

# **LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD Y EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS: ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD A LA LUZ DEL ESTATUTO DE ROMA Y DE LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA**

Ab. Laura Casola <sup>(1)</sup>

**RESUMEN:** El presente trabajo analiza la naturaleza del delito de trata de personas como crimen de derecho internacional, y, a partir de esa tesis, examina el ámbito de aplicación temporal de la ley 26.364 a la luz de la Constitución Argentina y el Estatuto de Roma de 1998.

**PALABRAS CLAVES:** trata de personas - crímenes de lesa humanidad - principio de legalidad - irretroactividad de la ley penal

**ABSTRACT:** This paper analyses the juridical nature of human trafficking as a crime of international law, and, departing from that thesis, it examines the temporal scope of applicability of the law n° 26.364 in the light of the Argentine Constitution and the Rome Statute of 1998.

**KEYWORDS:** human trafficking - crimes against humanity - principle of legality - non retroactivity of criminal law

## **1. Introducción**

La historia del comercio de seres humanos en Argentina data de los tiempos de la colonia, época durante la cuál revistió la forma de *esclavitud negra*; siglos más tarde, en los comienzos de la institucionalidad nacional, aquella forma tradicional mutó hacia lo que se conoció como *trata de blancas*. Sin embargo, en las últimas décadas, debido al auge de la globalización y la expansión del crimen organizado, Argentina se ha transformado en un eslabón más del fenómeno delictivo que la comunidad internacional acordó en llamar *trata de seres humanos*, ya que en la actualidad la compraventa de personas para explotación ya no distingue raza, sexo ni edad.

No obstante esta realidad, y a pesar del movimiento encabezado por Naciones Unidas en el año 2000 - representado por el Proceso de Viena y el Protocolo para Prevenir, Suprimir y Castigar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños - con el fin de generar conciencia internacional sobre la necesidad reformar los sistemas legales nacionales para perseguir y castigar la trata de personas, Argentina, luego de estériles años de debate parlamentario, sancionó, en abril de 2008, la duramente criticada ley 26.364, que incorpora los artículos 145bis y 145ter al Código Penal con el objetivo de sancionar la trata de personas.

Atento al principio de legalidad consagrado en el artículo 18 de nuestra Carta Fundamental, del cual se derivan el principio de clausura y el de irretroactividad de la ley penal, solo pueden ser perseguidos los hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigor de dicha ley. Sin embargo, parte de la doctrina sostiene que la trata de personas constituye, en verdad, un crimen de derecho internacional, en cuyo caso la Constitución Nacional debe ser analizada conjuntamente con el Estatuto de Roma.

---

<sup>1</sup> Abogada, UNC. Doctoranda, Universidad de Leipzig, Alemania. Adscripta Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado, UNC.

Así, el presente trabajo sostiene la hipótesis de la aplicabilidad retroactiva de la ley 26.364 para hechos de trata de personas cometidos a partir de 2001. En tal sentido, la justificación de dicha hipótesis exige analizar tres cuestiones previas: primero, la naturaleza jurídica del delito de la trata de personas; segundo, la relación jerárquica entre la Constitución Nacional y el Estatuto de Roma; y tercero, el alcance del principio de legalidad a la luz de ambos instrumentos jurídicos.

## 2. Concepto del delito de Trata de Personas

Como resultado de los cambios histórico-culturales referidos anteriormente, los cuales ocurrieron en forma similar en todo el mundo, el concepto de trata ha sido interpretado de manera divergente por las distintas sociedades a través del tiempo y, aunque el fenómeno en sí mismo ha devenido en una preocupación internacional desde hace más de un siglo<sup>2</sup>, no hubo una definición consensuada en la comunidad de Naciones hasta el año 2000<sup>3</sup>.

Hubo intentos fallidos de definir normativamente el problema a partir de la Declaración Relativa a la Abolición Universal del Comercio de Esclavos, de 1815<sup>4</sup>; luego la Sociedad de Naciones retomó la tarea sin lograr mayor éxito<sup>5</sup>, y algunos años más tarde, bajo la conducción de Naciones Unidas, se aprobó en 1949 la Convención para la Supresión de la Trata de Personas y la Explotación de la Prostitución Ajena, cuyo preámbulo expresaba que "...la prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para el propósito de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, la familia y la comunidad..." Así, a partir de aquel protocolo, el comercio de blancas estuvo relacionado con la prostitución y ésta última con esclavitud. Sin embargo, en el transcurso del tiempo tal asociación cayó en desuso ya que la trata gradualmente involucró personas de diferente género, edad, cultura y origen racial, lo que provocó un cambio ideológico que condujo a la gestación del Proceso de Viena<sup>6</sup>, el cual culminó con la aprobación

---

<sup>2</sup> OYARZABAL, Mario J.A., "Trata de Personas: Un Tema Emergente en la Relación Bilateral con Los Estados Unidos", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, XIV 2005, p. 108.

