

Observaciones del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales -INECIP- sobre las iniciativas de reforma de la ley 26.364 de Prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas

Introducción

El objetivo del presente documento es acercar a los senadores y senadoras de la Nación comentarios y observaciones en torno a la ley 26.364 de Prevención y Sanción de la trata de personas y asistencia a las víctimas, y la iniciativa de reforma y complementación de esta norma, actualmente en debate en el marco de las Comisiones de Justicia y Asuntos Penales y Seguridad Interior y Narcotráfico de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación, borrador de dictamen conjunto con fecha del 8 de junio de 2011.

El Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Inecip), junto con Inecip Paraguay y el Centro de Políticas Públicas para el Socialismo (Ceppas), se encuentran desarrollando el proyecto “Lucha contra la trata y la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes en Argentina y Paraguay”, con el apoyo económico de la Unión Europea. En el marco del mismo se han realizado, junto con la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados de la Nación y con el auspicio de la UFASE - Unidad Fiscal de Asistencia en Secuestros Extorsivos y Trata de Personas-, dos talleres de discusión acerca del delito de trata de personas, a los cuales han concurrido especialistas y operadores policiales y judiciales con el fin de debatir diferentes problemáticas que plantea la prevención y la persecución del delito, y la asistencia a las víctimas fundamentalmente, desde el punto de vista de la inserción normativa y la aplicación de la ley¹.

Tanto del resultado obtenido de dichos talleres, de la información recogida a través de entrevistas con diversos actores y operadores judiciales que trabajan con relación a la problemática y del análisis de los causas judiciales, es posible anticipar una serie de cuestiones que, a nuestro criterio, es conveniente que sean consideradas al momento de analizar una reforma legislativa.

- **El tipo penal**

El proyecto de dictamen elimina los medios comisivos (engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima) de la configuración del tipo penal de trata de personas.

Los resultados de dicha acción son, básicamente, dos: abrir el campo de persecución penal y reducir las exigencias probatorias, al no requerir la prueba del consentimiento viciado de la víctima.

Al respecto, es preciso advertir las dificultades que sobrevienen para definir la explotación. Esto exige, como mínimo, un análisis cuidadoso para delimitar el campo de persecución a partir de la definición misma de explotación, evitando su extensión hacia acciones que no debieran ser penalizadas.

Con la propuesta de reforma de la ley, el tipo penal de la trata de personas asumiría una definición de explotación que no sería congruente con la definición de explotación de algunos de los tipos autónomos, fundamentalmente en lo que respecta a los casos sexuales. Esta situación merece una revisión más detenida y cuidadosa respecto de los efectos que podría tener esta divergencia de cara a la capacidad y posibilidad de perseguir el delito.

En cierto sentido, se invertirían las divergencias existentes entre el tipo de trata y los delitos de explotación, pues hoy la trata establece medios comisivos para el fin de servidumbre, trabajos forzados o ablación de órganos, cuando el ilícito consumado (art. 140 CP) no sólo no los exige, sino que, directamente, los torna irrelevante para la configuración del mismo. Otro tanto sucede con el fin de explotación sexual, en tanto los medios comisivos señalados en la Ley 26.364 difieren de los medios comisivos exigidos en el Código Penal para las figuras de promoción y facilitación de la prostitución, y de proxenetismo (arts. 126 y 127 CP). Por lo tanto, como mínimo para guardar la coherencia normativa, se sugiere escoger una sola fórmula para analizar la anticipación delictiva (trata) y la consumación (explotación).

De la revisión y el análisis de causas realizado hasta el momento, se observa una amplia disparidad en la aplicación de la concurrencia de los delitos mencionados, siendo especialmente llamativo que bajo el supuesto del delito consumado, son muchos los casos en que únicamente se imputa 145 bis y 145 ter, sin hacer lugar al concurso que podría presumirse por la conjugación del tipo anticipado con el delito de explotación. En virtud de esta situación, sería recomendable que la reforma del tipo penal de la trata procure subsanar las dificultades existentes evitando provocar otras mayores.

