

Recupero de activos para la reparación económica de las víctimas de trata y explotación de personas

Por María Alejandra Mángano, María del Carmen Chena y Daniela Sodini

Publicado en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Abeledo Perrot, julio 2019, p. 1313

I. INTRODUCCIÓN

La trata de personas con fines de explotación sexual y laboral se encuentra entre los delitos más rentables del crimen organizado, sólo precedido por el narcotráfico. Genera actualmente ganancias que ascienden a más de 150 mil millones de dólares anuales a nivel mundial¹.

Estos activos ilícitos que representan el producto de trabajos forzados, sufrimiento y violaciones a los derechos humanos, constituyen, a su vez, la fuente de financiamiento con la que estas organizaciones corrompen las estructuras de la Administración Pública (policía, jueces, autoridades locales, etc.), compran complicidades y garantizan su impunidad.

Por esa razón, resulta necesario el desarrollo de una fuerte estrategia de recupero de activos frente a este delito, cuyo objetivo sea la persecución de las ganancias ilícitas (lucro), así como de los medios operativos de las organizaciones que actúan en estos mercados, desde un enfoque que priorice la restitución de los derechos fundamentales de las víctimas.

Según los datos recopilados por la Procuraduría de Trata y Explotación de Personas, durante los años de vigencia de la ley 26364 y hasta principios de 2019, en la justicia federal argentina fueron condenadas más de quinientas treinta y ocho personas y, al menos, mil cuatrocientas cuarenta y seis fueron identificadas como víctimas del delito de trata de personas en sentencias condenatorias².

Sin embargo, de esas víctimas identificadas y de las tantas otras que antes y después han estado en esa misma situación, sólo una de ellas ha logrado litigar y obtener una reparación económica integral a partir de su constitución como actor civil en el proceso penal³. En la mayoría de los casos, las personas vuelven a su casa sin dinero, con una deuda y una necesidad presente de apoyar a los miembros de su familia. A menudo deciden

¹ OIT, "Profits and poverty: the economics of forced labour", Ginebra, 2014, disponible en línea en www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_243391.pdf.

² Datos obtenidos de la base de sentencias de trata de personas que lleva la PROTEX.

³ Al momento de terminar este trabajo se seguían discutiendo los alcances de esa reparación, luego de un fallo de la Cámara Federal de Casación Penal que trató recursos contra la sentencia condenatoria. Ver C. Fed. Casación Penal, sala 2ª, 12/4/2018, causa nro. FCR 52019312/2012/T01/16/CFC2, "Montoya, Pedro E. y otras s/recurso de casación", registro nro. 249/18.

emigrar otra vez con la esperanza de evadir a los explotadores y ganar algún dinero. Lamentablemente, muchas son nuevamente reclutadas por las redes de trata.

La extrema vulnerabilidad que caracteriza a las víctimas de este delito y la evidente asimetría entre quien fue sometida y aquel que la sometió conspiran contra cualquier posibilidad real de que asuma un rol activo para obtener una reparación mediante el impulso de una acción civil ordinaria, tal como lo reflejan las cifras mencionadas.

En virtud de ello, se impone la adopción de medidas que resulten adecuadas para eliminar los efectos del delito y que el daño que en consecuencia haya sufrido la víctima no se profundice por su contacto con el sistema de justicia, es decir, debe garantizarse a las víctimas de trata de personas las condiciones de acceso efectivo a la justicia.

Sobre este punto, nuestro país ha asumido, con la aprobación de la “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”⁴, el compromiso internacional de desarrollar una política activa orientada a detectar, cautelar, identificar y decomisar bienes y fondos provenientes de los delitos, especialmente aquéllos vinculados con la criminalidad compleja y el crimen organizado (art. 12). Por otra parte, la obligación de brindar a las víctimas las herramientas necesarias para que obtengan indemnización y restitución. Específicamente, el art. 25.2 establece que “Cada Estado Parte establecerá procedimientos adecuados que permitan a las víctimas de los delitos comprendidos en la presente Convención obtener indemnización y restitución” (art. 25, inc. 2, ley 25632).

En los casos de trata de personas, estas dos obligaciones se encuentran fuertemente relacionadas porque las ganancias ilícitas que constituyen el producto del delito tienen un vínculo excluyente con la explotación de la víctima y con la vulneración de sus derechos humanos fundamentales. Es una característica del delito la cosificación de sus víctimas, negarles su condición de personas y asimilarlas a un objeto que se comercializa en el mercado. En virtud de ello, su reparación excede el interés privado de las partes y es una cuestión que atañe a toda la sociedad y al Estado, que se ha comprometido internacionalmente a generar las condiciones para hacerla efectiva, en tanto se trata de afectaciones a la dignidad humana.

En esta línea, nos proponemos con este trabajo brindar herramientas para llevar adelante una estrategia de recupero de activos frente a este delito, que prive a las organizaciones criminales de las ganancias provenientes de la explotación y a la vez asegure los bienes para que las víctimas tengan acceso a las restituciones y reparaciones económicas que les corresponden.

Para ello, en el primer capítulo abordaremos el desafío que implica establecer los mecanismos que garanticen en forma efectiva la reparación económica de las víctimas de

⁴ Aprobada por ley 25632 junto con los protocolos complementarios para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños y contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.

trata, en función de las fuertes limitaciones de acceso a la justicia que suelen presentar en razón de su extrema vulnerabilidad.

Luego describiremos las distintas vías que establece nuestra legislación para recuperar los bienes que son producto del delito en los casos de trata de personas, priorizando la restitución como medida tendiente a hacer cesar los efectos del delito, mediante la reposición de las cosas al estado anterior. Con relación a ello, desarrollaremos especialmente las posibilidades de perseguir las ganancias ilícitas aun cuando se encuentren en poder de personas jurídicas, puesto que muchas veces son las propias empresas las que se benefician económicamente con la explotación, maximizando sus ganancias a costa del trabajo en condiciones análogas a la esclavitud, en forma incompatible con la dignidad del ser humano o mediante graves violaciones a los derechos humanos (apartado III).

En el acápite cuarto abordaremos las diferencias entre la restitución y la indemnización integral de los daños ocasionados por el delito, describiendo las posibilidades que tiene la víctima de trata y explotación de personas de acceder a dicha indemnización.

Finalmente, desarrollaremos los mecanismos de recupero de activos que deberán articularse subsidiariamente cuando las dificultades en la identificación de las víctimas no permitan establecer los montos correspondientes a las restituciones o cuando las ganancias ilícitas verificadas excedan los importes a restituir, así como el destino que deberá darse a tales bienes (parte V).

II. LA REPARACIÓN ECONÓMICA A LAS VÍCTIMAS DE TRATA DE PERSONAS Y DELITOS CONEXOS

No hay dudas de que las víctimas de trata de personas y delitos conexos integran el conjunto de víctimas en situación de vulnerabilidad que se enfrentan al sistema de justicia penal. Esta condición se da en las instancias previas a la comisión del delito, durante su comisión y luego a lo largo de todo el proceso penal. La situación de vulnerabilidad suele definirse por las características personales de la víctima o por razones de índole económica, social y cultural, así como también por las condiciones generadas por el delito del que fueron objeto⁵. Por ejemplo, al concertar las “100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la

⁵ Por cierto, la situación de vulnerabilidad de la víctima debe evaluarse en cada caso y atendiendo a la situación personal, geográfica y circunstancial de la víctima (p. ej., desempleo o penuria) y pueden existir previamente o ser creadas por el tratante, mediante el aislamiento social, cultural o lingüístico, situación irregular o una dependencia creada a partir de la drogadicción, romántico o emocional o bien recurriendo a prácticas culturales o religiosas (conf. UNODC, “Nota orientativa sobre el concepto de ‘abuso de una situación de vulnerabilidad’ como medio para cometer el delito de trata de personas, expresado en el artículo 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, octubre de 2012).

justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”⁶, se definió a la víctima en condición de vulnerabilidad como aquella que “...por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”⁷ y que, como tal, “...tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización”⁸.

La persona damnificada de este tipo de delitos ha sido objeto de un menoscabo en su cuerpo y psiquis, en su capacidad de decisión –al punto de ser reducida a su mínima expresión, de una despersonalización tal que significó una cosificación–⁹. En virtud de ello, resulta fundamental la adopción de medidas adecuadas para eliminar los efectos del delito y que el daño que en consecuencia haya sufrido la víctima no se profundice por su contacto con el sistema de justicia¹⁰. Es decir, en estos casos especiales en los que la víctima se encuentra en una delicada situación de vulnerabilidad, el Estado tiene que hallar la forma de otorgarle un acceso integral a la justicia, lo que debe traducirse en el sentido de no someterla a la realización de pasos procesales o exigencias que signifiquen una nueva victimización.

Sobre este punto, nuestro país, al suscribir instrumentos internacionales sobre la materia, ha asumido el compromiso internacional de brindar a dichas víctimas las herramientas necesarias para permitir la obtención de una *indemnización y restitución*. De este modo, con la aprobación de la “Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional” (ley 25632, junto con los protocolos complementarios para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños y contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire), reforzó aquellos principios internacionales y tomó la responsabilidad de dictar los procedimientos adecuados que permitan a sus víctimas obtener una indemnización y restitución. Específicamente, el art. 25.2 establece que “Cada Estado Parte establecerá procedimientos adecuados que permitan a las víctimas de los delitos comprendidos en la presente Convención obtener indemnización y restitución”. El artículo que se refiere a la asistencia y protección de las víctimas “reconoce que las personas tratadas tienen derecho a la compensación y la restitución (...) este derecho a la compensación no debería ser limitado por el dinero de un fondo de compensación para víctimas manejado por el gobierno. Las

⁶ La Corte Sup. adhirió a dichas Reglas mediante la acordada 5/2009, mientras que la Procuración General de la Nación hizo lo propio con las resoluciones PGN 178/2008 y 58/2009.

⁷ Regla nro. 3.

⁸ Regla nro. 11.

⁹ Aboso, Gustavo, “Trata de personas. La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual”, Ed. B de F, Montevideo, 2013, p. 33.

¹⁰ Regla nro. 12.

personas tratadas deben tener también derecho al acceso a los tribunales para buscar compensación y restitución de los activos de los tratantes”¹¹ (el destacado es nuestro).