<sup>3</sup> BRUCH, Elizabeth M., "Models Wanted: The Search for an Effective Response to Human Trafficking", *Stanford Journal of International Law*, 40:1, 2004, Note 2, p.1

<sup>4</sup> A pesar de éste primer intento, no fue sino hasta 1904 que el concepto de trata de personas apareció en escena en el Acuerdo Internacional para la Supresión de la Trata de Blancas, el cuál, enfocado en la protección de víctimas conceptualizó la trata como el desplazamiento internacional de mujeres, asociado a propósitos inmorales (prostitución). Ya en 1910 se aprobó la Convención Internacional para la Represión de la Trata de Blancas, la cuál comprometió a los Estados Partes a castigar el proxenetismo y amplió la definición para incluir la trata interna (Ver STAFF WILSON, Mariblanca, *Recorrido Histórico Sobre la Trata de Personas*, 2009, <<http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/PDF/CentrodeReferencia/Temasdeanálisis2/violenciasyderechoshumanos/staff.pdf>>

<sup>5</sup> En 1920, la Sociedad de Naciones realizó un nuevo intento para abordar eficientemente el problema de la trata, por medio de dos instrumentos: el Convenio Internacional para la Supresión de la Trata de Mujeres y Niños, de 1921, y el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad, de 1933. A pesar del esfuerzo, los resultados fueron, una vez más, débiles (Ver STAFF WILSON, Mariblanca, op. cit., 2009)

<sup>6</sup> Como lo explica Gallagher, la Convención contra el Crimen Organizado y los Protocolos fueron negociados bajo los auspicios de la Comisión de Naciones Unidas sobre Prevención del Crimen y Justicia Criminal, con sede en Viena, y por lo tanto, el proceso que culminó con la adopción de los documentos sobre crimen organizado transnacional se conoce como "el proceso de Viena" (Ver GALLAGHER, Anne, "Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis", *Human Rights Quarterly* 23, 2001, p. 976)

del Protocolo para Prevenir, Suprimir y Castigar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños, del año 2000 (conocido como Protocolo de Palermo contra la Trata de Personas), el cuál, en el artículo 3 inciso "a", define la trata como:

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

En atención al concepto formulado en el Protocolo de Palermo, el Congreso de la Nación Argentina, a través de la ley federal 26.364 adoptó esencialmente la misma definición, estableciendo:

ARTÍCULO 2º.- Trata de mayores de DIECIOCHO (18) años. *Se entiende por trata de mayores la captación, el transporte y/o traslado -ya sea dentro del país, desde o hacia el exterior-, la acogida o la recepción de personas mayores de dieciocho años de edad, con fines de explotación, cuando mediere 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, aún cuando existiere asentimiento de ésta.*

ARTÍCULO 3º.- Trata de menores de DIECIOCHO (18) años. *Se entiende por trata de menores el ofrecimiento, la captación, el transporte y/o traslado -ya sea dentro del país, desde o hacia el exterior-, la acogida o la recepción de personas menores de dieciocho años de edad, con fines de explotación. Existe trata de menores aun cuando no mediere 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. El asentimiento de la víctima de trata de personas menores de dieciocho años no tendrá efecto alguno.*

ARTÍCULO 4º.- Explotación. *A los efectos de la presente ley, existe explotación en cualquiera de los siguientes supuestos:*

- a) Cuando se redujere o mantuviere a una persona en condición de esclavitud o servidumbre o se la sometiere a prácticas análogas;*
- b) Cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados;*
- c) Cuando se promoviere, facilitare, desarrollare o se obtuviere provecho de cualquier forma de comercio sexual;*
- d) Cuando se practicare extracción ilícita de órganos o tejidos humanos.*

Así puede observarse que, aún con las particularidades propias de la legislación argentina, tanto en el orden internacional como a nivel nacional la trata refiere a toda conducta de reclutamiento, desplazamiento y/o recepción de personas, sin su consentimiento (ya sea que falte o esté viciado) con fines de explotación.

### **3. Naturaleza Jurídica del delito de Trata de Personas**

Partiendo del concepto antes mencionado, cabe preguntarnos si estamos frente a un delito de jurisdicción doméstica o ante un crimen de derecho internacional, ya que la respuesta a este interrogante abre una diversa gama de consecuencias jurídicas.

Según el Estatuto de la Corte Penal Internacional, son crímenes de su competencia el genocidio (art. 6), los crímenes de lesa humanidad (art. 7), los crímenes de guerra (art. 8) y el crimen de agresión (aún no definido).

Dentro de ese contexto legal, hay autores que sostienen que la trata configura un delito de lesa humanidad<sup>7</sup>, postulado que obliga a analizar con detenimiento qué entiende el Estatuto de Roma por tales crímenes, atento a que los delitos de competencia de la CPI deben ser analizados restrictivamente, no pudiendo hacerse una interpretación extensiva de los mismos (art. 22, inciso 2° del ECPI).