Por otro lado, y a fin de ofrecer mayor claridad en las interpretaciones, es recomendable que en la sección de “Significación de conceptos empleados en el Código”, se incorporen definiciones precisas respecto de cada uno de los términos nuevos que comprende el concepto de explotación (por ejemplo, trabajos o servicios forzosos, esclavitud, etc.). Ello garantizaría mayor autoabastecimiento en la comprensión de la norma. En las definiciones volcadas, asimismo, se debería evitar cualquier tipo de alusión a cláusulas abiertas o vagas, que rompan con la legalidad y el principio de reserva, y que puedan determinar interpretaciones analógicas *in malam partem*. La actual redacción de la figura de servidumbre, art. 140 CP, es un claro ejemplo de lo referido que podría ser corregido.

- **Sistema de agravantes**

Con relación al agravante conformado por alguno de los medios comisivos quitados de la figura básica, se debe tener presente que la situación de vulnerabilidad es una condición casi estructural de las víctimas de trata de personas y, por lo tanto, no accesorio sino constitutiva del delito. Su inserción como medio comisivo cumplía una finalidad que no es justificable en caso de que se la considere como agravante. Esto indica que no podría operar como agravante pues, configurado el delito, siempre estaría agravado por abuso de una situación de vulnerabilidad.

Una opción no analizada pero recomendable, es incorporar la posibilidad de inhabilitar, de manera absoluta y permanente, para ejercer cargos públicos, a todo funcionario público que sea encontrado culpable del delito de trata de personas.

- **La pena y la escala penal**

Otro de los debates sostenidos a partir de las propuestas de modificación de la ley gira en torno a la pena y la escala penal.

Para ello, es importante valorar que en la mayoría de las investigaciones podrían hacerse concurrir la figura de trata con alguno de los delitos consumados, lo cual determinaría que las penas se eleven ya sea por concurso ideal (art. 54 CP), en cuyo caso se aplicaría la pena mayor de las figuras penales en concurso; como también por concurso real (art. 55 CP), caso en el que las penas a aplicar estarían entre el mínimo mayor de las escalas en concurso y el máximo dado por la suma de las penas máximas.

Del mismo modo, se suele argumentar que los rangos de pena que establece la ley permitirían la excarcelación de los imputados, desconociendo que este instituto sólo puede aplicarse en los casos en que no existan riesgos procesales (por ejemplo, posibilidad de fuga del imputado u obstrucción a la averiguación de la verdad). La excarcelación depende sólo secundariamente del monto de la pena (está permitido para delitos cuyo máximo no supere los 8 años), pues su uso se debe sentar en una evaluación de las condiciones objetivas y subjetivas vinculadas al hecho y al autor (art. 319 CPPN). De acuerdo con lo dicho, la aplicabilidad de este instituto no debiera ser un justificativo para valorar la escala penal del delito de trata de personas.

De acuerdo con lo expuesto, no surgen argumentos lo suficientemente consistentes como para justificar una elevación de las penas. No obstante ello, es posible revisar el sistema de agravantes, para otorgar mayores márgenes a la decisión del monto de la pena.

En otro orden, también habría que considerar las respuestas judiciales al momento de la aplicación de penas. Esto, a los fines de evitar que una suba de las penas funcione como disuasivo para su aplicación.

Una opción no analizada pero recomendable, es incorporar la posibilidad de inhabilitar, de manera absoluta y permanente, para ejercer cargos públicos, a todo funcionario público que sea encontrado culpable del delito de trata de personas.

- **Cuestiones procesales**

Un problema se plantea con el testimonio de las víctimas del delito de trata. Muchas veces sucede que las mismas son renuentes a declarar en calidad de testigos, fundamentalmente por miedo a represalias. Como este es un delito de instancia pública, puede considerarse que las mismas tienen obligación de testificar (art. 140 CPPN) e incluso ser trasladadas por la fuerza pública ante los juzgados, en caso de su negativa (art. 245 y 247 CPPN).

