los Estados incorporaron en sus legislaciones internas una disposición semejante.

A modo de ejemplo, en el continente americano fue adoptado por Estados Unidos, Bolivia, Paraguay, Costa Rica, México, El Salvador, República Domi-

10 Así lo ha entendido el Tribunal Supremo de los Países Bajos al indicar que las normas internacionales no proporcionan ninguna base para determinar el tipo o naturaleza de los delitos que deben estar cubiertos por el principio de no castigo en virtud de los puntos de vista amplios y fuertemente divergentes sobre el principio de no castigo y cómo apoyar su implementación (Países Bajos, Caso de la Corte Suprema 17/03852, 2018, párr. 5.5.).

nicana –aunque con una particularidad, pues solo excluye la responsabilidad de aquella si aporta información acerca de sus tratantes–, Trinidad y Tobago, Haití y Jamaica.

A nivel europeo, a finales de 2019, de los 42 Estados Parte del Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos, 17 ya adoptaron disposiciones jurídicas específicas relativas a la no penalización de las víctimas de trata (por ejemplo, España, Bélgica, Lituania).

Dentro de los países asiáticos podemos mencionar a Pakistán y Qatar; y de África, a Sierra Leona, Gambia y Kenya.

En cada norma sancionada, el principio requiere de determinadas circunstancias para su implementación y trae aparejadas diversas consecuencias o prohibiciones.

4. Interpretación de su naturaleza jurídica

4.1. Doctrina argentina

Dentro de la doctrina argentina no hay uniformidad de criterio acerca de la naturaleza jurídica de la cláusula. La mayoría sostiene que se trata de una excusa absolutoria; otros la ubican en el ámbito de la culpabilidad; una menor parte, en la antijuridicidad; y un reducido grupo, en la tipicidad (particularmente aquellos que parten de una concepción bimembre de la teoría del delito, en la que vendría a configurar un supuesto de antijuridicidad estrictamente penal). En este último año, a raíz de los avances sobre el análisis del principio de no castigo a nivel internacional, la PROTEX (2021) propuso entenderla como una norma de protección de los derechos humanos de las víctimas, sin encuadrarla estrictamente dentro de la dogmática penal, puesto que, de ese modo, a criterio de los fiscales especializados, se estaría ya suponiendo que deben iniciarse investigaciones penales en contra de aquellas y esto es justamente lo que se debe evitar.¹¹

Dentro de los que se enrolan en la doctrina mayoritaria podemos mencionar a Maximiliano Hairabedián, Stella Maris Martínez, Gabriel Anitúa, Zulita Fellini y Carolina Morales Deganut.

Hairabedián (2013) sostiene que

[l]a ley ha previsto una *excusa absolutoria*, por la cual las personas que han sido objeto de ilícito de trata de personas, estarán exentas de pena “por la comisión

11 Se abandonó el criterio expuesto anteriormente en Colombo y Mángano (2013, pp. 16-17).

de cualquier delito” que sea el resultado directo de su condición, incluyendo las sanciones o impedimentos establecidos en la legislación migratoria cuando las infracciones sean resultado y consecuencia de la trata. Se trata de una causal de no punibilidad de carácter estrictamente personal, por lo cual quien participa junto con el beneficiado por excusa absolutoria, como coautor, cómplice o investigador, tiene responsabilidad penal y no queda abarcado por dicha eximente. (pp. 92-93)

De conformidad con aquella postura, Stella Maris Martínez y Gabriel Anitúa (2013, pp. 15-23) señalaron que la norma prevista en el artículo 5 de la ley de trata es una excusa absolutoria que contiene previsiones destinadas a evitar la criminalización de las víctimas que cometen conductas prohibidas condicionadas por la situación en la cual están inmersas, puesto que la persona que es objeto de una red de trata e inducida, condicionada u obligada a cometer un delito no debe recibir un reproche de culpabilidad por carecer de autodeterminación y libertad para conducir sus acciones. Consideran que con su sanción se ha atendido a la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran en general tales víctimas, que en ese escenario son llevadas a realizar conductas penadas por el “estado de indefensión, de debilitamiento de la personalidad, donde se ausentan las fuerzas para poder enfrentar todo tipo de presiones inhumanas y amenazantes” (p. 18).

Asimismo, las autoras Fellini y Morales Deganut (2018, p. 1112) la tildan como cláusula de exclusión de la punibilidad –orientada a perdonar a quienes explotan mientras son explotados– por no contar con la posibilidad de determinar su comportamiento conforme a derecho. Si bien en principio aquello parecería indicar que la adoptan como una excusa absolutoria por la utilización del término “perdonar”, seguidamente hablan de la “posibilidad de adecuar el comportamiento a derecho”, lo que podría derivar su encuadre como causal de inexigibilidad.

Dentro de la corriente que critica aquella postura se encuentra Julio Ortiz (2020, p. 4), quien afirma que entender la cláusula como una excusa absolutoria resulta una herramienta insuficiente para evitar que las víctimas de trata sean nuevamente revictimizadas, pero ahora por el sistema penal, entendido en un sentido amplio. Así, el autor indica que en estos casos difícilmente se pueda hablar de una voluntad plena para ejecutar un hecho ilícito determinado, es decir, de una “conducta libremente prestada”, por lo que a su criterio resulta cuestionable que se hable de “excusa” cuando hay voluntad viciada.

En esa línea se expidió María M. Lopérfido (2018, p. 296), al sostener que lo

que debería excluirse es el delito y no la pena, puesto que si la cláusula es analizada como una excusa absolutoria, la víctima tiene más chances de transitar un proceso detenida, en tanto será enjuiciada y deberá aguardar hasta ser condenada para que se la exima de la sanción penal. Por ello planteó, entre otras alternativas, adoptarla como un caso de atipicidad subjetiva, ya que no hay fin de explotación sino de supervivencia de la propia víctima.¹² Seguidamente, propuso entenderla como un supuesto de justificación, en virtud de un estado de necesidad por vulnerabilidad especial, fundamentado en la imposibilidad de reinserción por parte de la víctima o debido a una coacción directa de su tratante o explotador que la obliga a tomar esta decisión; y, como opción menos recomendada, en calidad de causal de inculpabilidad, entendiendo que la víctima no tenía otra posibilidad de desarrollar una conducta distinta.

A criterio de María Luz Castany (2012, p. 2081), los fundamentos de la norma permitirían catalogarla mejor como un estado de necesidad disculpante especialmente regulado, en el que se considera que el autor no pudo motivarse en la norma, con lo cual una conducta adecuada a aquella resulta inexigible.

Julietta Di Corleto (2011, p.72), por su parte, afirma que las razones por las cuales se exime de pena a las víctimas están ligadas a la culpabilidad como estrato analítico de la teoría del delito, y que aquella exclusión en base a su sometimiento a la explotación importa el reconocimiento de la ley de la existencia de causas de inculpabilidad que no responden necesariamente al catálogo del artículo 34 del Código Penal, lo que abre las puertas a nuevas formas de culpabilidad, pues allí la ley está reconociendo una realidad subjetiva sobre la que le es imposible asentar el reproche penal.

Para Víctor Reinaldi se trata de una auténtica causa de justificación (Reinaldi, 2008, p. 567, como se citó en Hairabedián, 2013, p. 92).

Una particular posición es la de David Andrés Chassagnade (2018), quien entiende que la corriente que mejor se ajusta a la interpretación de dicha cláusula es la de Hans Ludwing Günther, que diferencia entre antijuridicidad general y antijuridicidad específicamente penal bajo una concepción bipartita de la teoría del delito. En tal sentido, indica que muchas de las conductas reprochables a una víctima-imputada en el delito de trata serán situaciones atípicas por falta de consentimiento libre, o estarán justificadas por un estado de necesidad o –en el peor de los escenarios– disculpadas por condiciones particulares. De acuerdo con su concepción, agrega que en el caso de las conductas que resulten

12 Entiendo que la autora únicamente se limita en este análisis al mismo delito de trata cometido por la víctima-victimaria.

típicas desde la óptica del tipo positivo, serán situaciones antijurídicas generalmente –pero no desde el punto estrictamente penal– por estar justificadas por un estado de necesidad. A criterio del autor, aquellos hechos cometidos por la víctima-victimaria configuran conductas que merecen ser analizadas desde el tipo penal en una concepción bímembre y la antijuridicidad específicamente penal, ya que generalmente son llevadas a cabo sin libertad de elección o autodeterminación de la víctima, constituyendo causales de atipicidad que, según el caso, pueden estar justificadas o simplemente disculpadas.

Por último, Marcos Frezzini (2018) propone excluir directamente la configuración de la acción, puesto que la víctima objeto de trata no tiene la posibilidad de dirigir su acción conforme a un plan final, en sentido de actividad final.