En primer lugar, cabe destacar que la expresión *lesa humanidad* refiere a crímenes que, por su magnitud, lesionan o dañan a la humanidad en su conjunto; dicho en otras palabras, se trata de “actos serios de violencia que dañan a los seres humanos privándolos de lo que es más esencial para ellos: su vida, libertad, bienestar psíquico, salud y/o dignidad. Son actos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites tolerables por la comunidad internacional”<sup>8</sup>. Por tal motivo, en atención a la especial gravedad que revisten, “los crímenes de competencia de la Corte [Penal Internacional] forman parte del bloque duro de normas imperativas no negociables del Derecho Internacional”<sup>9</sup>, que generan obligaciones *erga omnes* hacia los individuos y los Estados, en lo que refiere al deber de respetarlas y garantizar su respeto.

Ahora bien, de la detallada enumeración del artículo 7 del ECPI, surge que son crímenes de lesa humanidad:

*“...cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque...”*

En primer término, y en lo que se refiere a los elementos comunes a todos los crímenes de lesa humanidad, es el mismo articulado el que toma a su cargo aclarar que *ataque contra una población civil* refiere a “una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política”. Sin embargo, con acierto ha sido destacado por la doctrina que dicha expresión no resulta completamente clara y se resiente la falta de notas explicativas que sirvan para despejar con claridad meridiana el alcance de las expresiones *población civil* y de *conformidad con la política de un Estado u organización*.

En cuanto a lo primero - población civil - se ha dicho que tal elemento “...se identifica con una cláusula umbral que está destinada a establecer el grado de gravedad que resulta necesario para que los hechos susceptibles de ser considerados como crímenes de lesa humanidad puedan entrar dentro de la competencia de la Corte...”<sup>10</sup>. De este modo, siguiendo la opinión de García Sánchez, dado que el Estatuto protege tanto bienes colectivos como individuales,

<sup>7</sup> ASSORATI, Mercedes I., *Obligación del Estado Argentino de reparar a las víctimas de la trata de personas*, ponencia presentada en el Primer Congreso Latinoamericano de Trata y Tráfico de Personas, <[www.elotro.org.ar/desa/EsclavitudCero/InfoArgentina07.doc](http://www.elotro.org.ar/desa/EsclavitudCero/InfoArgentina07.doc)>

<sup>8</sup> ASSORATI, Mercedes, op. cit.

<sup>9</sup> DRNAS DE CLEMENT, Zlata, “Principio de Complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional - Incoherencias Sistémicas”, en *Anuario de Derecho Internacional*, Volumen XI, Año 2001, p.64

<sup>10</sup> GARCIA SANCHEZ, María Beatriz, *Los crímenes contra la humanidad: regulación española ante la adopción del Estatuto de Roma de 1998*, en <<http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/12/garcia12.pdf>>

población civil refiere a un grupo humano, con independencia de que concurren entre ellos signos de identidad comunes<sup>11</sup>. En este sentido, ha sido afirmado que no es necesario que el ataque se deba dirigir contra toda la población de un territorio, siendo suficiente un número relevante de víctimas<sup>12</sup>.

En segundo lugar, el elemento político<sup>13</sup> se refiere al término *política* en sentido amplio, entendida como plan de actuación (ataque) preconcebido y organizado, opuesto a la idea de violencia espontánea. En este sentido, según lo prescripto por el Estatuto de Roma, dicha política puede haber sido diseñada tanto por un Estado como por una Organización “sea de tipo privado, criminal o terrorista, pues lo importante no es tanto la naturaleza de la misma sino una necesaria estructura orgánica”, ya que “lo que se persigue es evitar que el crimen contra la humanidad pueda ser cometido por personas individuales actuando por su propia iniciativa”<sup>14</sup>.

Finalmente, complementando las explicaciones precedentes corresponde señalar asimismo que el referido ataque a una población civil, para configurar un delito de lesa humanidad, debe ser *generalizado o sistemático*, lo cuál involucra un criterio cuantitativo y uno cualitativo. Siguiendo a Gómez Benítez, el término ‘generalidad’ debe interpretarse como la exigencia de multiplicidad de víctimas, y no de multiplicidad de acciones<sup>15</sup>. Por su parte, el carácter ‘sistemático’ del ataque alude a “la naturaleza organizada de los actos de violencia y la imposibilidad de que éstos sucedan de forma espontánea”<sup>16</sup>. De este modo, puede notarse que el elemento ‘generalidad’ se relaciona con ‘población civil’, en tanto que la ‘sistematicidad’ está conectada con la política que debe existir detrás de la comisión de crímenes de lesa humanidad.

Una vez desentrañado el alcance de los elementos comunes, corresponde analizar el significado de los particulares actos ilícitos que están vinculados con el objeto del presente análisis. Así, tenemos que, siempre que involucren un *ataque generalizado o sistemático contra una población civil*, constituyen delitos de lesa humanidad, conforme el artículo 7 del ECPI: “... c) *Esclavitud*; [...] d) *Deportación o traslado forzoso de población*; e) *Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional*; [...] g) *Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable...*”

En relación a dicho texto, corresponde analizar el significado de los conceptos él mencionados:

<sup>11</sup> GARCIA SANCHEZ, María Beatriz, Op. Cit.