Además, el “Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas especialmente mujeres y niños”, que complementa la Convención mencionada, en su art. 6.6 establece la obligación de los Estados Parte de arbitrar todas las medidas necesarias para que sus ordenamientos internos brinden a las víctimas de trata de personas la posibilidad de obtener indemnización.

Por mencionar algunos, otros documentos que reconocen el derecho de las víctimas a obtener reparaciones integrales son la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 63)¹² y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 2)¹³.

En esta línea, la Cámara Federal de Casación Penal puso de resalto que los compromisos asumidos por nuestro país al ratificar dichos instrumentos “...lo colocan en una perspectiva jurídica de garante o responsable de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción. El Estado tiene un deber de protección de las víctimas, hasta el logro efectivo de las reparaciones pertinentes...”¹⁴. Por consiguiente, de acuerdo a los estándares internacionales, entendemos que corresponde al Estado (en este caso, representado por el Poder Judicial y el Ministerio Público) asegurar la reparación económica de la víctima mediante una decisión jurisdiccional que así lo disponga, como presupuesto básico para garantizar el acceso a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad.

Para hacer efectivo el reconocimiento de tales derechos, las respuestas que debe brindar el Estado deben ser inmediatas, eficaces y de ninguna manera pueden obstaculizar el acceso a la justicia, ni la demora en su concreción significar un impedimento para alcanzar la reparación adecuada, efectiva y rápida por el daño sufrido¹⁵.

¹¹ Global Rights Partners of Justice, “Guía anotada del protocolo completo de la ONU contra la trata de personas”, Global Rights, Copyright 2002, 2005, p. 29.

¹² Art. 63, CADH: “...Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada...”.

¹³ Tal como señalan Mángano y Colombo “Breves notas sobre la reparación a las víctimas de trata de personas a través del recupero de activos”, el derecho a obtener una reparación no está explícitamente reconocido en el artículo, el Comité de la CEDAW, en su recomendación nro. 28, expresó que la obligación contenida en el art. 2 del instrumento incluye la obligación de resarcir a las mujeres víctimas.

¹⁴ C. Fed. Casación Penal, sala 1ª, CFP 2471/201/TO1/CFC1, “Cruz Nina, Julio César; Huarina Chambi, Silva s/trata de personas”, rta. el 30/12/2016.

¹⁵ Así ha quedado plasmado en los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, 61/147, resolución aprobada por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 2005.

Es que, como ya señaláramos, “... las víctimas de trata de personas se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad por su victimización propia del delito, y por la migración, el desplazamiento interno y por la pobreza. En consecuencia, debe(n) garantizarse las condiciones de acceso efectivo a la justicia mediante políticas, medidas, facilidades y apoyo que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema de justicia...”¹⁶.

La experiencia indica que las víctimas de trata, al ser rescatadas, no están en condiciones de afrontar los avatares del proceso penal, pues tienen otras prioridades a cubrir más urgentes, no cuentan con los medios necesarios para encarar un reclamo judicial y obtener una reparación o, directamente, no se autoperciben como tales. Por esa razón es primordial procurar una reparación integral del daño ocasionado a la víctima a través de un mecanismo sencillo y no oneroso.

Precisamente, las “Guías de Santiago sobre protección de víctimas-testigos”¹⁷ recomiendan que la intervención de la víctima en el proceso no le suponga un costo que no pueda afrontar o que el precio que ello suponga le impida intervenir¹⁸. Es decir, corresponde al Estado disponer de los medios necesarios para que las reivindicaciones que la víctima pueda hacer durante la sustanciación del proceso no se vean limitadas por la imposibilidad de afrontar los costos de dicha participación o porque ésta implique asumir roles que dilaten la satisfacción de sus derechos. Esto guarda íntima relación con lo sugerido en la regla nro. 6 de las citadas “100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, en cuanto determina que el Ministerio Público Fiscal debe propiciar “...acuerdos de reparación y de mediación, utilizando para potenciarlos las vías que prevé cada legislación...”.

Por otra parte, ya en 2002, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos había elaborado un informe con once directrices y principios sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas¹⁹. En ellos se señala enfáticamente: “Los derechos humanos de las personas objeto de trata constituirán el centro de toda la labor para prevenir y combatir la trata de personas y para proteger y dar asistencia y reparación a las víctimas”, así como que “En los casos en que proceda, los Estados congelarán y decomisarán los bienes de personas naturales o jurídicas involucradas en la trata de personas. En la medida de lo posible, los bienes decomisados serán destinados a dar

¹⁶ C. Fed. Casación Penal, sala 4ª, “Cruz Nina, Julio César, Huarina Chambi, Silva s/trata de personas”, Reg. 2662/16.1, rta. el 30/12/2016.

¹⁷ Esta guía fue aprobada en la XVI Asamblea General Ordinaria de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP), celebrada el 9 y 10 de julio de 2008 en República Dominicana. En dicha oportunidad los integrantes de la Asociación se comprometieron a aplicar dichos estándares (en el Ministerio Público Fiscal fueron incorporados mediante la resolución PGN 174/2008).

¹⁸ Art. 5, apartado d.

¹⁹ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas”, Informe del Alto Comisionado al Consejo Económico y Social. Nueva York, 1 a 26 de julio de 2002, E/2002/68/Add.1, 20/05/2002.

asistencia e indemnizar a las víctimas de la trata”. Expresamente se establece que la protección y la asistencia “no estarán subordinadas a que las víctimas de la trata de personas puedan o quieran cooperar en un procedimiento judicial”.

Por ejemplo, en la directriz nueve se reconoce explícitamente que el derecho a los recursos apropiados no siempre está al alcance de las víctimas y para superar este problema recomienda a los Estados proporcionar la asistencia jurídica y material para que puedan hacer efectivos sus derechos, incluido el derecho a reparación.

En tal sentido, y teniendo en cuenta que el Ministerio Público Fiscal tiene como misión “...promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad...” (art. 1 de la ley 27148 “Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal”), deviene imprescindible su intervención para asegurar un real acceso a la jurisdicción y permitir que la víctima en situación de vulnerabilidad reciba una adecuada reparación.

En esta línea, se ponderó positivamente que el Ministerio Público Fiscal, al acordar una reparación en oportunidad de celebrar un juicio abreviado, hubiera canalizado “una vía de enmienda del daño sin requerir mayores exigencias legales y procesales a las víctimas, se encuentra en un todo conforme con la normativa internacional que se viene analizando”²⁰. Precisamente, no sólo se aceptó, sino que hasta se destacó como positivo que la Fiscalía impulsara de oficio una reparación económica a aquellas víctimas que vieron vulnerados sus derechos humanos fundamentales²¹.

Como venimos diciendo, la pretensión resarcitoria puede verse obstaculizada en los casos de personas que han sido subyugadas al poder del tratante, no sólo restringiendo su libertad, sino también su autonomía y su poder de decisión. No es fácil liberarse del sometimiento, pues generalmente éste persiste aun después de la liberación física, lo que demuestra que la asimetría de fuerzas que existe entre víctima y victimario es una característica del delito. Las víctimas de trata y/o explotación de personas han pasado por incontables penurias y fueron expuestas a otros tantos peligros al denunciar o testificar en contra de sus traficantes. Al hacerlo, han arriesgado sus vidas y las de sus familias y muchas veces son objeto de persecuciones y amenazas por parte de quienes las sometieron. Estas circunstancias no sólo conspiran contra la posibilidad de que declaren contra sus perpetradores, sino también contra la decisión de encarar un reclamo indemnizatorio contra quienes seguramente todavía representan un peligro cierto para sus vidas, su integridad física y las de sus seres queridos.

Por tanto, debe procurarse que la víctima no esté obligada a asumir una demanda para obtener una reparación económica, imponiéndosele para ello contar con el patrocinio

²⁰ C. Fed. Casación Penal, sala 1ª, CFP 2471/201/TO1/CFC1, “Cruz Nina, Julio César; Huarina Chambi, Silva s/trata de personas”, rta. el 30/12/2016.

²¹ Sobre este punto volveremos en el apartado IV.b.

de un abogado e impulsando su pretensión, cuando la realidad indica que tiene otras urgencias que atender o sencillamente miedo de enfrentar a quien la sometió durante largo tiempo. Sabemos que la duración del proceso es prolongado en casos que presentan cierta complejidad, lo que exigiría un esfuerzo importante para la víctima que pretenda una reparación. Por estos motivos, frente a asumir un rol de actor civil o atender otras necesidades, lo más probable será que la víctima opte por la segunda opción, abandonando cualquier intento de reclamar la reparación. Ante la evidente asimetría entre ambas partes, es el Estado quien debe procurarle a la víctima una solución viable para obtener la reparación económica por el daño sufrido, sin someterla a una revictimización. Esto implica la participación activa del Ministerio Público Fiscal en el impulso de un reclamo de esa índole²².

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) ha reconocido el deber de satisfacer dicho derecho por parte de los Estados y ha sostenido en reiterada jurisprudencia que “...es un principio de derecho internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente...”²³.

Aun cuando la Corte IDH tiene competencia para determinar la responsabilidad internacional del Estado, en distintas ocasiones le ha compelido no sólo a realizar acciones para evitar las violaciones a los derechos humanos, sino también para asegurar la reparación. De ese modo, indicó que el Estado “tiene el deber jurídico de prevenir razonablemente las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hubieren cometido a fin de identificar los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y *de asegurar a la víctima una adecuada reparación*. Si una violación queda impune en un Estado de modo tal que a la víctima no se le restablezca, en cuanto sea posible, la plenitud de sus derechos, *se desprende que se ha violado el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción...*”²⁴ (el destacado es nuestro).

En este sentido, la implementación de un tratado internacional de derechos humanos debe realizarse sistémica y armoniosamente con los demás instrumentos que

²² Por su parte, no debe soslayarse que los integrantes del MPF poseen una tarea especial y se ha entendido que es su deber “...por aplicación de la normativa vigente en relación al delito que nos ocupa, garantizar a las víctimas los estándares mínimos de los derechos económicos, sociales y culturales que les corresponde (...) Lo habitual en el contexto de las causas de explotación laboral es que, aquellos trabajadores textiles captados por las redes de trata, a los que no se les restituyeron sus derechos fundamentales... vuelven a caer en manos de los explotadores, generándose un nuevo incumplimiento por parte del Estado al no garantizar la obligación de no repetición de vulneración de los derechos de las víctimas”. (Juzg. Crim. y Corr. Fed. n. 4, c. 3692/2013 “Quispe Usnayo y otros s/inf. ley 26364”, rta. el 10/6/2013).