4.2. Aplicación en la jurisprudencia

4.2.1. Tribunales nacionales

Todos los tribunales nacionales, ya sea la Cámara Federal de Casación como las cámaras de apelaciones, los tribunales orales y los juzgados, han entendido la cláusula como una excusa absolutoria, sin perjuicio de no haberla adoptado en muchas ocasiones.

En efecto, corresponde aludir a aquellos casos en los que se puso en duda su encuadre jurídico penal.

Así, por ejemplo, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Córdoba en autos *Dulcinea* (causa Nº 91017032, 20/05/2014), aplicó la cláusula y señaló que aquella se fundamenta en 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 ilícito, lo cual, si bien no se expresó, podría ubicarnos más bien en el ámbito de la culpabilidad. La misma argumentación utilizó un fiscal general para pedir la absolución de una de las acusadas durante su alegato en la causa *Landriel y otros* de registro ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal (TOF) Nº 1 de la Capital Federal (causa Nº FTU 40066/2013, 23/12/2015). También en el marco de la culpabilidad fue analizada la cláusula por el TOF de Tucumán en el caso *F.S.A.* (causa Nº FTU 40066/2013, 23/12/2015).

Por su parte, el TOF de Santa Cruz en *R. H., E. O. y otros* (causa Nº FCR 7531/2013/TO1, 12/03/2020) absolvió a una de las acusadas por entender que no había tenido el dominio del hecho ni autonomía en sus decisiones, por lo que decidió aplicar la cláusula de no punibilidad “sea como excusa absolutoria o causal excluyente de antijuridicidad”.

El fiscal general ante el TOF de Neuquén, al momento de alegar en la causa *Cofre, V. A.* (Nº FGR 15586/2017/TO1, 07/09/2020), pidió la absolución de una de las involucradas por considerar que actuó en el marco de la causal de exculpación prevista en el artículo 34, inciso 2º, segunda parte del Código Penal y, en subsidio, postuló la aplicación del artículo 5 de la Ley 26364, pues entendió –con cita a la sentencia Nº 1977 dictada por el TOF de Mendoza el 16/11/2019 en la causa Nº FMZ 52275/2017/TO1– que ambas tenían el mismo fundamento: el acotado margen de autodeterminación de quien comete la acción.

El Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nº 7 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en *I.M.C.* (causa Nº CFP 2091/2019, 13/06/2019), si bien no indicó expresamente emplear la cláusula del artículo 5, eximió de responsabilidad a una “mula” por entender que en virtud de

la situación de extrema precariedad atravesada por I. M. C. –mujer, en situación de pobreza, víctima de violencia, jefa de hogar, sin estudios secundarios, desocupada, endeudada–, debemos concluir que estamos ante una víctima del delito de trata y no de una autora del delito de transporte de estupefacientes. I. M. C. no pudo elegir. Su voluntad estuvo colonizada por sus tratantes y la necesidad de supervivencia, suya y del grupo familiar a su cargo. Esta situación excluye su culpabilidad (el Estado no puede formularle un reproche basado en la exigencia de un obrar distinto frente a la situación de coerción). Se trata de la inexigibilidad de otro comportamiento, y no de que su acto haya sido conforme a derecho.

Por último, si bien no analizó la naturaleza jurídica como tal, el Juzgado Federal de Río Gallegos (causa Nº FCR 1687/2017 22/01/2020) puso de relieve los problemas de argumentación y prueba que presenta en la práctica la cláusula del artículo 5, frente a lo cual resulta más fácil recurrir a otros institutos que desvinculan a la persona del proceso, en ese caso, al artículo 34, inciso 2º del CP (estado de necesidad disculpante).

4.2.2. Tribunales internacionales

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *VCL y AN v. Reino Unido* (16/02/2021), aplicó el principio de no castigo. En resumen, encontró al Reino Unido responsable por la violación del artículo 4 (prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado) y del 6 (derecho a un juicio justo) del Convenio Europeo de Derechos Humanos al procesar y condenar a dos ciudadanas vietnamitas por delitos relacionados con drogas tras ser descubiertos en granjas de cannabis cuando aún eran menores de edad y, a la vez, víctimas del

delito de trata de personas. Allí afirmó que, en determinadas circunstancias, el procesamiento de las víctimas, o de las víctimas potenciales de trata, puede estar en contradicción con el deber del Estado de adoptar medidas operativas con el fin de protegerlas.

El Tribunal indicó entonces que el deber de adoptar tales medidas tiene dos objetivos principales: proteger a la víctima de trata de nuevos daños y facilitarle su recuperación. Sostuvo que el procesamiento de las víctimas de trata sería perjudicial para su recuperación física, psicológica y social y podría dejarlas potencialmente vulnerables para volver a ser víctimas de la trata en un futuro; así, no solo tendrían que pasar por las dificultades propias de un proceso penal, sino que una condena penal podría crear un impedimento para su posterior integración en la sociedad y la privación de libertad impediría su acceso al apoyo y los servicios previstos en la Convención contra la Trata.¹³

Concretamente, sobre el principio de no castigo manifestó que

[a]unque las víctimas de trata no estén exentas de persecución penal, la condición de una persona como víctima de trata puede afectar a la existencia de pruebas suficientes [...] y a la conveniencia de hacerlo en base al interés público [...] las pruebas relativas a la condición de víctima de trata son un “aspecto fundamental” de la defensa que ésta debe tener la posibilidad de obtener sin restricciones. (párr. 196)

4.2.3. Tribunales extranjeros¹⁴

El Tribunal de Apelación del Reino Unido (División Penal), en el caso *LM, MB, DG, Betti Tabot y Yutunde Tijani* (21/10/2010), se dedicó a delinear los alcances del artículo 26 del Convenio del Consejo de Europa sobre la Acción contra la Trata de Seres Humanos (2005) y sostuvo al respecto que aquella no es una obligación de otorgar inmunidad, sino más bien una obligación de establecer un medio por el cual se considere activamente si es de interés público enjuiciar (párr. 18), y que lo que exige es que cada Estado parte prevea la posibilidad de no imponer sanciones a las víctimas por su participación en actividades ilegales en la medida en que se hayan visto obligadas a hacerlo (párr. 19). Además, se detalló que aquella

13 Cfr. párr. 159.

14 La mayoría de estos casos fueron extraídos del documento de la UNODC (Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, 2020).

está disponible solo cuando la comisión de un delito era necesaria o se creía razonablemente que era necesaria para evitar o prevenir la muerte o lesiones graves cuando, visto objetivamente, la comisión del delito era razonable y proporcionada teniendo en cuenta el mal que se debe evitar o prevenir y el delito no se habría cometido sin esa necesidad.

En California, Estados Unidos, en el caso *el Pueblo v. Cross*, el Tribunal de Apelaciones anuló la condena de la víctima-acusada, basando su decisión en la determinación fáctica del tribunal de primera instancia de pruebas sustanciales de que el tratante “utilizó repetidamente la violencia contra [la víctima-acusada] durante el curso de la relación proxeneta-prostituta apoyando la conclusión fáctica expresa del tribunal de que [aquella] estaba bajo una amenaza constante de violencia inminente” (Distrito 4 CA, WL 1306324, 2019, p. 9.). Allí se determinó de manera expresa, clara e inequívoca que Cross infligió violencia sobre ella hasta el punto de que esta no actuó voluntariamente, sino bajo coacción (p. 10).

El Tribunal de Primera Instancia de Bélgica fundó también la absolución de la víctima-acusada en razones de coacción al indicar que aquella “no tenía otra opción” para proteger su vida, su integridad física y psicológica y la de su familia que participar en el delito frente a otras víctimas (Bélgica, T., Tribunal de Première Instance Francophone de Liège, *19ème Chambre*, Parquet no LI37.LA.99538-09, 2018, p. 27).

5. Posibles encuadres dentro de la dogmática penal

5.1. No punibilidad

En el derecho argentino, las situaciones que implican la no punibilidad en su mayoría están descriptas en el artículo 34 de Código Penal. Tampoco son punibles determinadas circunstancias previstas en algunos tipos penales, conocidas como “excusas absolutorias”.

Consecuentemente, la disposición contenida en el artículo 5 de la Ley 26364 podría entenderse, en principio, como cláusula especial o una especie dentro del género de alguna de esas causales generales previstas en el artículo 34, o como una excusa absolutoria, de aquellas que están en todo el ordenamiento y son de diversos tipos.

Hay algunos autores que cuestionan la utilidad de la cláusula por entender que se trata de una eximente general que contiene supuestos ya contemplados por el artículo 34 del Código Penal.