Para evitar una revictimización por parte de operadores judiciales y policiales, una sugerencia puede ser incorporar a las víctimas de trata a las disposiciones especiales contempladas en el art. 250 bis. De ese modo, en el caso en que se requiera la declaración y el estado de la víctima lo amerite, la misma se podría tomar en un ambiente adecuado y con personal especializado.

Esta es una forma de asegurar la obtención del testimonio de la víctima, el cual, en la mayoría de las investigaciones, es la central prueba de cargo. Pero, justamente, para que el caso no dependa primordialmente

del testimonio de las víctimas, se deben profundizar las capacitaciones a los operadores judiciales, a los fines de que puedan canalizar las investigaciones a través de otras vías de prueba.

- **Asistencia y derechos de las víctimas**

En materia de derechos y asistencia a las víctimas, la ley argentina es amplia y adecuada. Ella enumera un vasto listado de derechos en reconocimiento de las especiales condiciones de vulnerabilidad de las víctimas de trata, incluyendo cuestiones tales como el derecho a la información, a la privacidad, a la asistencia psicológica, médica y jurídica gratuita, a la protección y seguridad, a recibir alojamiento, manutención, alimentación e higiene adecuada, a permanecer en el país o retornar a éste, etc.

La ley también es apropiada al reconocer las necesidades especiales de niños, niñas y adolescentes, fundamentalmente en lo atinente a su participación en el proceso penal.

La limitación más importante que expresa la ley en materia de asistencia y derechos de las víctimas, es por restringir el universo de titulares de tales derechos en las víctimas de trata de personas, dejando por fuera a las víctimas de explotación. La distinción del orden penal entre víctimas de un delito y de otro, acarrea una diferenciación inválida para el deber de asistencia del Estado. De cara a la asistencia, los derechos de las víctimas de trata y explotación deben ser igualmente reconocidos e igualmente protegidos. Por ende, sería un cambio sustantivo de la ley que tanto el capítulo de derechos de las víctimas como los capítulos que crean mecanismos estatales de intervención – leáse Consejo de Lucha, Consejo Consultivo y Programa Nacional- estén dirigidos tanto a víctimas de trata como a víctimas de explotación sexual o laboral que no hubieran sufrido un proceso de traslado y desarraigo.

Al margen de lo expresado, el capítulo de los derechos de las víctimas es factible de algunas mejoras, como por ejemplo, con relación a:

- El inciso (d) del artículo 6 de la ley establece que las víctimas tienen derecho a “prestar testimonio en condiciones especiales de protección y cuidado”. Ello se podría asegurar incorporando a las víctimas de trata en las disposiciones especiales contempladas en el art. 250 bis del CPPN.
- A riesgo de resultar redundante, sería conveniente que entre los derechos de las víctimas se reconozca el derecho a la reparación

del daño. En nuestro ordenamiento procesal ello es posible mediante la acción civil, hecho que sería reforzado por el artículo 31 del borrador de dictamen que establece que lo recaudado a partir de la imposición de decomisos sea destinado a un fondo de compensación de las víctimas.

- Consideramos además, relevante que se reconozcan los derechos específicos de las víctimas extranjeras a obtener residencia temporaria o permanente, asilo y residencia por razones humanitaria, independientemente de la situación inmigratoria de la víctima o la capacidad o voluntad de colaborar con la investigación en el procedimiento judicial
- Por último, pero no menos importante, sería importante que la ley deje sentado que la asistencia a las víctimas no se encuentra condicionada o supeditada a su voluntad para participar en el proceso penal y actuar como testigo.

El dictamen en estudio en el seno de las comisiones propone una modificación de este capítulo de la ley que es superadora en algunos aspectos (reconoce el derecho de las víctimas a recibir asistencia en el mediano y largo plazo de cara a la reconstrucción de su proyecto de vida), pero omite derechos claves relacionados, sobre todo, a los cuidados que precisan las víctimas en el marco del proceso penal:

- Prestar testimonio en condiciones especiales de protección y cuidado (inc.d del art. 6 de la ley vigente);
- Ser informadas del estado de las actuaciones, de las medidas adoptadas y de la evolución del proceso (inc. G del art. 6);
- Ser oídas en todas las etapas del proceso (inc. h del art. 6);
- Acceder de manera voluntaria a los recursos de asistencia (inc i del art 6.).