²³ Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala”, párr. 59, 26/5/2001.

²⁴ Corte IDH, caso “Garrido y Baigorria v. Argentina”, reparaciones, serie C, nro. 39, p. 73.

conforman el derecho internacional de derechos humanos, de manera tal que la legislación interna sea compatible con dichos documentos. De lo contrario, y de acuerdo a la postura sentada por la Corte IDH, el Estado podría incurrir en una violación de los compromisos asumidos y tener responsabilidad de orden internacional. Esto fortalece la posición que obliga a buscar alternativas a las restricciones procesales que deben enfrentar integrantes de un grupo en situación de vulnerabilidad para obtener una reparación amplia.

En consecuencia, la reparación integral por haber sido víctima de un delito considerado una grave violación de derechos humanos²⁵, tal como sucede en el caso de trata de personas, debe ser tomada también como una obligación de los tribunales, así como lo es la función sancionatoria.

II. MECANISMOS DE RECUPERO DE ACTIVOS EN LOS CASOS DE TRATA Y EXPLOTACIÓN DE PERSONAS

A lo largo del tiempo, los objetivos de las políticas de recuperación de activos han desarrollado una notable expansión. Si bien el recupero de activos es, ante todo, una potente medida disuasoria, en tanto elimina los incentivos que implica la obtención de enormes beneficios económicos mediante la comisión de delitos graves y tiene una finalidad esencialmente preventiva, orientada a evitar que esas ganancias ilícitas se utilicen para financiar futuras actividades delictivas, otros objetivos están cobrando una importancia significativa a nivel global²⁶. La recuperación de activos se está centrando cada vez más en el uso del producto del delito recuperado para compensar a víctimas individuales²⁷. Es decir que a partir de esta evolución no sólo se procura tener un efecto preventivo y disuasorio de la actividad delictiva, sino también *reparatorio frente a la víctima*.

²⁵ Corte IDH, caso “Trabajadores de Hacienda Brasil Verde v. Brasil”, sentencia del 20/10/2016, párr. 273. En sentido similar se expidió la CIDH en “Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, párr. 223; en “Informe sobre comunidades cautivas: situación del pueblo indígena Guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia”, párr. 58, y en “Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México”, párr. 350.

²⁶ “Estudio sobre gestión y disposición eficaz de activos incautados y decomisados”, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2017.

²⁷ Según un estudio de 2014 que analizaba las leyes y prácticas en materia de gestión y disposición de activos decomisados en la Unión Europea, todos los Estados Miembros disponen de mecanismos para asegurar la indemnización a las víctimas. Aunque distan mucho unos de otros, se da prioridad a las víctimas respecto de la tesorería general o de cualquier fondo especial de decomiso. Si hubiera activos suficientes para satisfacer una sentencia de decomiso y una orden de restitución, los activos decomisados se destinan a pagar al gobierno únicamente cuando ya se ha indemnizado a las víctimas. Centro de Estudio de la Democracia, “Disposición de activos decomisados en Estados Miembros de la Unión Europea, legislación y prácticas (Bruselas: Comisión Europea, DG Home Affairs, 2014)”, p. 20, en “Estudio sobre gestión...”, cit.

En tal sentido, cabe citar el Informe del Grupo de Expertos sobre Trata de Personas de la Comisión Europea, en el cual se expresa:

“La trata de personas es un delito grave. Muchas de las víctimas han sido vejadas y sufrido daños físicos, económicos y pérdidas irreparables. La compensación por el daño sufrido es un elemento importante de la reparación y recuperación de la víctima. La compensación y restitución no sólo constituyen un aspecto esencial desde la perspectiva de la víctima de obtener justicia, sino también son un paso fundamental para su reinserción social.

”Sumas significativas de dinero son obtenidas mediante el trabajo forzoso exigido a las víctimas de trata. *A través de una rigurosa política de recuperación de activos, los fondos para la compensación deberían obtenerse directamente de las ganancias ilícitas percibidas por los criminales involucrados. Si estos activos quedan luego en poder del Estado sería moralmente cuestionable, pues el Estado se estaría beneficiando de la explotación de las víctimas. Por lo tanto, es fundamental que los activos decomisados y el producto del delito se apliquen a la restitución y compensación de las víctimas*”²⁸ (el destacado es nuestro).

Tales lineamientos fueron receptados por nuestra legislación, en la cual tienen prioridad los derechos de restitución y reparación económica de las víctimas del caso respecto de cualquier fondo administrado por el Estado (artículos 23, 29 y 30 del Código Penal).

En consonancia con esta postura, el Consejo Federal Para la Lucha Contra la Trata y Explotación de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas impulsó, en octubre de 2018, un proyecto de ley que establece la obligación de restituir económicamente a las víctimas de trata y explotación, con sentencia condenatoria o decisión judicial equivalente.

La jurisprudencia también se ha expedido sobre este privilegio que tiene el derecho de reparación de la víctima por sobre cualquier otro destino, al revocar una sentencia que lo desconocía, allí se expresó:

“El *a quo*... favoreció el patrimonio de la Corte Suprema (...) por encima de la reparación correspondiente a la víctimas y del destino de los bienes asignados legalmente. Así, a distancia de la ley, se evidencia una situación paradójica, donde se da preeminencia a aumentar el patrimonio estatal en detrimento del derecho de las víctimas a ser indemnizadas por los autores responsables.

”En efecto, resulta plausible que el decomiso en favor del Estado determine la insolvencia de los encartados, quienes pueden no disponer de patrimonio para cumplir con las reparaciones que se pudieran disponer si, luego de vencer múltiples adversidades y obstáculos, las afectadas reclamaran judicialmente en el futuro”²⁹.

²⁸ European Commission, Directorate-General Justice, “Freedom and Security, Report of the Experts Group on Trafficking in Human Beings” (Brussels, 22 December 2004), accessible en www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/PDF-Dateien/EU-Dokumente/report_of_the_experts_group_on_trafficking_in_human_beings_2004.pdf.

²⁹ C. Fed. Casación Penal, sala 2ª, “Quiroga, José Luis s recurso de casación”, de la Sala causa 990/2015.

a) La reposición de las cosas al estado anterior a la comisión del delito

Dentro de las medidas que comportan la reparación del perjuicio ocasionado por el delito, la restitución de los derechos de la víctima es la primera que resulta indispensable para hacer cesar los efectos del delito mediante la reposición de las cosas al estado anterior.

El título IV del capítulo I del Código Penal, según su específica denominación, está dedicado a “la reparación de los perjuicios ocasionados por el delito”. En ese marco, se inserta el art. 29, CPen., que contempla tanto la restitución (inc. 1) como la indemnización civil que la víctima del delito puede perseguir mediante el ejercicio de la correspondiente acción civil, sea juntamente con la acción penal o autónomamente ante el fuero pertinente (inc. 2). Cabe aclarar que no se trata de conceptos asimilables, “pues si bien ambas medidas comportan la reparación del perjuicio ocasionado por el delito, la restitución no alcanza para su completa satisfacción sino tan solo para hacer cesar los efectos del delito, mediante la reposición de las cosas al estado anterior”³⁰.

Por ello, la restitución puede ser decidida de oficio, pues “...es una medida accesorio de la condena que puede ser dispuesta por el juez, aun de oficio, sin necesidad de que se hubiera instaurado oportunamente la acción civil...”³¹. Correlativamente, el Ministerio Público Fiscal se encuentra legitimado para solicitarla, en ejercicio de su función constitucional de actuar en defensa de la legalidad (art. 120 de la CN). En otras palabras, la legitimación para petitionar la restitución prevista en el art. 29 del CPen. no presupone ser particular damnificado, ni representar el interés patrimonial del Estado y tampoco haber ejercido la acción civil en la causa penal³². Por su parte, el art. 403, CPPN, dispone expresamente que podrá ordenarse la restitución aunque la acción (civil) no hubiese sido intentada.

En esta línea, en un caso de trata de personas con fines de explotación laboral, la Cámara de Casación Penal entendió que

“la acción impulsada en el *sub lite* por el representante del Ministerio Público Fiscal dirigida a obtener una reparación de las víctimas por el daño sufrido sin requerir mayores exigencias legales y procesales a las mismas en razón de su vulnerabilidad –comprobada en la sentencia impugnada–, se encuentra en un todo conforme con la normativa internacional invocada.

”Consecuentemente, asiste razón al representante del Ministerio Público Fiscal en cuanto sostuvo que la decisión del *a quo* que condicionó la reparación del daño causado por el

³⁰ C. Fed. Casación Penal, sala 4ª, “Giménez, Iván y otro s/recurso de casación”, causa FCT 97/2013/TO1/CFC1.

³¹ C. Fed. Casación Penal, Sala IV, “Oficina Anticorrupción s/recurso de casación”, causa CFP 12099/1998/TO1/5/CFC2, reg. nro. 216/15, rta. el 27/2/2015.

³² C. Fed. Casación Penal, sala 4ª, “Liporace, Carlos Alberto y Yoma, Guillermo L. s/recurso de casación”, causa CFP 9753/2004/TO1/2/CFC2, registro nro. 300/16.4, rta. el 18/3/2016.

delito a la previa constitución de las víctimas como actores civiles, adolece de falta de fundamentación”³³.

El razonamiento se apoya sobre un elemental principio de justicia que impone, más allá de las sanciones de carácter penal que se dispongan contra los responsables, asegurar la restitución de los bienes que resulten del beneficio de un delito y que es un deber de los jueces “resguardar dentro del marco constitucional estricto la razón de justicia, que exige que el delito comprobado no rinda beneficios”³⁴.

En el caso específico del delito de trata de personas, *las ganancias ilícitas que constituyen el provecho del delito* tienen un vínculo excluyente con la explotación de la víctima, representan el producto de violaciones a sus derechos humanos fundamentales, de trabajos forzados, en circunstancias análogas a la esclavitud o en forma incompatible con la dignidad del ser humano. De aquí se sigue que en el recupero de tales bienes tendrá siempre prioridad la restitución de los derechos de la víctima (art. 29, inc. 1, CPen.), frente a su decomiso a favor del Estado (art. 23, CPen.).