Desde ya que disiento con tal postura por todas las consideraciones que se vienen estudiando en el presente trabajo. No obstante, entiendo que el encuadre de aquella –sin que pierda su especialidad–, dentro de alguno de los institutos generales, resulta útil para su ubicación sistemática, con el objeto de determinar las consecuencias jurídicas de su aplicación en el caso concreto.

Resulta imperiosa la necesidad de respetar la independencia de la cláusula como tal y no equipararla a ningún instituto genérico, pues aquella fue diseñada exclusivamente para atender una problemática real, que se presenta a nivel internacional, como es la transformación de la víctima del delito de trata a victimaria, ya sea por haber cometido el mismo ilícito o por cualquier otro producto de su sometimiento. Ese contexto, en el que la persona cometió el hecho –en principio– penalmente relevante, es totalmente distinto al de cualquier otro y la disposición del artículo 5 viene a reafirmar la importancia de tenerlo en cuenta a la hora de evaluar una imputación.

Cabe aclarar que pueden existir situaciones de ese tipo que no requieran de la aplicación de la cláusula, ya sea porque directamente no medió conducta por parte de la víctima –*vis absoluta*– o porque no se presenta ningún requisito típico, objetivo y/o subjetivo.¹⁵

Por ello, el análisis del posible encuadre sistemático de la cláusula comenzará recién en la instancia de la antijuridicidad, para luego pasar a –comprobada que fuere– la culpabilidad y, frente a la existencia de delito propiamente dicho, se analizará entonces la punibilidad. Ello, en respeto de la estructura escalafonaria de la teoría del delito, superando cada instancia de análisis para poder ubicar la cláusula dentro de la categoría que más derechos y beneficios le acuerde y menos perjuicios le acarree, sin desatender la persecución penal hacia el verdadero responsable de aquellos hechos investigados.

En efecto, de acuerdo con la finalidad del principio y con las situaciones que pretende abarcar, considero que el estudio podrá limitarse a solo dos institutos de aquellos previstos en el artículo 34, tales como el estado de necesidad justificante (artículo 34, inciso 3º del CP) y el estado de necesidad disculpante o exculpante (artículo 34, inciso 2º, segunda parte del CP); y, por otro lado, también se analizará su encuadre como excusa absolutoria, pues así es entendi-

15 Por ejemplo, y sin pretender fijar una regla general, aquella víctima de trata que se torna victimaria de aquel y lo hace con la única finalidad de evitar su propia explotación o atenuarla comete una conducta atípica por ausencia de tipicidad subjetiva, pues no actúa con la ultrafinalidad de explotación que exige la figura del artículo 145 del CP. En este supuesto, no hay necesidad de recurrir a la cláusula del artículo 5 de la Ley 26364.

da por gran parte de reconocida doctrina y prácticamente por la totalidad de la jurisprudencia argentina.

Las diferencias que se presentan al entenderla en una u otra instancia de análisis resultan significativas no solo a nivel teórico, sino también práctico; de allí nace la necesidad de fijar límites bien claros en lo que respecta a la configuración de una causal de justificación, de exculpación o de no punibilidad.

5.2. Estado de necesidad justificante

5.2.1. Definición. Requisitos

El estado de necesidad justificante configura una causal de exclusión de la anti-juridicidad de una conducta típica. En otros términos, la justifica.

Se encuentra legislado en el inciso 3º del artículo 34 del Código Penal argentino (“No es punible [...] el que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño”).

De su letra se deriva la exigencia de que medie una diferencia entre el interés salvado y el interés sacrificado, la que debe ser esencial en virtud de la naturaleza y del fundamento de esta causal (Bacigalupo, 1999, p. 401).

Se requiere entonces la concurrencia de una situación de necesidad que presuponga un peligro para la vida, integridad corporal, libertad, honor, propiedad u otro bien jurídico que solo pueda ser conjurado o reducido, lesionando o poniendo en peligro otro bien jurídico, ya sea colectivo o individual.

Mir Puig (2018, p. 471) define aquella situación como un estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente puede conjurarse mediante la lesión de intereses legítimos ajenos y no debe dar lugar a legítima defensa ni al ejercicio de un deber.

Aquel peligro, además de ser inminente y actual, debe constituir un mal, ya sea propio o ajeno (en este último caso se habla de “auxilio necesario” y se plantea la posibilidad de colisión de deberes).

Inminente en el sentido de probabilidad, no de posibilidad, sino no habría “actualidad”. Para determinar si existió al momento del hecho tal característica, el operador deberá retrotraerse al momento en el que actuó el sujeto *-ex ante-* y enjuiciar la situación según lo haría una persona prudente con sus conocimientos y con los que personalmente pudiera tener el agente (p. 472). El peligro permanente debe ser considerado como actual, puesto que en él la situación que amenaza con un peligro se puede convertir en cualquier momento en un daño, sin que se pueda decir exactamente cuándo sucederá (Roxin, 1997, p. 903).

Asimismo, puede ser actual aquel en el que la lesión del bien jurídico vaya a producirse con seguridad recién en un momento posterior (Frister, 2016, p. 345).

En cuanto al concepto de “mal”, a criterio de Mir Puig (2018, pp. 472-474) es esencialmente valorativo, no existe ninguna lesión material que pueda considerarse como mal desde el punto de vista naturalístico. Por supuesto que la conducta que lo configura no puede ser nunca valorada positivamente por el ordenamiento jurídico en general. Puede provenir de la acción de una persona, de las fuerzas naturales o de las cosas. No se admite que pueda considerarse “mal” la lesión de un bien jurídico que se encuentra justificada, es decir, no cabría invocar estado de necesidad justificante frente a la conducta de alguien que actúa en legítima defensa. No así en el caso de conflicto de males de igual intensidad, en el que es posible admitir dicha causal pese a que el otro también actúa amparado en ella.

Comprobada entonces la situación de necesidad, se exige la inexistencia de otro modo menos lesivo para evitar el mal que amenaza, es decir, la acción típica debe ser un medio apropiado para evitar el peligro y además debe ser el menos lesivo (principio de necesidad). La posibilidad de eludir el peligro siempre debe ser valorada como medio menos lesivo para repelerlo (Frister, 2016, p. 358).

Por otro lado, y tal como la norma lo indica, se requiere que el mal que se causa con la acción lesiva sea para evitar otro mayor, por lo que la proporcionalidad constituye un límite característico de esta causal. La acción realizada en estado de necesidad solo resultará justificada cuando la desproporción entre el interés que se salva y el que se sacrifica sea esencial. Ello implica que exista una marcada diferencia en favor del interés que se salva (Bacigalupo, 2020, p. 379).

Lo que se compara no son bienes, sino males (parte de la doctrina habla de “intereses”); para ello, no solo habrá de tenerse en cuenta el tipo de bien jurídico afectado, sino también la forma en la que fue lesionado. Para Frister (2016, p. 349), lo que se pondera son las chances de salvamento de los bienes jurídicos amenazados –contenidas en la acción– y el riesgo de lesión de bienes jurídicos creado por tales conductas, para lo cual resultará determinante el valor de los bienes en juego, la medida del menoscabo que avanza producirse en ellos, el grado de los peligros que los amenazan y el grado de aptitud para conjurarlos. Por su parte, López Mesa y Cesano (2010, p. 165), de conformidad con lo expuesto por el maestro Bacigalupo, indicaron que para aquel proceso de comparación, pese a no perder de vista la relación de jerarquía que surge del ordenamiento positivo –para lo cual, la escala penal constituye un indicio–,

debe atenderse también el merecimiento de protección de un bien concreto en una determinada situación social.

A diferencia de la legítima defensa, en estos casos la acción de salvamento debe ser estrictamente subsidiaria respecto a cualquier otra conducta que afecte en menor medida –o directamente en ninguna– los bienes jurídicos ajenos.

Asimismo, es requisito indispensable para la aplicación de esta causal de justificación que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto. Ello plantea algunos problemas con el auxilio necesario de otra persona, pues se debe decidir si el sujeto en cuestión es el auxiliador o el auxiliado. Para la doctrina mayoritaria española, por ejemplo, debe ser el auxiliador y no el necesitado el que no debe haber probado intencionalmente la situación de necesidad –con independencia de si el auxiliado la provocó o no– (Mir Puig, 2018, p. 486).

Por último, se exige que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse, para lo cual no resulta suficiente un deber genérico, sino que se debe tratar de un deber basado en normas jurídicas que determinen sus límites y su contenido.