<sup>12</sup> LIÑAN LAFUENTE, Alfredo, “La tipificación del crimen de persecución en el Estatuto de Roma y su primera aplicación jurisprudencial en el tribunal híbrido internacional de Timor Oriental”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 10-12 (2008), p. 19

<sup>13</sup> Cfme. LIÑAN LAFUENTE, Alfredo, Op. Cit., p. 11

<sup>14</sup> LIÑAN LAFUENTE, Alfredo, Op. Cit., p. 11-12

<sup>15</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. “Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho Penal Español”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Derecho Penal Internacional, Madrid: Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, 2001, p.27.

<sup>16</sup> El derecho sustantivo refiere a la naturaleza organizada de los actos de violencia, así como a la improbabilidad de que ellos ocurran de manera espontánea. Los patrones de los crímenes – esto es, la no repetición accidental de similares conductas sobre similares bases – es la expresión de tal ocurrencia sistemática; Blaskic Trial Chamber. par. 203; Tadic Trial Chamber. par. 648; Blaskic Appeal Chamber. par. 101; Kunarac Appeal Chamber. par. 648; Simic et al. Trial Chamber. par. 43; Stakic Trial Chamber. par. 625

a) La *esclavitud* implica el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños (art. 7, 2° pfo., inc. “c” del ECPI)

b) La *deportación o traslado forzoso de población*, refiere al desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional (art. 7, 2° pfo., inc. “d” del ECPI)

c) La *encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional*, si bien no está definida en el ECPI, hace alusión a la restricción grave o privación de la libertad individual, en omisión de lo establecido por los Pactos y Tratados internacionales sobre derechos humanos (e.g. debido proceso, libertad de movimiento, etc.)

d) La *violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable* configuran conductas que atacan gravemente la libertad y dignidad individual. Con relación a este inciso, el ECPI explica que por “embarazo forzado” se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional (art. 7, 2° pfo., inc. “f” del ECPI).

Siguiendo con la argumentación propuesta, si se superponen los conceptos de crimen de lesa humanidad (art. 7 del ECPI) y trata de personas (art. 2,3 y 4 de la ley 26.364), la conclusión a la que se puede arribar es que el primero subsume al segundo, estableciéndose entre ambos una relación de género a especie.

En tal sentido, podemos afirmar con claridad que los elementos comunes a todos los crímenes de lesa humanidad están igualmente presentes en el delito de trata de personas:

- a. *Ataque generalizado y sistemático perpetrado de conformidad con la política de una organización*: la trata de personas importa una serie de actos, sostenidos en el tiempo, orientados a reclutar, desplazar y/o mantener en contra de su voluntad<sup>17</sup> a hombres, mujeres y niños, con fines de explotación personal, laboral y/o sexual (*ataque*). Dicha línea de conducta afecta anualmente, a nivel mundial, miles de víctimas de toda raza, sexo y edad (*generalizado*), y se lleva a cabo de conformidad con la logística diseñada por organizaciones criminales transnacionales dedicadas al comercio de seres humanos<sup>18</sup> (*sistematicidad y política organizacional*).

<sup>17</sup> La expresión “en contra de su voluntad” alude tanto al supuesto en que el consentimiento haya sido expresa o tácitamente negado, como a la hipótesis en que la voluntad se encuentre viciada.

<sup>18</sup> La trata de personas no puede, estructuralmente, funcionar como un negocio individual. Requiere, necesariamente, de una estructura compleja, diversificada y altamente conectada que solamente pueden montar las organizaciones criminales. Ha sido pacíficamente aceptado que uno de los aspectos más peligrosos del crimen transnacional es, precisamente, su funcionamiento a través de una arquitectura jerárquica que involucra un conjunto de conexiones locales e internacionales, las cuales también tocan a funcionarios públicos, cuya colaboración deviene una pieza funcional relevante. Las investigaciones policiales y judiciales han determinado que las redes de trata operan como ‘un negocio de alianzas familiares’ cuyos líderes están principalmente vinculados por medio de relaciones de sangre o matrimonio. Las familias que se dedican a este negocio están conectadas unas con otras y operan dentro del contexto de redes nacionales más extensas, las cuales se conectan, a su vez, con tratantes internacionales (Ver DEL FRADE, Carlos, *Prostitución, Explotación de Menores y Corrupción Policial en Rosario - Las Chicas de los Dones*,