Cabe recordar que el decomiso en favor del Estado, regulado en el artículo 23, CPen., siempre debe dejar a “salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros”. El artículo 30, CPen., refuerza aquella prioridad, estableciendo en forma expresa la preferencia de la obligación de indemnizar frente a la ejecución del decomiso y al pago de la multa.

Respecto del cálculo concreto de los importes, el derecho comparado ofrece fórmulas que podrían resultar de utilidad para determinar las sumas que deberán ser restituidas.

En ese sentido, destacamos la normativa que rige la materia en Estados Unidos denominada “Trafficking Victims Protection Act” (Ley de Protección a Víctimas de Trata de Personas, TVPA según sus siglas en inglés) y que establece con *carácter obligatorio* “la restitución” a las víctimas del dinero retenido por los tratantes.

Conforme las definiciones de dicha legislación, la restitución incluye el monto completo de las pérdidas de las víctimas que están integradas por dos diferentes tipos de compensación: las pérdidas personales y el valor económico de los servicios de las víctimas.

Las *pérdidas personales* comprenden los servicios médicos (cuidados físicos, psicológicos y/o psiquiátricos); terapia ocupacional o rehabilitación; gastos de transporte, alojamiento y cuidados de niños; ingresos perdidos (lucro cesante); honorarios de abogados y otros gastos en los que hubiera incurrido y cualquier otra pérdida sufrida por la víctima como resultado directo por la comisión del delito.

Por su parte, *el valor económico de los servicios de las víctimas* está compuesto por los ingresos brutos obtenidos de la explotación de la víctima por parte del imputado (ganancia

³³ C. Fed. Casación Penal, sala 4ª, “Giménez, Iván y otro s/recurso de casación”, causa FCT 97/2013/TO1/CFC1, rta. el 30/4/2019

³⁴ Corte Sup., Fallo, 254:320; 275:389; 279:54; 279:138; 283:66; 313:1305; 320:277; 321:2947 y 323:929, entre otros.

ilícita o enriquecimiento indebido) más la pérdida de oportunidades –o lucro cesante–, representado por el valor de la mano de obra de la víctima de acuerdo al salario mínimo y valor de horas extras, de acuerdo a las leyes laborales.

Así, en casos de explotación sexual la normativa estadounidense permite calcular la *ganancia indebida* del siguiente modo:

*(Período en el que la víctima fue explotada) x (promedio de clientes/prostituyentes por unidad de tiempo) x (promedio de la ganancia para el tratante por cada acto de explotación sexual de la víctima)*³⁵

Para calcular el *lucro cesante* (la suma que habría percibido si en vez de ser explotada, la víctima hubiera trabajado libremente), la TVPA ofrece la siguiente fórmula:

(Período en el que la víctima fue explotada x el salario mínimo o predominante aplicable para el tiempo y el lugar) + (horas extras)

Es importante destacar que la TPVA fija en cabeza del Ministerio Público Fiscal la obligación de determinar el monto de la restitución de acuerdo a la evidencia colectada, que puede ser estimada prudencialmente.

Finalmente, cuando se planteó en aquel país la controversia de si era aceptable que el juzgado restituyera a las víctimas las ganancias obtenidas a partir de actividades ilícitas, la jurisprudencia respondió afirmativamente, por entender que la ley incluye en el concepto a restituir las ganancias mal habidas por el tratante.

Estas fórmulas sencillas podrían ser fácilmente aplicadas en nuestros tribunales y servirían para *calcular los montos que a restituir a las víctimas*.

Ahora bien, para asegurar el cumplimiento efectivo de la sentencia que dispone las restituciones al final del proceso es imprescindible que en la primera oportunidad posible se realicen las investigaciones patrimoniales necesarias para identificar los activos (bienes concretos) que sean producto directo o indirecto de la explotación laboral o sexual de la víctima o, en su defecto, cualquier otro bien de origen lícito perteneciente al imputado.

Luego, se deberán adoptar las medidas cautelares que resulten pertinentes y eficaces, según la naturaleza del bien, para inmovilizarlos hasta el momento de la sentencia, en los términos del art. 29, inc. 1, CPen.³⁶ De lo contrario, puede correrse el riesgo de que los imputados, anoticiados de que enfrentan una persecución penal, se desprendan de los activos registrados a su nombre o los oculten mediante negocios simulados, testaferros, etc., lo que terminará por frustrar las posibilidades concretas de restitución.

³⁵ Esto equivale, en la práctica, al promedio del precio del pase.

³⁶ Para tal fin, sugerimos la lectura de la “Guía de medidas cautelares para el recupero de activos”, desarrollada por la Dirección General de Recuperación de Activos y Decomiso de Bienes de la PGN y disponible en línea en www.mpf.gob.ar/dgradb/files/2018/03/Guía-de-Medidas-Cautelares-para-el-Recupero-de-Activos.pdf.

Tales medidas cautelares han sido reconocidas por la jurisprudencia, dado que “...si el proceso penal persigue hacer actuar la ley material y ésta impone, como uno de sus propósitos, la reposición al estado anterior del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias (art. 29, inc. 1, CPen., según ley 25188)... nada obsta a que se dicten, durante su sustanciación, medidas cautelares para asegurar esa finalidad... siempre que se configuren ciertos presupuestos...”³⁷.

En esa línea, también se ha expresado que “...en el marco de las facultades preventivas de las autoridades de la persecución penal en orden a evitar la consumación de un delito tentado o consecuencias posteriores perniciosas del delito consumado, fines plenamente compatibles con los propósitos de asegurar la correcta averiguación de la verdad...”, y para salvaguardar los intereses del damnificado que “...podrían verse perjudicados por la inacción del juez penal que advierte una acción delictiva que podría hallarse en curso de realización...”³⁸.

Además, dichas facultades del juez penal están expresamente reconocidas en el art. 23 (último párrafo), CPen., en cuanto dispone expresamente que podrá adoptar, desde el inicio de las actuaciones judiciales, las medidas cautelares destinadas a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho o a obstaculizar la impunidad de sus partícipes.

b) Los beneficiarios finales de las ganancias del delito

Los argumentos brindados hasta aquí permiten concluir preliminarmente que en los casos de trata de personas y delitos conexos los bienes derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión del delito, es decir, las ganancias del delito, tienen un vínculo directo con la explotación económica de la víctima, por lo que la base normativa para su recupero será prioritariamente el art. 29, inc. 1, CPen., en cuyo marco se hará efectiva la restitución de derechos de la persona damnificada.

Como señalamos, se trata de una vía de recupero de activos de naturaleza civil, por lo que puede ser ordenada contra una persona distinta a la condenada por el delito, en la medida en que se hubiera beneficiado con las ganancias ilícitas de la explotación. En este sentido, dispone el art. 32, CPen., que quien “por título lucrativo participare de los efectos de un delito, estará obligado a la reparación hasta la cuantía en que hubiere participado”.

Así, la Cámara de Casación Penal tiene dicho que “...la restitución será procedente tanto respecto de los sujetos declarados penalmente responsables por el delito como en relación a quienes, sin haberlo sido, hubieran receptado el objeto del delito. Categoría esta última que debe entenderse abarcativa de las personas físicas y jurídicas, atendiendo al fin

³⁷ C. Crim. y Corr. Fed., sala 1ª, causa 43.214, “Vago, Gustavo (Skanska S.A) s/embargo preventivo”, reg. 819, del 31/8/2010.

³⁸ C. Crim. y Corr. Fed., sala 2ª, causa 28.276, “Alemany, R. y otro s/intervención judicial”, reg. 302, del 13/5/1997.

de la norma y ante la inexistencia de un motivo razonable que justifique realizar un *distingo*³⁹.

Es decir que las ganancias ilícitas producto de la explotación podrán ser perseguidas y recuperadas aun cuando se encuentren en poder de una persona distinta a la condenada por el delito. Esta posibilidad de alcanzar a terceros resulta esencial si tenemos en cuenta que, en la actualidad y principalmente en el campo de la criminalidad compleja, cada vez adquiere mayor relevancia la participación de las empresas o sociedades (personas jurídicas) como sujetos económicos de trascendencia.

En los casos de trata de personas, muchas veces son las empresas las que se benefician con la explotación económica a la que son sometidas las víctimas, maximizando sus ganancias a costa del trabajo en condiciones análogas a la esclavitud, en forma incompatible con la dignidad del ser humano o mediante graves violaciones a los derechos humanos.

Los esquemas actuales de segmentación y fraccionamiento de la producción permiten a las grandes empresas percibir los beneficios económicos del trabajo esclavo (mediante tercerizaciones encubiertas), ocultando su relación con el responsable directo (p. ej., encargado del taller clandestino), que será generalmente una persona física insolvente que asumirá todas las consecuencias del delito. De este modo, la organización se asegura una rentabilidad económica exorbitante y las personas físicas interpuestas son fácilmente intercambiables (fungibles)⁴⁰.

Para poder recuperar los bienes de sus beneficiarios finales resulta fundamental que las investigaciones patrimoniales (que deben desarrollarse desde el inicio del proceso) no sólo abarquen a las personas físicas identificadas como explotadores directos, sino que se extiendan a todos los que se hubieran beneficiado económicamente del delito (personas físicas o jurídicas) y que se identifiquen los activos concretos en su poder para asegurar tales responsabilidades en los términos de los arts. 29 y 32, CPen.

Posteriormente, en la solicitud de medidas cautelares sobre tales bienes deberá incorporarse el cálculo del monto de las sumas de dinero que correspondería restituir a las víctimas (conforme la fórmula anteriormente citada), los elementos que acrediten que la persona jurídica se ha beneficiado económicamente del delito y en qué medida e identificar con precisión los bienes que se afectarán en forma cautelar para asegurar dicha suma⁴¹.

³⁹ C. Fed. Casación Penal, sala 4ª, “Cossio, Ricardo A. s/recurso de casación”, rta. el 18/8/2010, AP 70068551.

⁴⁰ Para un mayor desarrollo sobre esta cuestión puede consultarse “La trata de personas con fines de explotación laboral. Estrategias para la detección e investigación del delito”, PROTEX y Oficina Argentina de la OIT, publicado en 2018 por el MPF y disponible en www.mpf.gob.ar/protex/files/2018/02/Informe_Protex_Trata_de_personas_2018.pdf.