En resumen, los elementos que conforman esta causal son: 1) mal causado; 2) mal evitado; 3) actualidad o inminencia de la situación de afectación y no existencia de medios inocentes para conjurar la necesidad; 4) a quien se ampara en ella le debe ser extraño el mal que amenaza con afectar al bien jurídico que se quiere salvar; 5) tampoco debe tener por oficio o cargo la obligación de sacrificarse; y, por último, 6) como elemento subjetivo, el autor tuvo que haber obrado con la intención de sacrificar objetivamente el mal menor por evitar uno mayor. En ese marco, la acción de la víctima, salvo excepciones, suele verse como la situación menos lesiva, aunque habrá de analizar cada caso en particular.

5.2.2. Posible encuadre para la cláusula del artículo 5 de la Ley 26364

En mi opinión, el contexto en el que se encuentran las víctimas del delito de trata de personas ciertamente configura una situación de necesidad de carácter permanente. Entonces, para determinar el encuadre dentro de esta causal, lo que habrá de definirse es si aquella situación de necesidad justifica la conducta típicamente relevante o si solo excluye la culpabilidad del agente.

Para ello, se deberá atender a los males o a los intereses en juego en el caso en particular, pues si bien aquellos que fundamentan la acción de salvaguarda, en principio pueden ser determinados de antemano (mínimamente dignidad y

libertad) no así los males que la víctima-victimaria podría poner en riesgo con su conducta.

En cuanto a los requisitos de la eximente del artículo 34, inciso 3º del CP, la operatividad de la cláusula en cuestión favorece su flexibilización y, por tanto, aquellos deben ceder o, en otras palabras, se deben tener por configurados frente a la comprobación de que el agente fue víctima del delito de trata y que cometió un hecho penalmente relevante como consecuencia de su situación.

Así, por ejemplo, en cuanto a la condición de peligro inminente y actual, en estos casos deberá adoptarse como regla general que existe uno de carácter permanente (entonces actual) en virtud del contexto al que está sometida la víctima-victimaria. En tal sentido, la PROTEX (2021, p. 17), al fijar líneas de interpretación y pautas para la aplicación del principio bajo estudio, indicó que

[n]o es necesario establecer que al momento de cometer el acto ilegal la víctima se encontraba expuesta a un riesgo de daño o peligro inminente. Ello, debido a que la víctima de trata está ya sujeta a un grave y continuo abuso físico y mental. (p. 17)

El Grupo de Trabajo (Naciones Unidas, 2020a) también ha remarcado la “importancia de tener flexibilidad en el sistema de justicia cuando se trate de implementar el principio” (p. 5, párr. 27); en este análisis, se trataría –entre otras cosas– de flexibilizar la interpretación y el encuadre de la cláusula dentro de los institutos dogmáticos, fundamentalmente en lo que refiere a los requisitos que la norma general prevé, siempre en beneficio de la víctima.

En resumen, en aquellos casos en los que la víctima del delito de trata comete un hecho como consecuencia directa de su explotación, parecerían presentarse todos los requisitos del estado de necesidad. Existe un mal amenazado (cuyo titular es la víctima), otro que se lesiona (el de un tercero), en el contexto de una situación de necesidad (situación de explotación con constante menoscabo de sus derechos fundamentales), permanente (el daño a su persona está latente durante todo el lapso en el que es sometida) y en ningún caso aquella situación ha sido provocada por la propia víctima ni cuenta con la obligación de sacrificarse.

Consecuentemente, de este análisis se deriva la efectiva posibilidad de encuadre de la cláusula en este instituto dogmático-penal, como así también en el estado de necesidad disculpante (como se verá en el siguiente punto), por lo que su categorización quedará sujeta a la ponderación de males que se presente en el caso concreto sometido a examen, sin perjuicio de otorgar prioridad a este supuesto, toda vez que de encuadrar aquí directamente no se configura el injusto.

5.2.3. Beneficios y problemas de este encuadre

De considerar que la cláusula encuadra en dicha causal, como una especie de cláusula especial, la conducta típica de la víctima entonces estaría justificada. En consecuencia, no existiría juicio negativo sobre el hecho investigado.

El principal problema –y probablemente el motivo por el cual la cláusula generalmente no es entendida dentro de este instituto– es que al descartar la antijuridicidad, ya no hay ilícito que reprochar. Entonces, de existir otros autores o partícipes en el hecho que no lo hayan cometido como consecuencia de su situación de sujeto pasivo del delito de trata sino que, por el contrario, lo hayan hecho como sujetos activos de aquel, estos se beneficiarían del principio, lo cual precisamente no se persigue mediante su dictado.

Empero, entiendo que aquel obstáculo podría ser salvado recurriendo a la figura de la autoría mediata, pues, en estos casos, la base de la cadena causal que conduce al resultado por medio de la acción contiene, como eslabón intermedio (Frister, 2016, p. 534), la conducta de la víctima que actúa coaccionada, expresa o tácitamente. En tal supuesto, es el autor mediato (aquí, el tratante) quien causa por sí mismo el resultado típico y, de este modo, satisface el tipo objetivo del delito respectivo en su propia persona. Indica allí Frister (2016) que este es quien “actúa típicamente al usar a otro como instrumento y, de este modo, puede ser penado como autor, sin que tenga que serle imputada a él la acción típica del otro como tal” (p. 534). La manifestación del dominio del hecho por parte del autor mediato es el dominio de la voluntad de quien ejecuta el hecho; en el supuesto que aquí interesa: la víctima de trata.

Para su configuración, el llamado “sujeto de adelante” (o instrumento) tuvo que haber actuado en virtud de un error, bajo coacción o en un estado en el que no haya tenido capacidad de decisión o que la tuviera considerablemente disminuida. El segundo de los supuestos es el que podría presentarse en caso de encuadrar la cláusula como una especie dentro del estado de necesidad justificante. Al respecto, indica Stratenwerth (2017) que, en aquellas situaciones en las que el instrumento actúa conforme a derecho por mediar una situación de legítima defensa o estado de necesidad,

quizá deba ser el criterio rector para la solución de estos casos la simple idea de que aquel que produce dolosamente una situación de necesidad, que entonces pueda ser superada sólo mediante la lesión de uno de los bienes jurídicos implicados, tiene que responder penalmente por esa lesión. (p. 385)

5.3. Estado de necesidad disculpante o exculpante

5.3.1. Definición. Requisitos

El estado de necesidad disculpante o exculpante está previsto en el inciso 2º, segunda parte del artículo 34 del Código Penal argentino, que reza: “No es punible [...] el que obrare violentado por amenazas de sufrir un mal grave e inminente”.

Los requisitos coinciden con los del estado de necesidad justificante –los que doy por reproducidos–, a excepción de la diferencia esencial de jerarquía entre el interés jurídico que se salva y el que se sacrifica, pues aquí puede ser el interés lesionado igual o incluso superior, pero la conducta es disculpada porque el sujeto en estas circunstancias actúa bajo una situación de conflicto en la cual no le es exigible que deje sacrificar el interés amenazado (Mir Puig, 2018, p. 467).

El hecho así cometido configura un injusto penal, pues ha sido llevado a cabo fuera del amparo de un derecho; el sistema jurídico no lo autoriza.

La opinión mayoritaria dentro de la doctrina sostiene que el estado de necesidad disculpante o exculpante posibilita renunciar a la culpabilidad (Bacigalupo, 1999, p. 391). No actúa culpablemente –indica Stratenwerth (2017, p. 315)– quien comete un hecho antijurídico para evitar un peligro actual, no conjurable de otro modo.

5.3.2. Posible encuadre para la cláusula del artículo 5 de la Ley 26364

El posible encuadre de la cláusula ha sido detallado al momento de analizar el estado de necesidad justificante. Tal como fue indicado, si cabe su encuadre en este supuesto o en el anterior dependerá exclusivamente de los males o intereses en juego, por lo que ello estará sujeto a las circunstancias de hecho que sean sometidas a examen.

En este análisis no se debe soslayar que cuanto más intenso es el vínculo entre el individuo y la comunidad, mayores son las exigencias de la segunda para con el primero. Así, si la comunidad le ha proporcionado al sujeto activo del delito los bienes y comodidades de la vida en común de forma real y completa, podrá exigirle legítimamente que siga sus normas con mayor rigurosidad. En este caso, poco margen le queda a la sociedad para demandarle a la víctima del delito de trata una conducta conforme a derecho en el marco de su explotación.

5.3.3. Beneficios y problemas de este encuadre

De considerar la norma prevista en el artículo 5 de la Ley 26364 como una cláusula especial dentro del estado de necesidad disculpante, la víctima no actuaría justificadamente, por lo que el hecho cometido configuraría un injusto penal del que, sin embargo, no se podría realizar un juicio negativo sobre su autor.

De ello se deriva uno de los beneficios de su encuadre, pues la imputación del hecho al partícipe o a otro coautor que no haya sido víctima de trata no es para nada problemático, como en la anterior causal en la que solo cabría una posible autoría mediata.