- b. *Contra una población civil*: Si bien la trata de personas no está focalizada en un grupo étnico, etario o genérico determinado, no se requiere tal conexión a los fines de conformar el elemento 'población civil' exigido por el art. 7 del ECPI. Atento lo manifestado por la doctrina, es suficiente con el hecho de que el crimen afecte a un extenso grupo humano, aún cuando no existan entre dichos individuos, signos de pertenencia al mismo grupo poblacional. En tal sentido, aún cuando las cifras concretas de víctimas de trata son, en el mejor de los casos solo estimativas debido a la naturaleza clandestina del delito<sup>19</sup>, las investigaciones realizadas por estados y organizaciones internacionales afirman que constituye el tercer negocio criminal más lucrativo a nivel mundial<sup>20</sup>. Así, durante los '90, alrededor de 400 mujeres desaparecieron en Argentina, presumiblemente abducidas por redes de trata<sup>21</sup>, y dicho número creció dramáticamente a partir de 2002, ya que tan solo en el curso del año 2008 aproximadamente 500 mujeres y 562 niños desaparecieron en nuestro país, cifra que se torna aún más alarmante si se tiene en cuenta la cantidad de personas indocumentadas que existen en Argentina<sup>22</sup>.
- c. *Importa traslado forzoso, privación grave de la libertad física, esclavitud y violencia sexual*: Según lo establecido por el Protocolo de Palermo del año 2000, seguido por la ley nacional 26.364, la trata de personas se configura cuando las conductas típicas descritas (reclutamiento, transporte, traslado, acogida o recepción) se realizan con el propósito de explotación, aún cuando ésta no llegue a producirse. Es decir, la trata involucra un traslado forzoso y una privación grave de la libertad física, a los cuales puede sumarse la consumación de la esclavitud<sup>23</sup> y la violencia sexual.

En consecuencia, luego del análisis precedente se puede concluir que la trata de personas es un crimen de derecho internacional (delito de lesa humanidad) cuya comisión implica la violación de una norma de *ius cogens*, que abre la competencia de la CPI, rigiendo el principio de complementariedad para los supuestos de omisión de actuación estatal.

#### 4. Relación del Estatuto de Roma con la Constitución Nacional Argentina

---

<[http://www.postalesdelsur.net/ver\\_archi.php?que\\_notas=notas89](http://www.postalesdelsur.net/ver_archi.php?que_notas=notas89)>; y MESSI, Virginia, BARBANO, Rolando, *Tráfico de Mujeres - Un Negocio de Mafias Familiares*, Diario Clarín 07/03/2005).

<sup>19</sup> Ver GODZDIK, Elzbieta, COLLETT, Elizabeth, *Research on Human Trafficking in North America: A Review of the Literature*, en Data and Research on Human Trafficking: A Global Survey, Laczko & Godzdiak [Eds.], 2005

<sup>20</sup> Ver *Estudio Exploratorio sobre Trata de Personas con Fines de Explotación Sexual en Argentina, Chile y Uruguay*, IOM, 2006, p.1

<sup>21</sup> Cfme. nota *Sin Clientes no Hay Trata*, EnREDando, de fecha 25/07/2009, accesible online en el sitio web <[http://www.enredando.org.ar/noticias\\_desarrollo.shtml?x=50599](http://www.enredando.org.ar/noticias_desarrollo.shtml?x=50599)>

<sup>22</sup> GIL LOZANO, Fernanda, *Trata, Trato y Corrupción en Argentina*, Anexo Documental 6: Historia de la Trata en Argentina, 2009, p.11-27

<sup>23</sup> La esclavitud, definida como la situación jurídica en la que una persona es sometida al poder de dominio de otra, está prohibida tanto a nivel constitucional como a nivel de la legislación penal, por lo que toda conducta tendiente a someter a un ser humano a los derechos emergentes del dominio (uso, goce, disposición y exclusión de terceros) es jurídicamente imposible. Sin embargo, la servidumbre, aunque es una situación diferente a la esclavitud - en tanto la primera es una situación de hecho mientras que la esclavitud es una situación jurídica - presupone un abuso de la relación de servicio similar al causado por la esclavitud.

El Estatuto de Roma creó en 1998 una nueva jurisdicción penal<sup>24</sup> cuyo ámbito de competencia se circunscribe a los llamados crímenes de derecho internacional. En ese sentido, tal como ha sido señalado por la doctrina, “la calificación de un hecho como crimen de derecho internacional implica un cambio en los efectos temporales del derecho aplicable”<sup>25</sup>, de manera que en el derecho internacional, el principio de legalidad y el de irretroactividad presentan soluciones diferentes a los sistemas nacionales.

Por tal motivo, en atención a que la CPI encarna en verdad una jurisdicción penal diferente a la establecida por los derechos nacionales, a efectos de analizar, en los subsiguientes acápite, los alcances de los principios de legalidad e irretroactividad con relación a la trata de personas, es necesario primeramente arrojar luz sobre la relación entre el Estatuto de Roma y la Constitución Política de Argentina, respondiendo a dos preguntas: ¿la Constitución Argentina admite una jurisdicción penal diferente a la de los tribunales domésticos? En su caso, ¿Qué relación jerárquica mantienen ambas jurisdicciones entre sí?