⁴¹ Para tal fin, sugerimos la lectura de la “Guía de medidas cautelares...”, cit.

IV. LA INDEMNIZACIÓN INTEGRAL DE LOS DAÑOS OCASIONADOS POR EL DELITO

Resulta a esta altura pertinente diferenciar la restitución del concepto de indemnización, por cuanto “... si bien ambas medidas comportan la reparación del perjuicio ocasionado por el delito, la ‘restitución’ no alcanza para su completa satisfacción, sino tan sólo para hacer cesar los efectos del delito, mediante la reposición de las cosas al estado anterior. Mientras que la ‘indemnización’, con sus distintos rubros componentes, sí lo hace”⁴².

En este sentido, dispone el inc. 2 del art. 29, CPen., que “la sentencia condenatoria podrá ordenar (...) la indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba”.

Por su parte, el art. 30, CPen., establece que “La obligación de indemnizar es preferente a todas las que contrajere el responsable después de cometido el delito, a la ejecución de la pena de decomiso del producto o el provecho del delito y al pago de la multa”.

Si bien estamos ante una obligación de naturaleza civil, es indiscutible que el Código Penal puede y debe contener reglas que procuren hacer efectiva esa responsabilidad, “pues si civil es su naturaleza, deriva del delito y existe interés en que la víctima no quede desamparada”⁴³. Rige aquí el principio jurídico de no dañar, cuya violación da lugar a la reparación del daño causado (art. 1716 del CCCN).

La distinción apuntada entre los conceptos de “restitución” y de “indemnización” justifica que casi no se hayan presentado objeciones a la restitución de oficio, pero sí que se haya supeditado la indemnización al pedido de parte, tal como dispone el art. 87 del CPPN⁴⁴.

Ahora bien, en el caso de personas que se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad, como ocurre con las víctimas de trata y delitos conexos, esta exigencia se convierte en un verdadero obstáculo y constituye una denegación del derecho de acceso a la justicia. Por ello consideramos que se impone pensar una manera de flexibilizar las formalidades, pues “si no se implementan procedimientos eficaces para la indemnización de las víctimas, existe un serio riesgo de incumplimiento de las disposiciones del párrafo 6 del artículo 6 del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas,

⁴² C. Fed. Casación Penal, sala 4ª, “Cossio, Ricardo A. s/recurso de casación”, rta. el 18/8/2010, AP 70068551.

⁴³ Cfr. Terragni, Marco A., comentario al artículo en examen, en Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio R. (dirs.), “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, t. 1, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1997, p. 455.

⁴⁴ En el Código Procesal Penal Federal (ley 27063, T.O. decreto 118/2019 del 7/2/2019), esta manda se encuentra establecida en el art. 98.

Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobado por ley 25362 (...) y el párrafo 2 del artículo 25 de la Convención (establecer procedimientos adecuados que permitan a las víctimas indemnización y restitución)”⁴⁵.

Al respecto, es claro el mensaje que ha dado la Cámara Federal de Casación Penal cuando señaló que “...los operadores jurídicos tenemos la obligación de otorgar las herramientas necesarias a estos grupos vulnerables para que puedan acceder al sistema judicial y en consecuencia, obtener una reparación al daño sufrido, es decir, debemos incluirlos en el sistema penal, no acentuar las desigualdades de oportunidades...”⁴⁶. En esa ocasión también sostuvo que “...por el art. 29.2 el juez está facultado a ordenar una indemnización si así lo considera pertinente, pero que de ninguna manera surge de dicho texto que se exija que la parte damnificada se haya constituido en actor civil para poder recibir la reparación del daño”⁴⁷.

a) La representación promiscua para obtener la reparación económica por el daño sufrido

En virtud de lo recién expresado, consideramos primordial encontrar una solución que facilite el acceso a la reparación integral del daño a las víctimas de trata de personas y, a la vez, reconozca el derecho de defensa de los imputados.

Un primer avance en ese aspecto fue la sanción de la ley 27732 (BO del 13/7/2017), denominada “Ley de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos” (en adelante “ley de víctimas”), que crea la figura del defensor de la víctima para que brinde asistencia técnica y patrocinio jurídico a las víctimas de delitos que tengan limitación en sus recursos económicos o estén en situación de vulnerabilidad (arts. 29 y ss.).

La creación de este defensor guarda concordancia con el art. 11 de dicha norma, que establece el derecho de toda víctima a “recibir gratuitamente el patrocinio jurídico que solicite para ejercer sus derechos, y en su caso para querellar, si por sus circunstancias personales se encontrare imposibilitada de solventarlo”. De ese modo, los defensores creados por la ley 27372 tendrían el fin concreto de asegurar a las víctimas en situación de vulnerabilidad el patrocinio jurídico para obtener la reparación económica por el daño sufrido. A ese respecto, el Ministerio Público de la Defensa (en adelante MPD) tiene como función principal la de garantizar el acceso a la justicia y de promover la protección y defensa de los derechos fundamentales de las personas, en especial de quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad, por lo que la representación de las víctimas

⁴⁵ Juzg. Fed. Mar del Plata n. 3, causa nro. FMP 32006017/2012, “Av. pta. inf. ley 26364”, rta. el 31/8/2015.

⁴⁶ C. Fed. Casación Penal, sala 4ª, “Cruz Nina, Julio César, Huarina Chambi, Silva s/trata de personas”, Reg. 2662/16.1, rta. el 30/12/2016.

⁴⁷ C. Fed. Casación Penal, sala 4ª, “Cruz Nina, Julio César, Huarina Chambi, Silva s/trata de personas”, Reg. 2662/16.1, rta. el 30/12/2016.

pertenecientes a un grupo en situación de vulnerabilidad está entre sus misiones (art. 1 de la Ley Orgánica del MPD –27149–).

La protección por parte del Estado de aquellas personas que fueron víctimas de trata no finaliza con el rescate del lugar donde estaban retenidas, sino que ese momento marca el comienzo de un largo proceso que podrá llevar años en concluir. Puede resultar reiterativo señalar aquí que, en la generalidad de los casos, a las víctimas les cuesta autopercebirse como tales o tomar la verdadera dimensión del aprovechamiento del que fueron objeto. Las razones por las que esto sucede exceden el marco de este trabajo, pero han sido extendidamente aceptadas, pueden ser variadas y van desde el temor a represalias, amenazas o al propio estrés postraumático y como bien explica Paul Holmes: “...esta afectación ocurre cuando las víctimas pasan por una o varias experiencias tan extremas que son incapaces de comprender la naturaleza de dichas experiencias o aceptar que les ha ocurrido a ellas”⁴⁸.

En ese contexto, se torna difícil que una víctima que en ese momento no puede asumirse como tal pueda impulsar la acción civil para obtener la reparación económica. Y aun cuando pudiera, lo cierto es que igualmente le será difícil asumir un rol activo para reclamar la reparación integral del daño sufrido, máxime cuando esto signifique litigar en una ficción de igualdad contra quien poco tiempo antes la sometió a duros vejámenes.

A ello se suma la limitación temporal para constituirse como actor civil, dado que sólo es posible asumir dicho rol hasta la clausura de la etapa de instrucción⁴⁹ (art. 90, CPPN). Probablemente ocurra que recién en la etapa del juicio oral las víctimas puedan estar en condiciones de autopercebirse como tales y, de ese modo, asumir un reclamo indemnizatorio o por lo menos requerir la reparación económica. En ese momento la posibilidad de adoptar dicho rol estaría precluida. Por ello es imprescindible que la participación del defensor de la víctima se asegure desde la primera oportunidad posible, aun cuando signifique que su intervención sea a modo de representación promiscua.

Debe tenerse presente que es deber y atribución de la Defensoría General de la Nación fomentar y ejecutar acciones y políticas para facilitar el acceso a la justicia a todos los sectores discriminados y establecer “un programa de asistencia técnica y patrocinio jurídico a quien solicite constituirse en el proceso penal como querellante particular y, eventualmente, como actor civil, y que por la limitación de sus recursos económicos o

⁴⁸ Holmes, Paul, “Trata de personas. Manual de mejores prácticas para los investigadores”, elaborado por el Grupo de Trabajo de INTERPOL sobre Trata de Personas, 2ª ed., 2007, citado en PROTEX, “El testimonio de las víctimas de trata de personas. Herramientas útiles para la recepción y valoración de la declaración testimonial”, p. 16, disponible en www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2016/07/Protex-Testimonio-Víctima-Trata.pdf.

⁴⁹ En el Código Procesal Penal Federal, el art. 100 determina que la constitución como parte actora podrá hacerse hasta la presentación de la acusación.

vulnerabilidad hicieran necesaria la intervención del Ministerio Público de la Defensa” (art. 11 de la ley 27149)⁵⁰.

Si se tienen en cuenta las especiales condiciones de vulnerabilidad en la que se encuentran las víctimas y que el art. 81, CPen. (modificado por la ley de víctimas), indica que las disposiciones procesales deberán ser interpretadas y ejercidas del modo que mejor garantice los derechos reconocidos a las víctimas, así como el mandato que posee el Ministerio Público de la Defensa, nada impediría que sus integrantes lleven adelante la representación o el patrocinio jurídico en estos casos para realizar el reclamo indemnizatorio. Especialmente en el entendimiento de que quien esté en esa situación "es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos"⁵¹.

Esto permite que, a pesar de que no esté contemplado en la legislación para los casos de víctimas pertenecientes a un grupo vulnerable como ocurre en la trata de personas, sea posible la representación de manera promiscua por parte de los defensores que integran el Ministerio Público de la Defensa.

Lamentablemente esto no resulta suficiente, puesto que no todos los casos sometidos a juicio pueden ser abarcados por la defensa pública. En ese sentido, podríamos destacar que en el caso conocido como “Alika”, en el que se juzgó la explotación sexual de ocho víctimas en el local “Sheik” de la ciudad de Ushuaia, sólo la damnificada Alika Kinan, que contó con el patrocinio del Programa de Asesoramiento y Patrocinio para las Víctimas del Delito de Trata de Personas de la Defensoría General de la Nación, obtuvo una sentencia en donde se ordenó su indemnización⁵².