Como aspecto negativo, podría serle atribuida a la víctima una responsabilidad civil y/o alguna medida de seguridad posdelictual, puesto que la ley solo requiere para ello la comisión de un injusto penal. Asimismo, a diferencia del justificante, frente al estado de necesidad disculpante existe un derecho a la legítima defensa y, un error sobre los presupuestos objetivos de esta causal, deja intacto el dolo.

5.4. Excusa absolutoria

5.4.1. Definición

Una excusa absolutoria es una causa personal de exclusión, levantamiento, cancelación de la pena que correspondería imponer en virtud de la comisión de una acción típicamente antijurídica y culpable (delito).

Son situaciones normativamente consagradas, en virtud de las cuales el Estado, en ejercicio de una opción político-criminal, decide renunciar a la aplicación de una pena ante un hecho que resulta típico, antijurídico y culpable, con el propósito de obtener un fin que privilegia social y políticamente por sobre el ejercicio de su potestad punitiva, pues la gravedad de la ilicitud resulta insuficiente para legitimar el ejercicio del *ius puniendi* (Bacigalupo, 2020, p. 387).

Su fundamento reposa en las distintas consideraciones político-criminales, en las que el poder legislativo prioriza otras razones ante el castigo de un delito por razones de utilidad o de conveniencia. La razón de su sanción no es fijar un permiso *ex ante*, sino que, por el contrario, es impedir la persecución penal luego de constatada la comisión del hecho típicamente relevante, en cuyo caso será el juez interviniente quien decidirá su operatividad, según se verifique o no el supuesto de hecho correspondiente.

Al ser excepcionales, resultan de aplicación sumamente restrictiva, por lo

que únicamente resultan operativas frente a determinadas circunstancias (sujeto-tipo penal), estrictamente descriptas en la disposición legal que la contiene.

La doctrina dominante las explica como causas que excluyen la punibilidad por fundamentos esencialmente diversos a las causas de justificación e inculpabilidad.

La punibilidad, *stricto sensu*, es la posibilidad de coerción penal, es decir, la posibilidad efectiva de imponer la pena merecida.

Cuando media una excusa absolutoria, al delito cometido no le cabe como consecuencia la aplicación de una pena, pues la ley determina que, en aquellos especiales y específicos supuestos, el Estado debe inhibirse de ejercer su poder punitivo por no cumplirse el requisito de la punibilidad.

Aún se discute en la doctrina la ubicación sistémica de aquella, pues mientras algunos la entienden dentro de la teoría del delito, otros afirman que corresponde ubicarla por fuera de ella, como una categoría dogmática distinta e independiente en la que, una vez configurado el delito como acción típicamente antijurídica y culpable, corresponde luego analizar allí la necesidad de pena.

5.4.2. Posible encuadre para la cláusula del artículo 5 de la Ley 26364

Ciertamente, conforme la redacción de la cláusula, de su lectura podría interpretarse que se trata de una excusa absolutoria, puesto que, de todas las categorías analizadas, únicamente en el marco de esta se está frente a la configuración de un delito, y el artículo 5 habla de “la comisión de cualquier delito”.

Así es como la ha entendido la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia argentina.

5.4.3. Beneficios y problemas de su encuadre

Tal como refiere Hairabedián (2013, pp. 92-93), entender la cláusula dentro de esta categoría resulta útil para que sus efectos no beneficien a terceros, que incluso podrían llegar a ser sus propios tratantes, pues son causas que excluyen la pena y no el delito.

Sin embargo, es tal vez el principal problema de este encuadre que, sin perjuicio de la eximición de sanción hacia la víctima, conceptualmente aquella cometió un delito y es esta connotación negativa la que se quiere evitar con el principio de no castigo, pues, en ese escenario, ciertamente resultaría más útil recurrir a una causa de justificación o de disculpa general para directamente

entender la ausencia de configuración de injusto o de delito. Esto, además, ahorra la tarea de argumentación y comprobación que exige el artículo 5 de la Ley 26364 tal y como es entendido actualmente por la doctrina y la jurisprudencia, lo que lleva a su nula aplicación.

Por otro lado, es dable remarcar que la excusa absolutoria solo surte efecto en el ámbito penal, por lo que sería procedente un reclamo hacia la víctima –si se quiere– por medio de otras vías.

6. Otros encuadres posibles

6.1. Como norma de protección de los derechos humanos

Actualmente, desde la comunidad internacional, se empieza a hablar de la herramienta como una norma de protección de los derechos humanos.

De conformidad con aquella corriente, la PROTEX (2021), en su reciente informe, indicó que:

[e]n definitiva, el principio de no punibilidad es una manifestación de la protección de los derechos humanos de las víctimas y en ese sentido debe ser interpretado puesto que si su abordaje se limita a una instancia de la teoría del delito (ya sea como excusa absolutoria, causal de justificación o supuesto de atipicidad), estaríamos suponiendo que deben iniciarse investigaciones penales contra víctimas que se encuentran en esta situación y esto es justamente lo que debiéramos evitar. (p. 12)

Propone entender la cláusula

como una manifestación del principio de protección integral a las víctimas de trata de personas y no reducirse exclusivamente a revertir imputaciones que ya comenzaron a correr, sino también y principalmente a proteger desde un primer momento los derechos de la víctima dándole tratamiento jurídico de tal e incluirla en el proceso como testigo. (PROTEX, 2021, p. 26)

En mi opinión, tal encuadre no resulta incompatible con el análisis de la cláusula dentro de alguna categoría dogmática a los fines de su sistematización; desde ya comparto con los fiscales especializados que el escenario ideal es que las víctimas nunca sean sometidas a un proceso penal en calidad de acusadas –siquiera un solo día–, pero entiendo que pueden existir situaciones que lleven a dudar acerca de tal condición y, por tanto, so riesgo de beneficiar a un posible explotador, se requiera de una rápida pesquisa que confirme tal estatus.

Así, si bien coincido con entenderla como una herramienta para la pro-

tección de los derechos humanos de las víctimas, considero que además debe ser encuadrada en alguna categoría dentro de la sistemática de la teoría del delito, para que, en tales casos, comprobado su rol, pueda ser desvinculada rápidamente del proceso sin tantas exigencias de comprobación y sin requerir la configuración de ciertos presupuestos que únicamente demoran la virtualidad de la cláusula y, con ello, acrecienta la revictimización.

6.2. Como regla de disponibilidad de la acción penal

Otra posibilidad, en términos procesales y siempre en miras a garantizar la mayor tutela a estas víctimas, sin perder de vista la importancia de no confundirlas con los sujetos activos del delito que padecen, también podría tratarse de un principio aplicado como regla de disponibilidad de la acción penal. Es decir, una especie de principio de oportunidad reglado que parte de una decisión de política criminal que obstaculiza la persecución penal, siempre y cuando se corrobore la presencia de los requisitos que prevé la norma: condición de víctima del delito de trata de personas y relación directa del hecho objeto de investigación con aquella situación de sometimiento.

Cabe recordar que el principio de oportunidad es una excepción a la regla de la legalidad procesal, que viene motivada por la preponderancia, en algunos casos, de la necesidad preventiva (de la no-necesidad de prevenir) ante ciertas conductas (Sánchez-Ostiz, 2012, p. 178).

Un abordaje semejante adoptó el Grupo de Trabajo sobre la Trata de Personas, en su séptima reunión, del año 2017, en la cual se refirió al concepto de “discrecionalidad del fiscal”, y lo reiteró en la siguiente, celebrada en 2018.

Parte de la jurisprudencia externa ya ha acudido a las directrices procesales y a la discreción fiscal para garantizar el no procesamiento y posterior castigo de las víctimas-victimarias. Así, en el caso Nº 17/03852 de la Corte Suprema de Países Bajos (2018) se determinó que las directrices expresamente previstas en el Código de Procedimiento Penal y en el Código Penal resultaban suficientes para dar cumplimiento al artículo 8 de la Directiva de la Unión Europea (UE) (párr. 4.2), y en Reino Unido, en el caso *LM, MB, DG, Betti Tabot y Yutunde Tijani*, EWCA Crim 2327 (2010) se adoptaron sus disposiciones procesales como complementarias de aquella norma (párr. 4) y se sostuvo que el artículo 26 de la Convención del Consejo Europeo habla en este sentido del “interés público” como pauta a considerar para proceder o no al enjuiciamiento de una presunta víctima-victimaria (párrs. 16 y 18).

Entiendo, tal como en el punto anterior, que esta interpretación tampoco resulta incompatible con el análisis de la cláusula dentro de la ubicación sistemática de la teoría del delito, como sucede, por ejemplo, con el principio de insignificancia en la tipicidad.