Con relación al primer interrogante, el sistema institucional argentino se basa en el principio de soberanía popular (art. 33 CN<sup>26</sup>), es decir que la autoridad suprema reside en el pueblo, y es ejercida en forma efectiva a través de los órganos creados por la Constitución (art. 22 CN<sup>27</sup>).

La soberanía implica un conjunto de atributos del poder público entre los que se encuentra la *jurisdicción*, entendida como el poder de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Explica Gelli que “La función jurisdiccional es una tarea propia del Estado, ejercida por el poder judicial, independientemente de los restantes órganos de poder, en especial del presidente de la Nación e indelegable en los particulares...”<sup>28</sup>

Dicha jurisdicción es, en el Estado Argentino, ejercida por la Corte Suprema y los tribunales inferiores creados por ley nacional (ar. 108 CN<sup>29</sup>), en concreto el tema fue abordado por la ley nacional n° 27, y en la actuación de dichos tribunales se materializa la garantía del juez natural (art. 18 CN<sup>30</sup>) atendiendo el principio general del lugar de comisión del hecho. Sin embargo, empleando una redacción poco clara<sup>31</sup>, el artículo 118 de la Constitución Nacional establece que “...cuando [el delito] se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio...”, con lo cuál el Constituyente habría querido establecer que

<sup>24</sup> Cfme. BASCUÑAN RODRIGUEZ, Antonio, CORREA G., Rodrigo P., “El Estatuto de Roma ante el Tribunal Constitucional Chileno”, *Revista de Estudios de la Justicia* N° 1, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Chile, 2002, p.130

<sup>25</sup> DRNAS DE CLEMENT, Zlata, “Principio de Complementariedad...”, ob.cit., p.70.

<sup>26</sup> Artículo 33 CN: “...Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno...”

<sup>27</sup> Artículo 22 CN: “El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución...”

<sup>28</sup> GELLI, Maria Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, La Ley (2° Ed.), Buenos Aires, 2003, p. 750

<sup>29</sup> Artículo 108 CN: “El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación”

<sup>30</sup> Artículo 18 CN: “...Ningún habitante de la Nación puede ser (...) juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa”

<sup>31</sup> Gelli sostiene que “La norma sobre el punto no es suficientemente nítida en la determinación de las hipótesis en que cabría aplicar la disposición” (Ver GELLI, Maria Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, La Ley (2° Ed.), Buenos Aires, 2003, p.835)



para los supuestos en que el delito viole el derecho internacional y se cometa fuera del ámbito territorial de la República, la competencia es federal - en función del art. 116 CN - y una ley del Congreso será la que determine el juez natural de la causa.

Las normas examinadas no parecerían admitir, en principio, el ejercicio de la jurisdicción por autoridades que no hayan sido creadas por el Congreso de la Nación. Sin embargo, con acierto se ha resaltado que una vez aprobados por dicho cuerpo, los tratados internacionales se incorporan al derecho interno del Estado<sup>32</sup>, lo cuál podría entenderse como una forma legítima de modificación de la estructura judicial por parte del Congreso. Y en tal sentido, el Estatuto de Roma que crea la CPI fue incorporado al derecho interno mediante ley nacional 25.390 y ratificado el 16 de enero de 2001.

Asimismo, el art. 75 inciso 24 autoriza al Congreso a aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos; "... en otras palabras, los tratados de integración pueden ordenar la constitución de parlamentos, consejos y tribunales con capacidad decisión y de obligar a los Estados integrantes del acuerdo de integración, y a los habitantes de cada uno de ellos..."<sup>33</sup>

Si bien el Estatuto de Roma no es un tratado de integración, la CPI es un órgano judicial reconocido y aceptado por el Estado Argentino, a través del Congreso de la Nación, como complementario de los tribunales nacionales para supuestos que configuren delitos de derecho internacional. Esta hipótesis es respaldada por el hecho de que, no obstante ser la jurisdicción un atributo de la soberanía, la Carta Fundamental no la considera indelegable sino que, por el contrario, acepta la transferencia parcial hacia ciertos órganos supraestatales, calidad que reviste la Corte Penal Internacional. De este modo, la jurisdicción de la CPI, complementando la de los tribunales nacionales, gozaría de legitimación constitucional en nuestro sistema legal.

Habiendo sido respondido en forma afirmativa el primer interrogante, el segundo planteamiento, relativo a la relación jerárquica entre ambas jurisdicciones - la nacional y la internacional, requiere analizar la pirámide normativa de nuestro derecho nacional. Ello está establecido en los artículos 27, 31 y 75.22 CN, y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Sintetizando lo ya clarificado por la doctrina, en primer lugar, el artículo 31 de la Constitución Nacional Argentina regula el *principio de supremacía constitucional* y el *orden de prelación de las leyes*, estableciendo que "...Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas...". Antes de la reforma constitucional de 1994, si bien quedaba en claro la sumisión de las leyes provinciales a la Constitución, leyes nacionales y tratados, la relación jerárquica entre éstos tres instrumentos se tornaba confusa, dada la redacción de la cláusula. De tal modo, la inteligencia de dicho dispositivo constitucional debe ser entendida con relación a los demás artículos antes citados.