A partir de todo lo expuesto, nos hemos planteado si es posible encontrar una alternativa viable para las víctimas de trata y explotación de personas que no cuentan con patrocinio jurídico. Parte de la respuesta la encontramos en la jurisprudencia de la Corte Suprema que reconoce, en situaciones especiales, la necesidad de flexibilizar las formalidades del procedimiento a fin de no entorpecer el goce de los derechos reconocidos en normas de jerarquía superior⁵³.

⁵⁰ Ver www.mpd.gov.ar/index.php/documentos.

⁵¹ Corte IDH, “Caso Ximenes Lopes v. Brasil”, sentencia del 4/7/2006, Serie C, nro. 149, párr. 103; “Caso Furlán y familiares v. Argentina”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31/8/2012, serie C, nro. 246, párr. 134.

⁵² Trib. Oral Fed. Tierra del Fuego, “Montoya, Pedro E. y otros s/inf. art. 145 bis -conforme ley 26842. Querellante: S. A. K.”, rta. el 30/11/2016.

⁵³ Ciertamente, en 1868 la Corte sostuvo que “es de equidad y aun de justicia apartarse del rigor del derecho para reparar los efectos de su ignorancia de las leyes o del descuido de su defensor”. (Fallos 5:459, citado en Villanueva, Horacio J. “Una notable decisión que apuntala la acción de revisión in forma pauperis”, publicado en SJA del 12/7/2006; JA 2006-III-642, AP 0003/012685.

Así, por ejemplo, ocurrió cuando admitió la revisión de decisiones jurisdiccionales sobre la base de un recurso interpuesto sin cumplir con los requisitos de admisibilidad y que doctrinariamente se denominó “*in pauperis*”⁵⁴.

Sobre este punto, la doctrina sentada por la Corte Suprema establece que los requisitos formales para la interposición de un recurso no pueden perjudicar a los imputados, quienes son los titulares del derecho a impugnar una decisión que desatienda su reclamo (en aplicación del reconocimiento que hacen la CADH, en su art. 8.2h, y el PIDCP, en su art. 14.5 –ambos con jerarquía constitucional–). Así lo sostuvo en el precedente “Scilingo, Adolfo” (del 6/5/1997), doctrina que fue reiterada en numerosas oportunidades⁵⁵ y en las que dejó en claro que el rigorismo formal debe ceder ante el reclamo informal del interesado, cuando se trate de personas que carezcan del correspondiente amparo y asesoramiento⁵⁶.

La doctrina establecida por la Corte para aceptar la interposición de recursos *in forma pauperis* exige dos requisitos: que el recurrente exprese su voluntad de intentar la acción y que la presentación la realicen personas desvalidas, sin asistencia letrada⁵⁷, enfocándose en la especial situación en que se encuentran, admitiendo además su interposición fuera de los plazos establecidos cuando se verificara un “estado de indefensión”.

Ahora bien, la aplicación de esta doctrina en un principio estuvo limitada a los casos de personas privadas de libertad que carecen de la debida asistencia letrada, pero en 2012 la Corte, remitiéndose a los argumentos vertidos por el representante del MPF, admitió un recurso interpuesto en el marco de un amparo por el derecho a la salud⁵⁸, a pesar de no cumplir con los requisitos formales y atendiendo a la “situación difícil” en que se encontraba la accionante. En esa ocasión recordó que, en situaciones delicadas, la Corte había “...interpretado que toca a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pedidos para lo cual deben encauzar los trámites por las vías expeditivas e impedir que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela constitucional, lo cual se produciría si el reclamo tuviera

⁵⁴ El Código Procesal Penal de la Nación exige, bajo pena de inadmisibilidad, que los recursos sean interpuestos cumpliendo los requisitos de tiempo y forma determinados (art. 449 del CPPN). Sin embargo, la Corte Suprema ha elaborado la doctrina a partir de la cual permite la interposición de un recurso a quienes están privados de libertad, a pesar de que no cumpla con las exigencias formales, dada la situación de desvalimiento en que se encuentra ese grupo de personas.

⁵⁵ “Fernández”, 310:492; “López”, 310:1797; “Martínez”, LL 1988-D-48; “Gordillo”, 310:1934, y “Ciriaco Magui Agüero”, 311:2502; Fallos 320:1824, entre otros.

⁵⁶ Palazzi, Pablo, “El derecho a una defensa eficaz en el proceso penal”, ED 164-624.

⁵⁷ Perelli, Eduardo, “La estandarización de los recursos *in forma pauperis*”, publicado en LLL 2006 (octubre), 25/9/2006, p. 1158, cita online: AR/DOC/3124/2006.

⁵⁸ Corte Sup., Q.43.XLV. Recurso de hecho, “Quinteros, Virginia s/su presentación”, resuelto el 23/2/2012.

que aguardar el inicio de un nuevo proceso (cfr. Fallos 327:2127; 329:4918; 330:4647; 331:563, etc.)...”⁵⁹.

Indiscutiblemente, este precedente amplió el ámbito de aplicación de acciones interpuestas *in forma pauperis* a casos en los que el objeto de litis no era penal, pero sí donde se verificaba la situación de extrema vulnerabilidad del/a reclamante. Esto permite sostener, por similares motivos, que es posible flexibilizar las exigencias formales en el caso de la acción civil intentada por víctimas de trata y explotación de personas, para no frustrar su reparación económica.

Queda claro que aun cuando los requisitos para obtener una indemnización se relajen, la acción así intentada no puede lesionar la garantía de defensa en juicio del demandado. Para resguardarlo, en la acción reparatoria *in pauperis*, será necesario que la víctima exprese su voluntad de obtener la indemnización de los daños ocasionados por el delito y se fije un monto para determinar la pretensión, teniendo en cuenta que el juez fijará prudencialmente un monto en defecto de plena prueba (actual art. 29.2 del CPen.⁶⁰). Para ello puede tenerse en cuenta la explicación dada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en cuanto a que “En materia penal, el reclamo resarcitorio no necesita adecuarse a las exigencias del artículo 330 del Código Procesal Civil y Comercial, pues la petición por parte del damnificado, con individualización de sumas de dinero conforme diferentes rubros, es suficiente para permitir a la defensa responder a los reclamos indemnizatorios y producir la prueba de descargo que hubiese estimado conducente. Por tal razón, el artículo 29 del Código Penal, en su inciso 1, autoriza al magistrado a fijar prudencialmente el monto indemnizatorio, en defecto de plena prueba...”⁶¹. En sentido similar, se entendió que “...El pedido de indemnización por el daño causado por el delito no debe necesariamente tener fórmulas sacramentales si queda patente el propósito de ejercer la acción pertinente...”⁶².

Por consiguiente, nada obsta a que el monto que servirá para la reparación económica sea estimado prudencialmente por el tribunal, en el entendimiento de que “...no existen dudas respecto a que, por las particularidades del caso, más allá de las limitaciones valorativas que son consecuencia de la tarea profesional del actor civil, *hay una ‘persona’ no considerada tal por sus captores y abusadores, que la ley y el Estado representado por este tribunal deben proteger, al menos, por una reparación económica...*”⁶³.

⁵⁹ Ídem nota anterior.

⁶⁰ En efecto, el art. 29, inc. 2, CPen., establece que “...la sentencia condenatoria podrá ordenar: ...2. La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba”.

⁶¹ C. Nac. Crim. y Corr., sala 1ª, 7/2/1991, “L., H. M.”, c. 37.632, Boletín de Jurisprudencia, 1991, nro. 1.

⁶² C. Nac. Crim. y Corr., sala 5ª, 17/5/1990, JA, 1991-I, síntesis.

⁶³ C. Penal Tucumán, sala 1ª, “Milhein, Daniela N. y González, Andrés A. s/privación ilegítima de la libertad y otros”, c. 26659/2003, rta. el 6/9/2016.

Si además se tiene en cuenta que el Ministerio Público Fiscal está habilitado para intervenir en aquellos conflictos en los que esté *afectado gravemente el acceso a la justicia por la especial vulnerabilidad de una de las partes o la notoria asimetría entre ellas* (art. 2, inc. e, de la LOMPF), no habría impedimentos para que esta “acción” sea llevada adelante por los fiscales.

Por último, conforme el art. 30, CPen., en caso de insuficiencia de los bienes para cubrir todas las responsabilidades pecuniarias, dicha indemnización tendrá prioridad frente a su decomiso en favor del Estado.

V. DECOMISO

a) La persecución de las ganancias ilícitas cuando no ha sido posible la identificación de las víctimas

Existen situaciones en las que, a pesar del esfuerzo desplegado durante el proceso y por distintas razones, las víctimas no pueden ser identificadas.

Por un lado, ello puede obedecer a que un gran número de las personas explotadas son extranjeras, quienes, una vez rescatadas, regresan a su país de origen y no pueden ser nuevamente localizadas.

También ocurre que al ingresar al establecimiento donde las víctimas eran sometidas, sólo son identificadas quienes se encontraban en ese momento, pero de los relatos brindados se sigue que en el lugar hubo otras personas damnificadas, aunque al momento del rescate ya no estaban y no pueden ubicarse. Esto responde al ciclo de rotación de las víctimas característico de estos delitos. Es decir, en el caso de la explotación sexual y durante el tiempo en que son explotadas, las víctimas pueden ser alojadas en distintos sitios, obligándolas a circular por diferentes locales con el fin de satisfacer demandas específicas de los clientes/prostituyentes o evitar que las personas explotadas creen lazos y obtengan ayuda para escapar. Algo similar ocurre en los ámbitos de explotación laboral, donde también se verifica la rotación, que suele obedecer a exigencias de la producción, como los ciclos de siembra y cosecha en el campo.

Las circunstancias reseñadas dificultan la identificación de las víctimas y su ubicación, con la consiguiente pérdida de las posibilidades de restitución. En este sentido, es válido destacar que se estima que por cada víctima de trata identificada hay veinte más sin identificar⁶⁴.

⁶⁴ UNODOC, “Trata de personas hacia Europa con fines de explotación sexual”, p. 9, disponible en línea en www.unodc.org/documents/publications/TiP_Europe_ES_LORES.pdf (consultado en febrero de 2018).

De este modo, cuando las ganancias ilícitas verificadas exceden los importes a restituir, o no ha sido posible establecer dichos montos por dificultades en la identificación de las víctimas, se impone su decomiso. En efecto, dispone el artículo 23, CPen., que “las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito, deben ser decomisadas en favor del Estado nacional, de las provincias o de los municipios, exceptuando los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros”.