7. Propuesta

Conforme fue indicado al inicio del presente trabajo, la propuesta que aquí se expone es para aquellas situaciones en las que el proceso penal indefectiblemente se inicia en contra de la víctima-victimaria, en virtud de que las circunstancias del caso no resultan tan claras como para desvincularla directamente del proceso y, por tanto, se requiere una rápida y breve pesquisa que así lo verifique.

De ese modo, comprobada su calidad de víctima, cobra virtualidad la cláusula prevista en el artículo 5 de la Ley 26364, la que, a fin de ser aplicada al caso concreto, entiendo que resulta pertinente su debido encuadre dentro de alguna categoría de la teoría del delito, a fin de conocer las consecuencias de su operatividad como también las exigencias que deberían cumplimentarse para, con ello, otorgar legitimidad, claridad y objetividad a la decisión del operador, simplificando la tarea de aplicación del derecho al caso y garantizando el principio de igualdad respecto a todas aquellas personas que cometan delitos bajo el mismo contexto.

Por ese motivo deviene indispensable penetrar en el significado profundo de la cláusula y el fin perseguido con su sanción. En esa búsqueda, cabe recordar que la misión del derecho es ordenar la vida social por medio de normas y es aquel el que se vincula a las estructuras del ser y no a la inversa. Comparto la consideración que efectúa Robles Planas (2015) en cuanto a que “la ley casi nunca aparece primariamente como la solución al caso. A ella se llega sólo a partir de la ubicación del problema en el sistema y de la inevitable reflexión sobre la legitimidad material de la decisión” (p. 8). De allí la importancia de su ubicación sistemática y de unificar criterio en cuanto a las exigencias de la cláusula tal y como se encuentra receptada por el Estado argentino.

En efecto, en esa labor hermenéutica que aquí se sugiere se le asignará un sentido a la disposición que, en mi opinión, realza la idea de justicia y derecho, pues no solo se propone restar exigencias que la ley no prevé para su efectiva aplicación al caso, sino también ubicarla como excluyente de la antijuridicidad –en principio– y como segunda instancia de la culpabilidad, mas no llegar a la

punibilidad, en la que se entiende a la víctima como autora de un delito. En definitiva, excluir la configuración de un delito antes que la pena.

Así, considero que la disposición del artículo 5 de la Ley 26364 debe ser entendida como una cláusula especial que prevé una situación de necesidad –en principio, de carácter permanente, salvo que se demuestre lo contrario– que da lugar a un estado de necesidad que excluye la antijuridicidad o la culpabilidad, dependiendo de los intereses lesionados y protegidos mediante la acción de salvaguarda llevada a cabo por la víctima en el caso concreto.

En ese marco, dentro de aquellos institutos generales, deberá ser entendida la disposición como una regla especial que hace a la flexibilización de los requisitos que exige cada uno de ellos, restando únicamente para su operatividad que: 1) el sujeto-agente que comete el hecho –que se encuentra en una situación de necesidad– sea una víctima del delito de trata de personas; y 2) que lo haya cometido como consecuencia directa de ello.

Acerca de tales exigencias, como ya fue dicho, no se requieren pruebas absolutas, sino que basta con indicios suficientes o motivos razonables que así lo demuestren. En el documento publicado recientemente por la PROTEX (2021, p. 17), como primera línea de interpretación y pauta a considerar para la aplicación del principio se afirmó que no resulta necesario establecer que al momento de cometer el acto ilegal la víctima se encuentre expuesta a un riesgo de daño o peligro inminente, puesto que ya está sujeta a un grave y continuo abuso físico y mental; seguidamente, como segunda pauta se estableció que el principio debe ser interpretado ampliamente.

Comprobados entonces esos dos supuestos, operaría de pleno derecho la presunción *iure et de iure* de la situación de necesidad que atraviesa esa persona al momento de cometer el hecho que *prima facie* se le imputa, por lo que únicamente restaría llevar a cabo la tarea de la ponderación para determinar en cuál de los dos estados de necesidad se enmarca y así desvincular a la víctima lo antes posible del proceso penal y, de corresponder, continuar con sus consortes que no detenten la calidad de tal.

En ese marco, efectuada la ponderación de los intereses, si aquel que se lesionó es considerado de menor importancia por el ordenamiento jurídico respecto al que se intentó proteger con la acción de salvaguarda, entonces se presenta como una especie de causa de justificación, matizada y ponderada, significativamente más rica que el estado de necesidad genérico, con el que se encuentra en relación de especialidad. En este supuesto, la víctima siquiera comete un injusto penal, pues su conducta está justificada por el derecho.

Por el contrario, si se tratase de dos males o intereses en igualdad de jerarquía o que el lesionado haya sido superior al que se intentó proteger con la acción, la cláusula deberá entenderse como una especie de causal de exculpación por haber actuado el agente en un estado de necesidad disculpante o exculpante. Aquí, en cambio, la conducta de la víctima es antijurídica, pero no se le puede reprochar penalmente.

Para llevar adelante aquella tarea, indica Baldó Lavilla (2016), será determinante

analizar el contexto en el cual se ha producido dicha acción típicamente relevante de salvaguardia (*actio duplex*), para determinar si ésta se considera conforme a Derecho, a pesar de poner en peligro intereses jurídico-penales, contraria a Derecho pero exculpada o, finalmente, punible. (p. 3)

Las consecuencias de uno u otro encuadre ya han sido desarrolladas en los párrafos precedentes.

Entiendo que la presente propuesta concilia con las ideas aportadas por la –entonces– relatora especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Maria Grazia Giammarinaro (Naciones Unidas, 2020b, punto 30), quien afirmó sobre dicho principio que cuando los Estados no siguen la recomendación de introducir una disposición específica, deben cumplir con su deber de no castigar interpretando las normas nacionales existentes –como las que prevén la justificación, basada en la coacción o en el estado de necesidad– como cláusulas generales de exención de responsabilidad para las víctimas de la trata que han cometido delitos dependientes de aquella figura penal. No obstante, agrega que estas cláusulas de justificación “tradicionales” deben adaptarse al contexto de la trata, lo que incluye la apreciación de que las amenazas hacia una víctima de tal para que cometa un delito o la coacción a la que se ve sometida pueden ser indirectas o psicológicas, que la servidumbre por deudas, las amenazas de denuncia a las autoridades u otros medios sutiles, como el abuso de una posición de su vulnerabilidad, pueden estar en juego.

Asimismo, a mi criterio, este encuadre es el que mejor se corresponde con la teleología del principio, cuyo propósito es evitar la revictimización.

En tal sentido, comprobada la condición de víctima y la comisión del hecho como consecuencia de ello, se deberá desvincular a la persona con la mayor premura posible del proceso penal en calidad de sujeto activo y resguardarla como corresponde.

A todo evento, aquel proceso continuará con aquellos involucrados que no

se vean alcanzados por la cláusula, pues cabe afirmar, de conformidad con lo recientemente remarcado por la PROTEX (2021), que

[l]a aplicación de la cláusula de no criminalización no implica impunidad sobre los hechos, ya que los actos cometidos como consecuencia directa de la situación de explotación, pueden y deben ser eventualmente imputados al explotador/tratante mediante la aplicación de otras formas de autoría sobre el hecho. Por ejemplo, autoría mediata. (p. 26)

En definitiva, lo que aquí se propone es velar por la plena aplicación de la disposición –o, en su defecto, descarte– en etapas tempranas del proceso y, mediante ella, entender que la víctima-victimaria no cometió un delito, sino un ilícito penal o directamente que realizó una conducta típica justificada.

Es decir, no eximir de sanción penal a la víctima por cuestiones de política criminal (excusa absolutoria), sino por considerar que directamente no cometió delito alguno, puesto que ciertamente la conducta llevada a cabo ha sido fuera de su ámbito de libertad de autodeterminación, en un cuadro de dominación y sometimiento ajeno a sus posibilidades de decisión.

La aplicación tardía de la cláusula no solo incumple con la ley nacional en cuanto a los derechos que les acuerda a las víctimas de estos delitos atroces contra los derechos humanos, sino también con los compromisos internacionales asumidos en la materia.

En tal sentido, la relatora especial Giammarinaro (Naciones Unidas, 2020b) también afirmó que la “no sanción” no puede implementarse adecuadamente mediante una simple mitigación de las penas impuestas, y se refirió entonces a las Recomendaciones de la OSCE que señalan que “la mera concesión para la mitigación [...] no equivaldría al cumplimiento de la obligación de no sanción porque no tiene en cuenta la verdadera condición de la víctima” (8 punto 37), es decir, ignora el sometimiento de la víctima a la fuerza dominante del traficante y la consiguiente falta de ejercicio del libre albedrío en la comisión del delito.