---

<sup>32</sup> BONETTO, Luis María, *Corte Penal Internacional*, en Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales, Carlos Julio Lascano (Director), Ed. Lerner, 2001, p.691

<sup>33</sup> GELLI, María Angélica, "*Constitución de la Nación Argentina...*", ob. cit., p. 600.

Así, la primacía de la Constitución se desprende del texto del artículo 27 CN, el cual reza “El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en ésta Constitución”. De la redacción de éste artículo surge con claridad meridiana la subordinación de los tratados internacionales a los principios de orden público nacional, establecidos en nuestra Carta Fundamental, por lo que dichos instrumentos internacionales quedan sometidos al control de constitucionalidad para su vigencia en el orden interno. De este modo, el art. 75 inc. 22, al darle rango constitucional a una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos, allí taxativamente enumerados, los considera complementarios de los derechos y garantías consagrados por nuestra Carta Fundamental, sin entenderlos jerárquicamente superiores.

En lo que respecta a la relación entre las leyes nacionales y los tratados internacionales, en atención a los artículos 75 inc. 22 de la CN y 27 de la Convención de Viena de 1980, después de la reforma de 1994, los últimos resultan jerárquicamente superiores a las leyes internas. Esto se desprende, en principio, del artículo 27 de la Convención de Viena - ratificada por el Estado Argentino, que establece que “...ningún Estado parte de un tratado puede invocar las disposiciones de su derecho interno para incumplirlo...”, con lo cual se consagra la supremacía de los tratados por sobre el derecho interno. Más aún, el artículo 75 inc. 22 refuerza este concepto, destacando un especial grupo de normas internacionales - los instrumentos de derechos humanos y los concordatos con la Santa Sede - a los cuales se les atribuye, no solo jerarquía superior a las leyes, sino también rango constitucional, conforme lo ya explicado *supra*.

De éste modo, la pirámide jerárquica normativa argentina, queda conformada del siguiente modo: a) la Constitución Argentina y los Instrumentos de Derechos Humanos enumerados en el art. 75 inc. 22; b) los demás tratados y concordatos ratificados por el Estado Argentino; c) las leyes nacionales; y d) las leyes provinciales.

Dentro de éste contexto, el Estatuto de Roma, en atención a su naturaleza, no puede ser considerado como un tratado internacional sobre derechos humanos, sino como un tratado internacional punitivo<sup>34</sup>, y por tanto está subordinado, en cuanto a su funcionamiento, a la Constitución Nacional y a los demás tratados internacionales que consagran derechos humanos.

Asumiendo entonces que la Constitución Argentina reconoce la validez de la jurisdicción penal de la CPI, no obstante no ser un órgano creado por el Congreso de la Nación, el planteamiento de la relación entre ambas jurisdicciones es muy

---

<sup>34</sup> Cfme. Bascuñan Rodríguez y Correa “...Las normas que consagran derechos fundamentales establecen una relación normativa entre el titular de esos derechos (las personas) y el destinatario de los deberes correlativos (preferentemente, los agentes del Estado), tal que a éstos les está prohibido constreñir a aquél a omitir o realizar ciertas acciones, o les está prohibido afectar el goce por aquél de determinados estados de cosas o condiciones, o por último, les está mandado realizar acciones orientadas a la satisfacción de ciertos intereses de aquél [...] Las normas punitivas son de una naturaleza muy distinta. Son normas que amenazan con irrogar un mal para satisfacer alguna finalidad de protección, o bien para reforzar la vigencia de una norma de comportamiento. La norma punitiva, por tanto, usa como medio la afectación de alguno de los derechos reconocidos a la persona como intereses fundamentales (básicamente, la libertad y la intimidad)...” (BASCUÑAN RODRIGUEZ, Antonio, CORREA G., Rodrigo P., “El Estatuto de Roma ante el Tribunal Constitucional Chileno”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 1, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Chile, 2002, p. 130)

importante, porque deja abierto el siguiente interrogante: cómo se resuelve el conflicto normativo entre la Constitución Nacional y el Estatuto de Roma con relación al alcance del principio de legalidad en el caso de los crímenes de derecho internacional?

## **5. Principio de Legalidad: relación entre el ECPI y la Constitución Nacional**

El principio de legalidad penal (locución latina "*nullum crimen, nulla poena, sine lege*") significa que no hay delito, proceso ni castigo sin ley previa al hecho. Nadie puede ser perseguido penalmente por una conducta que no está descrita por ley como un crimen, con anterioridad al acaecimiento del suceso.