Cabe señalar en este punto que la reforma introducida por la ley 25188 al art. 23, CPen., en el año 1999 incorporó la posibilidad de decomisar las ganancias que son producto o provecho del delito y su alcance a terceros no condenados: (a) personas de existencia ideal que se hubieren beneficiado del producto o provecho del delito cometido por sus órganos, miembros y administradores; y (b) terceros que se hubieren beneficiado del producto o provecho del delito a título gratuito (párrafos 3 y 4 del art. 23, CPen.).

En estos casos el decomiso tiene una finalidad esencialmente preventiva, puesto que se procura evitar que tales activos se utilicen para financiar futuras actividades delictivas y de este modo reducir los mercados criminales vinculados a la trata. Su fundamento radica en que el derecho de propiedad sólo existe en la medida en que sea adquirida a través de los medios que el derecho permite. La propiedad adquirida sobre la base de la comisión de hechos ilícitos (los propios o los de un tercero) está viciada en su origen y, por lo tanto, no puede sostenerse válidamente un derecho respecto de ésta. Falta, aquí, el “título suficiente” que es condición para adquirir derechos reales⁶⁵.

Por ello es viable la adopción de todas las medidas precautorias necesarias para asegurar el decomiso del producto o provecho del delito, pues ellas no persiguen responsabilizar penalmente a la persona jurídica sino que “se procura que los efectos del delito, cuya investigación se promueve, no se consumen y es objeto de la función del juez, al disponer la medida en cuestión, evitar el agotamiento de la actividad delictual”⁶⁶.

La persecución de los activos ilícitos de su verdadero beneficiario final tiene un claro efecto preventivo general, en tanto su objeto es disuadir a los delincuentes de cometer delitos que generan grandes beneficios económicos y evitar de este modo que el delito sea una actividad rentable⁶⁷.

⁶⁵ Colombo, Marcelo y Stabile, Agustina, “Reformas legales necesarias en materia de recuperación de activos”, LL del 16/8/2005, p. 1; LL 2005-D-1400.

⁶⁶ C. Crim. y Corr. Fed., sala 1ª, en autos “Glavina, Bruno s/denegación de medida cautelar”, causa nro. 33477, reg. 1062, del 6/11/2011.

⁶⁷ Blanco Cordero, Isidoro, “Armonización-aproximación de las legislaciones en la Unión Europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito”, Revista de Derecho Penal; Coral Arangüena Fanego (dir.), “Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal”, Ed. Lex Nova, 2010, ps. 293/298.

b) Los instrumentos del delito

En relación con las cosas que han servido para cometer el hecho, el art. 23, CPen., en su primer párrafo, dispone que la sentencia condenatoria decidirá su decomiso, dejando a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros.

El fundamento del decomiso en estos casos radica en que el derecho de propiedad no puede proteger el uso delictivo que se haga de los bienes. Esta concepción de la propiedad, limitada a su uso legítimo, ha sido sostenida por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en varios precedentes⁶⁸.

Sostiene D'Alessio que “son instrumentos del delito (*instrumenta sceleris*) los objetos que intencionalmente han sido utilizados para consumir o intentar el delito, como por ejemplo armas, inmuebles, vehículos, cuentas bancarias, ya sea que de tales objetos se hayan servido todos los participantes o algunos de ellos”⁶⁹. En el mismo sentido, la jurisprudencia entiende que ““(s)on instrumentos del delito los objetos intencionalmente utilizados para consumir o intentar el delito’, sea que se trate de objetos destinados específicamente al delito u ocasionalmente utilizados para la comisión de éste”⁷⁰.

Para el caso específico de la trata de personas y delitos conexos, el art. 23, CPen., en su párrafo sexto (ley 26842, BO del 27/12/2012), determina que, entre los bienes que deberán decomisarse, estarán aquellos muebles o inmuebles donde se mantuvo a la víctima privada de su libertad u objeto de explotación, lo cual es una especificación de la regla contemplada en el primer párrafo de dicho artículo, que dispone el decomiso de “las cosas que han servido para cometer el hecho”, dejando a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros.

Es decir que estos bienes que han sido instrumento del delito serán decomisados cuando no existan derechos de restitución que asegurar por dificultades en la identificación de las víctimas o cuando su valor exceda los importes a restituir (hasta dicho límite).

En relación con los “terceros”, si bien el citado artículo sólo los menciona en general, mientras que el resto de las normas específicas sobre el tema delimitan la noción (exigiendo para quedar excluido del decomiso que se trate de una persona ajena al hecho y que las circunstancias del caso o elementos objetivos acrediten que no podía conocer tal empleo ilícito), la jurisprudencia ha delineando dicho concepto, determinando su verdadero sentido y alcance.

Así, se ha dicho que “la argumentación fiscal para soslayar la titularidad registral del inmueble a nombre de la esposa de Mazzeo, no imputada en la causa, resulta de recibo –

⁶⁸ Colombo, Marcelo y Stabile, Agustina, “Reformas legales...”, cit.

⁶⁹ D'Alessio, Andrés J. (ed.), “Código Penal comentado y anotado parte general”, t. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 129.

⁷⁰ C. Nac. Casación Penal, sala 4ª, 8/9/2003, “Jerez, Víctor E.”, (con cita de Núñez).

sin perjuicio de lo que oportunamente se resuelva– en este estadio intermedio del proceso, pues cierto es que, con independencia de la imputación temporal acotada que se formuló en la indagatoria, el inmueble habría funcionado como prostíbulo muchos años antes. Esa prolongación temporal en punto al destino que se le dio, el vínculo estrecho de la titular registral con el imputado, que lo administraba, y la reiteración de denuncias y reclamos del consorcio, otorgan suficiente sustento a la sospecha fiscal de que la dueña del inmueble no pudo ignorar ese destino dado a su propiedad por el esposo y, en consecuencia, no sería una tercera completamente ajena al ilícito verificado y, aunque no se le formulara imputación penal, sí parece de recibo que cuanto menos pueda sufrir la cautelar que se reclama, a fin de garantizar en el futuro, en caso de condena, un eventual decomiso del inmueble, si correspondiera”⁷¹.

En sentido similar, la sala 3ª de la Cámara Federal de Casación Penal ha sostenido: “... que asiste razón a la fiscalía por cuanto la señora O. no podía desconocer la finalidad ilícita con la que sus bienes estaban siendo utilizados por su pareja V., por lo que no puede ser considerada como un ‘tercero no responsable’ en los términos del artículo 23 del Código Penal”⁷².

Por su parte, en el caso “Nitemax”⁷³, la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal confirmó el rechazo del pedido de levantamiento de una medida cautelar sobre un campo que habría sido adquirido por una persona de existencia ideal, por cuanto las pruebas recolectadas hasta ese momento permitían sospechar de una vinculación entre esa firma con algunas de las sociedades de las que se habrían valido los imputados para el desarrollo de la actividad de lavado de activos, por la que se encontraban procesados. Así, indicó que “(t)ales circunstancias impiden reconocer en el peticionante –al menos, de momento– a un tercero de buena fe ajeno a los hechos investigados, cuyo derecho de propiedad no podría ser menoscabado por la medida cautelar cuya subsistencia propiciamos”. Es decir que únicamente quedarán excluidos del decomiso los derechos de terceros en la medida en que puedan ser reputados de “buena fe”.

Desde el punto de vista práctico, en atención a los precedentes citados, podemos afirmar que aquellos bienes que no puedan ser reputados de “buena fe” y completamente ajenos al ilícito verificado, en los términos del artículo 23, CPen., serán alcanzados por el decomiso. Para ello deberá acreditarse que a) a pesar de ser propietario legítimo del bien no pudo ignorar el destino o finalidad ilícita dada a los bienes; b) figura como adquirente del bien, pero a partir de una operación simulada realizada para evitar que ellos sean alcanzados por el decomiso.

⁷¹ Juzg. Nac. Crim. de Instrucción n. 10, 29/9/2015, causa “Mazzeo”, nro. 7400542 01/11.

⁷² C. Fed. Casación Penal, sala 3ª, “Alecho, José Luis- Vázquez, Carlos R. s/rec. casación”, causa CFP 3645/2010/T01/1/CFC1, rta. el 17/10/2016.

⁷³ C. Crim. y Corr. Fed., sala 1ª, 25/2/2010, causa nro. 43.971, “Nitemax S.A s/levantamiento de medida de no innovar”.

Por cierto que cualquiera de estas circunstancias habrá de ser establecida respetando las garantías del debido proceso legal, que implica que su aplicación estará precedida de acusación, defensa, prueba y sentencia. Es decir, siempre debe garantizarse el derecho de defensa de la persona sobre la cual recaerá oportunamente la medida, quien podrá ser oída sobre todas aquellas circunstancias requeridas para que el decomiso alcance eventualmente su patrimonio.

Con relación a los estándares de prueba para determinar la “buena o mala fe” de los terceros, regirán las pautas del procedimiento civil, según lo prescripto en el octavo párrafo del art. 23, CPen., y 520, CPPN, tramitándose por cuerda separada (art. 521, CPPN).

Asimismo, cabe recordar que siempre el decomiso del instrumento deberá dejar a salvo los derechos de restitución e indemnización de las personas damnificadas (arts. 23 y 29, inc. 1, CPen.), de modo que si hubiera víctimas identificadas, los importes correspondientes a las restituciones (previo calculo conforme la fórmula propuesta en el punto III) deberán asegurarse con los bienes muebles o inmuebles donde se mantuvo a la víctima privada de su libertad u objeto de la explotación.

c) Destino de los bienes decomisados

Siguiendo el orden de prioridades que establece en forma expresa el Código Penal (art. 30, CPen.), si los bienes del condenado no fueren suficientes para cubrir todas sus responsabilidades pecuniarias, éstos se destinarán en forma preferente a reparar los daños causados a las víctimas del delito.