8. Conclusión

En definitiva, considero que los principales problemas que giran alrededor de la cláusula prevista en el artículo 5 de la Ley 26364, fundamentalmente su aparente falta de utilidad en la praxis como también su aplicación tardía por parte de los tribunales, deviene de su errónea ubicación sistemática y, con ello,

la carga probatoria que se le impone por encima de las exigencias previstas en la propia disposición.

La correcta subsunción sistematizada del instituto, de acuerdo con las reglas que ofrece la dogmática penal, conlleva en el caso, por ejemplo, a entender que la víctima directamente no comete un delito penal. Pues lo contrario, sin perjuicio de que luego no reciba sanción penal, a mi criterio agudiza su revictimización. El principio pierde su esencia en su totalidad, pues aquel busca poner en evidencia la ausencia de autodeterminación en la conducta de una víctima del delito de trata de personas.

El objetivo del presente estudio es otorgar mayor practicidad a la cláusula prevista en el artículo 5 de la Ley 26364 para que, en los casos que corresponda, pueda ser aplicada sin mayores dilaciones ni obstáculos producto de la interpretación doctrinaria o judicial, además de respetar las normas internacionales que refieren a la amplitud del principio de no castigo y su flexibilidad al momento de su aplicación, siempre en miras de garantizar y tutelar los derechos de las víctimas del delito de trata.

Recurrir a otras figuras genéricas, como el principio *in dubio pro reo* o a las eximentes generales ya desarrolladas, no hace a la esencia del principio de no castigo de recepción y envergadura internacional, el cual debe ser respetado en cualquier investigación penal.

Si actualmente se evita aplicarla por la cantidad de problemas probatorios que presenta y porque además sus consecuencias son menos beneficiosas para las víctimas (por adoptarla en general como excusa absolutoria), es justamente porque se está apelando a una interpretación que la desvirtúa y, por tanto, debe ser dejada de lado.

En conclusión, lo que aquí se propone es que cuando las agencias encargadas de tener el primer contacto con el hecho no logren discernir entre víctima y victimario y entonces sometan a esa posible víctima a proceso, los operadores otorguen prioridad a la comprobación de esta situación previo avance de la investigación y, más aún, previo al dictado de medidas cautelares tan extremas como un encarcelamiento preventivo. Entonces, comprobada la calidad de víctima y la relación directa de esta circunstancia con el hecho por ella cometido, se la desvincule de inmediato del proceso penal en virtud de la aplicación del principio que prevé la presunción *iure et de iure* de que aquella actuó en un estado de necesidad –justificante o disculpante, dependiendo de los males en juego– y con motivo de su condición de tal (artículo 5 de la Ley 26364).

Bibliografía

- Aboso, G. (2018). *Trata de personas. La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual*. BdeF.
- Anitúa, G. (2013). Se trata de no criminalizar a las víctimas... En Colombo, M., Mángano, M. A., Grasso, M. y Anitua, G. I., *El delito de trata de personas. Herramientas para los defensores públicos* (pp. 33-40). Defensoría General de la Nación. <https://www.mpd.gov.ar/index.php/biblioteca-mpd-n/libros/5269-el-delito-de-trata-de-personas>.
- Annan, K. A. (2004). Prefacio. En *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos* (pp. iii-iv). Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal. Parte General*. Hammurabi.
- Bacigalupo, E. (2020). *Derecho Penal. Parte General*. Hammurabi.
- Baldó Lavilla, F. (2016). *Estado de Necesidad y Legítima Defensa. Un estudio sobre las "situaciones de necesidad" de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*. BdeF.
- Carrera, M. (2017). *No punibilidad de la víctima de trata: problemas prácticos*. Erreius online.
- Castany, M. (2012). Mujeres imputadas por el delito de trata de personas que previamente han sido víctimas de ese mismo delito. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, (12), 2076-2081.
- Colombo, M. y Mángano, M. (2013). Sobre víctimas victimarias. En Colombo, M., Mángano, M. A., Grasso, M. y Anitua, G. I., *El delito de trata de personas. Herramientas para los defensores públicos* (pp. 11-20). Defensoría General de la Nación. <https://www.mpd.gov.ar/index.php/biblioteca-mpd-n/libros/5269-el-delito-de-trata-de-personas>.
- Colombo, M. y Mángano, M. (s.f.). *El consentimiento de la víctima en la trata de personas y un análisis sobre los medios comisivos previstos en la figura penal*. https://www.mpba.gov.ar/files/documents/consentimiento_y_medios_comisivos_MCOLOMBO.pdf.
- Chassagnade, D. (2018). Naturaleza jurídica del instituto del art. 5° de la ley 26.364. ¿Excusa absoluta o causa de exclusión de la antijuridicidad específicamente penal? *Revista Jurídica, Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional*, (2).
- Di Corletto, J. (2011). Trata de personas con fines de explotación. *Revista del Ministerio Público de la Defensa*, V(7).
- Fellini, Z. y Morales Deganut, C. (2018). *Delito de trata de personas*. Hammurabi.
- Frezini, M. (2018). Trata de personas. Aplicación del artículo 5 de la ley 26.364. *Revista Jurídica, Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional*, (3). <https://www.amfjn.org.ar/2018/08/03/trata-de-personas-aplicacion-del-articulo-5-de-la-ley-26-364/>.
- Frister, H. (2016). *Derecho Penal. Parte general*. Hammurabi.
- Grupo Interinstitucional de Coordinación contra la Trata de personas. (2020). *La no penalización de las víctimas de la trata*. https://icat.un.org/sites/g/files/tmzbd1461/files/v1912063_new_spanish_version.pdf.
- Hairabedián, M. (2013). *Tráfico de personas. La trata de personas y los delitos migratorios en el derecho penal argentino e internacional*. Ad-Hoc.
- Lopérfido, M. (2018). Alcances de la exclusión de punibilidad respecto de las víctimas del delito de trata de personas. *Revista de Derecho Penal, Número Extraordinario. Derecho Penal Internacional*, RC D 1502/2018, 290-302.

- López Mesa, M. y Cesano, J. (2010). *Antijuridicidad y causas de justificación. Contribuciones a su estudio desde las ópticas civil y penal*. Edisofer/BdeF.
- Martínez, S. M. y Anitúa, G. (2013). Sobre las vulnerabilidades y los riesgos de las políticas y las leyes. En Iglesias Skulj, A., *La trata de mujeres con fines de explotación sexual. Una aproximación político-criminal y de género* (pp. 15-23). Didot.
- Mir Puig, S. (2018). *Derecho Penal. Parte General*. BdeF.
- Naciones Unidas. (2004). *Informe de la entonces Relatora Especial sobre la Trata de personas, especialmente mujeres y niños, Sra. Sigma Huda*. Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, 61º período de sesiones, E/CN.4/2005/71. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/169/31/PDF/G0416931.pdf?OpenElement>.
- Naciones Unidas. (2009). *Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Informe sobre la reunión del Grupo*. Grupo de Trabajo sobre la Trata de Personas. Viena, 14 y 15 de abril de 2009, CTOC/COP/WG.4/2009/2. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V09/828/28/PDF/V0982828.pdf?OpenElement>.
- Naciones Unidas. (2014). *Los Derechos Humanos y La Trata de Personas*. Folleto Informativo N° 36, Nueva York y Ginebra. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas. <https://www.ohchr.org/es/publications/fact-sheets/fact-sheet-no-36-human-rights-and-human-trafficking>.
- Naciones Unidas. (2019). Módulo 8. Enfoque de la trata de personas basado en los Derechos Humanos. Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. https://www.unodc.org/documents/e4j/tip-som/Module_8_-_E4J_TIP_ES_FINAL.pdf.
- Naciones Unidas. (2020a). *Orientaciones para adecuar las respuestas de la justicia penal a las personas que se han visto obligadas a cometer delitos como consecuencia de haber sido víctimas de la trata*. Grupo de Trabajo sobre la Trata de Personas. Viena, 10 y 11 de septiembre de 2020, CTOC/COP/WG.4/2020/2. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V20/030/91/PDF/V2003091.pdf?OpenElement>.
- Naciones Unidas. (2020b). *The importance of implementing the non-punishment provision: the obligation to protect victims*. Reporte presentado por Maria Grazia Giammarinaro al cierre de su mandato como Relatora Especial. <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Trafficking/Pages/non-punishment.aspx>.
- Naciones Unidas. (2020c). *Reporte de la actual Relatora Especial de Tráfico de personas, en especial mujeres y niños, Mullally Siobhán*. Décima sesión de la Conferencia de Partes, Viena. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Trafficking/Statement_Special_Rapporteur.pdf.
- Nardiello, A. (2017). *La atribuibilidad o responsabilidad por el hecho ilícito*. Hammurabi.
- Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. (2020). *Mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual como acusadas. Análisis de jurisprudencia*. https://www.unodc.org/documents/ropan/2021/Cuando_las_victimas_de_la_trata_de_personas_cometen_delitos.pdf.
- Ortiz, J. (2017). La trata de personas con finalidad de explotación sexual bajo una mirada de género. *Suplemento Penal y Procesal, Revista de Derecho Penal y Criminología. La Ley 2017-E*, 1088. AR/DOC/2441/2017.
- Ortiz, J. (2019). Los límites objetivos y subjetivos del art. 5 de la ley 26.364. Una visión restric-