Por otra parte, y en relación a la propuesta de modificación del artículo 9 de la ley, hay que destacar que se omite dejar expresamente indicada la responsabilidad de los responsables diplomáticos y consulares de la nación de garantizar la asistencia integral de las víctimas nacionales. La nueva redacción es bien específica sobre las responsabilidades en torno a la seguridad de la víctima y el deber de acompañamiento en todas las gestiones que se deban realizar ante las autoridades del país extranjero, pero nada ordena sobre el deber de asistencia general.

En virtud de estas observaciones, se recomienda realizar una nueva revisión del dictamen en tratamiento a fin de asegurar que

involuntariamente se estuvieran pasando por alto cuestiones de relevancia que ya han sido reconocidas en la ley vigente.

De igual modo, se sugiere reconsiderar mantener el formato de la ley actual, que ordena el artículo 6 como un catálogo de derechos de las víctimas y no como deberes del Estado Nacional. En todo caso, se podría incorporar un artículo aparte que indique la responsabilidad del estado nacional de asegurar el pleno goce de los derechos enumerados y también, la obligación de coordinar y articular con los niveles provinciales y municipales la instrumentación de las políticas del área.

Los puntos que restan se dejan sólo a modo de referencia, por corresponderse con el borrador de dictamen del 6 de mayo. En el borrador de la fecha 8 de junio ambos ejes fueron revisados.

- **No punibilidad**

Aunque la ley es innovadora en el establecimiento de una protección superior para las víctimas de este delito, consideramos que en la actual redacción se ha producido un retroceso al no garantizar la no punibilidad de las víctimas y establecer la posibilidad de aplicar el “*mínimo legal de la pena*” (Artículo 5) por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata. En este sentido, consideramos necesario suprimir esta posibilidad de aplicación y establecer que ninguna víctima del delito de trata- sea mayor o menor de edad- deba permanecer privada de su libertad en un centro de detención.

- **Consejo Federal y Programa Nacional para la lucha contra la trata de personas y para la protección y asistencia de las víctimas**

La propuesta de creación de un Consejo Federal y un programa Nacional para la lucha contra la trata de personas evidencia la necesidad de responsabilizar a las autoridades públicas en la planificación e implementación de una política integral contra la trata de personas. La realidad actual del estado argentino es que las políticas que se desarrollan son acotadas en su alcance y se encuentran fuertemente descoordinadas y compartimentarizadas, hecho que afecta indudablemente la calidad y el impacto de tales políticas.

Sin embargo, no resulta claro que un Consejo Federal integrado por 37 personas pueda resolver esta situación. Entendemos que un consejo puede facilitar las tareas de coordinación y articulación al interior del Estado Nacional y con otros niveles del Estado (provincias y municipios), pero difícilmente pueda atender cuestiones ejecutivas. La prioridad debe estar puesta en establecer responsabilidades claras en áreas especializadas que deberían gestionar la política de trata en todas sus dimensiones: la prevención, la asistencia y protección de las víctimas y la investigación y persecución penal del delito en cada una de las instancias (nacional, provincial y municipal).

Consideraciones finales

La reforma de la ley es una oportunidad para saldar incoherencias y vacíos, así como también para ofrecer mejoras con relación a la política criminal y/o la atención de las víctimas. Ahora bien, es clave subrayar que muchos de los problemas que se arrojan a la ley 26.364, la exceden en tanto son derivados de la estructura organizativa de la justicia federal para la investigación de delitos complejos. Las dificultades de procedimiento se visualizan con claridad cuando convergen en las investigaciones la justicia federal y alguna justicia provincial con sistema acusatorio. Por lo tanto, más allá de los cambios necesarios que puedan realizarse a la ley de trata, los mismos quedarán truncos si a mediano plazo no se reforma integralmente el Código Procesal Penal de la Nación.