Así se ha reconocido, por ejemplo, en un caso de trata por explotación laboral, donde se dijo: “el decomiso de los bienes debe ser utilizado, tal como el ya citado art. 23 del CPen. dispone, para lograr una efectiva reparación de las víctimas, quienes han padecido el accionar de los autores del delito y muchas veces quedan olvidadas dentro del sistema penal. Su efectiva reparación es un compromiso que ha asumido el Estado argentino al momento de suscribir los instrumentos internacionales que rigen la materia, los que sin duda alguna deben tenerse presentes durante todo el trámite del proceso, más aún al momento del dictado de aquellas medidas que pudieran implicar una afectación en este sentido (ver la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y su Protocolo complementario para la Prevención, Represión y Sanción del Delito de Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños; Ley Modelo Contra la Trata de Personas de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y ley 26364).⁷⁴

En esa línea, la ley 26364 establece que los bienes decomisados en estos casos se destinarán a un fondo de *asistencia directa a las víctimas* administrado por el “Consejo

⁷⁴ Juzg. Fed. Mar del Plata, n. 3, Secretaría Penal n. 6, “Gareca Gutiérrez, Toribio J. y otro s/infracción ley 26364”, rta. el 7/3/2017.

Federal para la Lucha contra la Trata y Explotación de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas” (art. 27).

Cabe señalar en este punto que, en el marco de las reuniones del Consejo Federal y con fundamento en el trabajo realizado por la “Comisión Permanente de Seguimiento de la Unidad de Administración de Bienes Incautados y Decomisados”⁷⁵, se definieron las pautas y prioridades en el destino de los bienes decomisados, estableciéndose la responsabilidad solidaria del fondo para responder frente a las víctimas del delito de trata y explotación de personas por las restituciones y reparaciones económicas que, luego de ser ordenadas judicialmente, no pudieron ser satisfechas con los bienes del condenado.

El principio de solidaridad responde a la necesidad de evitar que en algunos casos resulten frustrados los derechos de restitución que corresponden a la víctima porque el condenado es insolvente y/o porque durante la sustanciación del proceso no se llevó adelante una investigación proactiva tendiente a identificar, localizar y cautelar los activos vinculados al delito, y éstos fueron transferidos u ocultados. De lo contrario, no todas las personas damnificadas por este delito estarían en la misma condición, pues algunas podrían hacer efectivos sus derechos de reparación y otras no, dependiendo de la solvencia económica del condenado.

Tales pautas fueron contempladas en el proyecto de ley presentado en el Congreso de Nación en octubre de 2018, a iniciativa del Consejo Federal de Lucha contra la Trata y Explotación de Personas, el cual prevé que cuando la restitución a la víctima no pueda ser satisfecha con los bienes del condenado en la causa respectiva, el Consejo Federal deberá utilizar los recursos del “Fondo de Asistencia Directa a Víctimas de Trata” para amparar dicha situación.

El proyecto también establece la creación de un fideicomiso de administración que asegure una gestión eficiente de los bienes, que se integrará con el producido de la venta de los bienes decomisados en el marco de los procesos judiciales por trata y explotación de personas, así como del lavado de activos provenientes de dichos delitos, con sentencia firme o cuando, sin estar firme, el juez de la causa autorice la venta.

VI. CONCLUSIÓN

La trata de personas es un crimen muy rentable, que supone la obtención de enormes beneficios económicos a partir de la vulneración de los derechos humanos fundamentales de las víctimas, puesto que el delito niega su condición de persona y la

⁷⁵ Las autoras forman parte del Consejo Federal y, específicamente, coordinan desde su creación la Comisión Permanente de Seguimiento de la Unidad de Administración de Bienes Incautados y Decomisados.

asimila a un objeto que se comercializa en el mercado, privándola de su dignidad. En virtud de ello, su reparación excede el interés privado de las partes y es una cuestión que atañe a toda la sociedad y al Estado, que se ha comprometido internacionalmente a generar las condiciones para hacerla efectiva.

En ese marco, el recupero de activos se convierte en una herramienta fundamental de política criminal, ya que impedirá que las ganancias ilícitas se utilicen para financiar el “blindaje de impunidad”, sin el cual el funcionamiento de estas organizaciones no sería posible, pero también tendrá una especial función reparatoria de los daños ocasionados por el delito.

Con ese fin, resulta indispensable que en los casos de trata y explotación de personas se lleve adelante desde el inicio de las actuaciones una estrategia de recupero de activos, orientada en forma prioritaria a asegurar las restituciones y reparaciones económicas que corresponden en favor de la víctima (art. 29, CPen.), así como también su decomiso (art. 23, CPen.).

Conforme las pautas establecidas en el presente documento, dicha estrategia debería llevarse adelante del siguiente modo:

a) Restituciones

- Deberán calcularse en relación con cada una de las víctimas identificadas las ganancias ilícitas obtenidas por el tratante como producto de su explotación, conforme la fórmula propuesta. Para ello será necesario establecer los períodos en que estuvieron retenidas y las modalidades de explotación.

- También será indispensable determinar la suma que habría percibido la víctima si, en vez de ser explotada, hubiera trabajado libremente, para lo cual se tendrá en cuenta el Salario Básico de Convenio correspondiente a la actividad o en su defecto el Salario Mínimo Vital.

- Realizar una investigación patrimonial que permita individualizar y localizar los activos de origen lícito e ilícito necesarios para asegurar las sumas a restituir.

- En caso de verificarse que terceros (personas físicas o jurídicas) se hubieran beneficiado con las ganancias del delito, la investigación patrimonial deberá ampliarse en relación con ellos, identificando activos suficientes en su poder para asegurar la restitución.

- Solicitar la adopción de medidas cautelares sobre tales bienes desde el inicio de las actuaciones, acreditando la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.

- El Ministerio Público Fiscal se encuentra legitimado para solicitar las restituciones que corresponden a las víctimas (art. 29, CPen.), en ejercicio de su función constitucional de actuar en defensa de la legalidad (art. 120 de la CN).

b) Indemnizaciones

– Teniendo en cuenta que las víctimas de trata podrían iniciar una acción civil para obtener la indemnización integral de los daños ocasionados por el delito, para asegurar que la sentencia que disponga dichas indemnizaciones pueda ser efectivamente cumplida, el Ministerio Público Fiscal debe propiciar la identificación y cautela de los bienes suficientes desde el inicio de las actuaciones (art. 29, inc. 2, CPen., y art. 518, CPPN).

– Si los bienes del condenado no fueren suficientes para cubrir todas sus responsabilidades pecuniarias, aquéllos se destinarán en forma preferente a la reparación integral del daño causado por el delito (art. 30, CPen.).

c) Decomiso

– Cuando las ganancias ilícitas verificadas exceden los importes a restituir o no ha sido posible establecer dichos montos por dificultades en la identificación de las víctimas, se impone el decomiso de los bienes que “han servido para cometer el hecho” y de “las cosas o ganancias que son producto o provecho del delito” (art. 23, CPen.).

– El decomiso alcanzará a los bienes de origen ilícito y a los instrumentos del delito aun cuando se encuentren en poder de terceros, salvo que sean de buena fe.

– Los bienes decomisados en casos de trata y explotación de personas serán destinados al fondo de asistencia directa a las víctimas administrado por el “Consejo Federal para la Lucha contra la Trata y Explotación de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas” (art. 27 de la ley 26364).

VII. BIBLIOGRAFÍA

Aboso, Gustavo, “Trata de personas. La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual”, Ed. B de F, Montevideo, 2013.

Blanco Cordero, Isidoro, “Armonización-aproximación de las legislaciones en la Unión Europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito” en Revista de Derecho Penal, Coral Arangüena Fanego (dir.), “Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal, Ed. Lex Nova, 2010.

Breglia Arias, Omar y Gauna, Omar, “Código Penal comentado”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004.

Colombo, Marcelo y Mángano, María Alejandra, “Breves notas sobre la reparación a las víctimas de trata de personas a través del recupero de activos”, PROTEX, 2018.

Colombo, Marcelo y Stabile, Agustina, “Reformas legales necesarias en materia de recuperación de activos”, LL del 16/8/2005, p. 1; LL 2005-D-1400.

D’Alessio, Andrés J. (dir.), “Código Penal comentado y anotado parte general”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005.

Dirección General de Recuperación de Activos y Decomiso de Bienes, “Guía de medidas cautelares para el recupero de activos”, Procuración General de la Nación, 2017, disponible en www.mpf.gob.ar/dgradb/files/2017/12/Guía-de-Medidas-Cautelares-para-el-Recupero-de-Activos.pdf.

European Commission, Directorate-General Justice, “Freedom and Security”, Report of the Experts Group on Trafficking in Human Beings, accessible en www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/PDF-Dateien/EU-Dokumente/report_of_the_experts_group_on_trafficking_in_human_beings_2004.pdf, Brussels, 22 de diciembre de 2004.

Global Rights Partners of Justice, “Guía anotada del protocolo completo de la ONU contra la trata de personas”, Global Rights, Copyright 2002, 2005, p. 29, disponible en línea en www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/Publicaciones/2006/3556.

Maier, Julio, “Derecho procesal penal. I fundamentos”, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2012.

ONU, Asamblea General, resolución 60/147, “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, A/60/147 (16 de diciembre de 2005), disponible en www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx.

OIT, “Profits and poverty: the economics of forced labour”, Ginebra, 2014, disponible en línea en: www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_243391.pdf.

OIT, “El costo de la coacción. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo”, Ginebra, 2009 disponible en www.ilo.org/global/topics/forced-labour/publications/WCMS_106269/lang-es/index.htm.

UNODC, “Nota orientativa sobre el concepto de ‘abuso de una situación de vulnerabilidad’ como medio para cometer el delito de trata de personas, expresado en el artículo 3 del protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, octubre de 2012, disponible en línea en www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC_2012_Guidance_Note_-_Abuse_of_a_Position_of_Vulnerability_S-1.pdf.

UNODC, “Trata de personas hacia Europa con fines de explotación sexual”, disponible en línea en www.unodc.org/documents/publications/TiP_Europe_ES_LORES.pdf.

Palazzi, Pablo “El derecho a una defensa eficaz en el proceso penal”, ED 164-624.

Perelli, Eduardo, “La estandarización de los recursos *in forma pauperis*”, LLL 2006 (octubre), 25/9/2006, p. 1158, cita online: AR/DOC/3124/2006.

PROTEX, “El testimonio de las víctimas de trata de personas. Herramientas útiles para la recepción y valoración de la declaración testimonial”, disponible en www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2016/07/Protex-Testimonio-Víctima-Trata.pdf.

Terragni, Marco A., comentario al artículo en examen, en Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio R. (dirs.), “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, t. 1, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1997.