- tiva sobre la procedencia de la cláusula de no punibilidad. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. AR/DOC/2963/2019.
- Ortiz, J. (2020). Trata de personas con fines de explotación sexual. El artículo 5 de la ley 26.364: ¿una excusa absolutoria insuficiente? *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*. Erreius online.
- Procuraduría de Trata y Explotación de Personas. (2016). *El testimonio de la víctima de trata de personas. Herramientas útiles para la recepción y valoración de la declaración testimonial*. Ministerio Público Fiscal. <https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2016/07/Protex-Testimonio-V%C3%ADctima-Trata.pdf>.
- Procuraduría de Trata y Explotación de Personas. (2021). *Documento temático para la aplicación práctica del principio de no criminalización de víctimas de trata y/o explotación de personas*. Ministerio Público Fiscal. https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2021/06/Protex-informe_PNP_Anexo-I_v3.pdf.
- Robles Planas, R. (2015). *Estudios de Dogmática Jurídico-Penal, Fundamentos. Teoría del Delito y Derecho Penal Económico*. BdeF.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Civitas.
- Sánchez-Ostiz, P. (2012). *Fundamentos de Política Criminal. Un retorno a los principios*. Marcial Pons.
- Stratenwerth, G. (2017). *Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible*. Hammurabi.
- Tazza, A. (2014). *La trata de personas. Su influencia en los delitos sexuales, la Ley de Migraciones y la Ley de Profilaxis Antivenérea. Promoción y facilitación de la prostitución. Reducción a esclavitud. Trabajos y matrimonios forzosos. Pornografía infantil. Tráfico de órganos. Rufianería. Ley 12.331*. Hammurabi.
- The Crown Prosecution Service. (2020). *Guía legal para fiscales de la Corona Británica*. <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/modern-slavery-human-trafficking-and-smuggling>.
- Unidad Fiscal de Asistencia para la Investigación de Secuestros Extorsivos y Trata de Personas e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales. (2012). *La trata sexual en Argentina. Aproximaciones para un análisis de la dinámica del delito*. <https://incip.org/publicaciones/la-trata-sexual-en-argentina-aproximaciones-para-un-analisis-de-la-dinamica-del-delito-2/>.

Legislación citada

- Acordada Nº 5 de la CSJN, 24/02/2009.
Código Penal Argentino.
Convención de la ASEAN contra la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños.
Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
Convención del Consejo Europeo sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos.
Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de discriminación contra la Mujer.
Convenio sobre el Trabajo Forzoso u Obligatorio.
Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo.
Directrices para la detección de víctimas de trata en Europa.
Disposiciones legislativas modelo contra la trata de personas de la UNODC (2020).
Guía legislativa para la aplicación del Protocolo contra la Trata de Personas de la UNODC (2020).

Ley 14932.

Ley 23179.

Ley 25632.

Ley 26364.

Ley 26842.

Principios y Directrices Recomendados sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas. Protocolo de 2014 de la OIT.

Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños. Recomendación General N° 38, relativa a la trata de mujeres y niñas en el contexto de la migración mundial.

Recomendaciones de la OEA sobre la trata de personas.

Recomendaciones legislativas y sobre políticas para la aplicación efectiva del principio de no penalización respecto de las víctimas de la trata de la OSCE.

Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

Resolución 10/3 de la Conferencia de Partes.

Resolución 11/3 del Consejo de Derechos Humanos.

Resolución 1998/30 del Consejo de Derechos Humanos.

Resolución 2004/45 del Consejo de Derechos Humanos.

Resolución 2331 del Consejo de Seguridad.

Resolución 2388 del Consejo de Seguridad.

Resolución 51/66 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

Resolución 52/98 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

Resolución 55/67 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

Resolución 57/176 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

Resolución 59/166 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

Resolución 61/144 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

Resolución 63/156 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

Resolución 64/293 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

Resolución 65/228 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

Jurisprudencia citada

Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, *M. C. J. y otros*, 13/07/2016, [N° 1298, Reg. N° 1321/16].

Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, *Martínez Hassan, L. S.*, 18/10/2018, [FSA 7158/2016/TO1/CFC1, Reg. N° 1103/18].

Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, *Valdez López*, 13/11/2018 [FMZ 32020630/2012/TO1/CFC4, Reg. N° 1473/18].

Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, *Caballero Flores, P. y otras*, 20/12/2016 [FTU 5857/2014/TO1/CFC1, Reg. N° 2714/16].

Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, *Dezorzi, V. s/recurso de casación*, 15/08/2017 [FCB 53200033/2012/TO1/CFC1, Reg. N° 1003/17].

Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, *Justino, H. A. y otros*, 13/02/2017 [FGR 81000828/2012/CFC1, Reg. N° 23/17].

- Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, *Miño, M. B.*, 22/06/2018 [FRO 11676/2015/TO1/4/CFC1, Reg. Nº 701/18].
- Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, *Montoya, P. E. y otras*, 12/04/2018 [FCR 52019312/2012/TO1/18/CFC2, Reg. Nº 249/17].
- Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, *Sanfilippo, J. y otros*, 13/05/2014 [15.554, Reg. Nº 778/14].
- Cámara Federal de Casación Penal, Sala III, *C. N. B.*, 04/02/2016 [FBB 31000757/2011/3/CFC1, Reg. Nº 21/16].
- Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, *Díaz*, 23/12/2015 [FBB 4964/2014/TO1/CFC1, Reg. Nº 2471/15.4]
- Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, *Fay*, 26/05/2016 [FMP 5257/2013/25/1/CFC2, Reg. Nº 645/16].
- Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, *Figueroa, S. A. y otros*, 29/06/2017 [FTU 40066/2013/TO1/CFC2, Reg. Nº 828/17.4].
- Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, *Taviansky, A. A. y otra*, 29/12/2015 [FTU 400654/2008/CFC1, Reg. Nº 2551/15.4].
- Cámara Federal de Bahía Blanca, Sala II, *Nadal y otro*, 7/05/2021 [FBB 14714/2019/5/CA3].
- Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, *M., N. N. y otro*, 27/09/2013.
- Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal Nº 3 de Mar del Plata, *Av. Plata*, 15/03/2013 [6127].
- Juzgado Federal de Ushuaia, 30/12/2019 [FCR 7750/2018 y sus acumuladas Nº 25925/2018 y 4084/2019].
- Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nº 7 de C.A.B.A., *I.M.C.*, 13/06/2019 [CFP 2091/2019].
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Córdoba Nº 2, *Rondalli y otros*, 06/08/2021 [FCB 42000840/2011/TO1].
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Córdoba, *Dulcinea*, 20/05/2014 [91017032].
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Córdoba, *L. L., L. y N., E. D.*, junio de 2013.
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Corrientes, *Mondo, J. y otro*, 17/05/2013 [862/12].
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata, *Soria y otros*, 16/03/2017 [FMP 32005377/2008/TO1].
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal de San Luis, *L.P.A. y otra*, sentencia Nº 457, 30/11/2012.
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Santa Cruz, *R. H., E. O. y otros*, 12/03/2020 [FCR 7531/2013/TO1].
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán, *F.S.A.*, 23/12/2015 [FTU 40066/2013].
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal Neuquén, *Cofre, V. A.*, alegato fiscal del 07/09/2020 [FGR 15586/2017/TO1].
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 1 de la Capital Federal, *Landriel y otros*, 04/08/2017 [CFP 7677/2014/TO1].
- Corte de Apelaciones del Estado de California, *el Pueblo v. Aarica S.*, 2014.
- Tribunal de Apelación del Reino Unido (División Penal). *LM, MB, DG, Betti Tabot y Yutunde Tijani*, 21/10/2010.
- Tribunal de Apelaciones, E.U., *el Pueblo v. Cross*, Distrito 4 CA, WL 1306324, 2019.

Tribunal de Primera Instancia de Bélgica, T., *Tribunal de Première Instance Francophone de Liège, 19ème Chambre, Parquet* no LI37.LA.99538-09, 2018.

Tribunal de Primera Instancia de La Haya, Países Bajos, 09/754126-08, 2010.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *VCL y AN v. Reino Unido*, 16/02/2021.

Tribunal Supremo de los Países Bajos, caso 17/03852, 2018.