En el derecho interno argentino, dicho principio está consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, que dice que "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...". En este sentido Barone ha expresado que "el rasgo que mejor tipifica al Estado de derecho, que es el Estado Constitucional, es la sujeción de sus actos a la ley, asegurándose de tal suerte la supremacía absoluta o predominio de la ley como opuesto a la actividad discrecional del poder..."<sup>35</sup>

Como pilar del estado de derecho, el principio de legalidad se manifiesta en diversas garantías individuales, una de las cuales es la *irretroactividad de la ley penal*. Esta consecuencia está íntimamente vinculada con el principio de reserva, que establece que "...ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe..." (art. 19 CN). En otras palabras, el principio de reserva, en el ámbito penal, implica que son lícitas todas las conductas que no se encuentran expresamente tipificadas mediante una ley penal, por lo que solo pueden ser perseguidas, juzgadas y sancionadas las conductas que violen lo establecido por una norma vigente. Dentro de esta lógica, cobra sentido el principio de irretroactividad, el cuál tiene por objeto garantizar que ningún individuo sea perseguido por un hecho que, al momento de ser realizado, no se encontraba tipificado por figura penal alguna.

Ahora bien, qué sucede en el ámbito internacional? Por un lado, ha habido autores que se han pronunciado afirmando que "el principio de legalidad no rige en el derecho internacional"<sup>36</sup>, ya que "se trata de una máxima de derecho nacional, hecha para Estados que han terminado de enumerar su arsenal de penas, y minuciosamente previsto, en códigos escritos, el catálogo exhaustivo de los delitos y penas, pero no es aplicable en un plano no fijado y en plena formación como el internacional"<sup>37</sup>.

En el mismo sentido de negar la existencia de tal principio en el derecho internacional, pero esgrimiendo diferentes argumentos, Drnas de Clement ha dicho que "la condición de violación de normas de *ius cogens* que revisten los crímenes de competencia de la Corte, también hace que resulte improcedente la aplicación del principio *nullum crimen nulla pena sine lege*, tal como ha sido

<sup>35</sup> BARONE, Lorenzo Daniel, Capítulo XII: "Limitaciones a los Derechos y Garantías Constitucionales", en *Manual de Derecho Constitucional* - Tomo II, Becerra Ferrer y otros, Ed. Advocatus, 1995, p.28.

<sup>36</sup> ZIFFER, Patricia S., "El Principio de Legalidad y la Imprescriptibilidad de los Delitos de Lesa Humanidad", en *Estudios sobre Justicia Penal - Homenaje al Prof. Julio B.J. Maier*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 751.

<sup>37</sup> FERME, Eduardo, "Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad. Su Imprescriptibilidad", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 1, Enero-Marzo 1971, Buenos Aires, p. 30-44.

enunciado en los Arts. 22 a 24 del ECPI, en tanto ningún sujeto podrá argüir que desconocía que el genocidio o las conductas configurativas de los crímenes de lesa humanidad o crimen de guerra constituían violaciones graves a normas no negociables del derecho internacional”<sup>38</sup>.

Sin embargo, otros doctrinarios han entendido que el derecho internacional, en atención a su vocación universal, no puede ser “de calidades inferiores y de un mayor primitivismo” que el legislado en los Estados que han de subordinarse a él<sup>39</sup>. Así, en la actualidad hay consenso en afirmar que el principio de legalidad también tiene vigencia en el ámbito de los crímenes de derecho internacional, pero con particularidades propias<sup>40</sup>.

En tal sentido, el inciso primero del artículo 22 del Estatuto de Roma establece que “Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte”, lo cuál, más allá de toda discusión axiológica, deja cerrado definitivamente el debate sobre la inexistencia o no, de dicho principio en el orden internacional.

Teniendo en cuenta, entonces, que el principio de legalidad rige en ambos ordenes normativos, que los delitos de competencia de la CPI no siempre tienen un fiel reflejo en el ámbito interno, y que la competencia de la Corte no puede avasallar las jurisdicciones nacionales<sup>41</sup>, la pregunta que se desprende es, cómo opera dicho principio frente a un delito de competencia de la CPI regulado de modo diferente en el orden nacional y en el internacional?

El art. 13 de la Ley Nacional 26.200 – de incorporación del ECPI – establece, con relación al principio de legalidad, que “Ninguno de los delitos previstos en el Estatuto de Roma ni en la presente ley puede ser aplicado en violación al principio de legalidad consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional. En tal caso, el juzgamiento de esos hechos debe efectuarse de acuerdo con las normas previstas en nuestro derecho vigente”. Que significado tiene ésta disposición?

En primer lugar, es necesario destacar que dentro del marco del ECPI “la calificación de ilícito se rige por el derecho internacional siendo irrelevante la condición del acto en el derecho interno”<sup>42</sup>, lo cuál significa que la falta de tipificación a nivel nacional, no elimina la ilicitud de la conducta.

Esto es congruente con la interpretación que la doctrina ha hecho de la última parte del art. 17 del ECPI, donde se menciona que un caso puede ser admisible ante la CPI cuando el Estado “...no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio”. En relación a ésta hipótesis, hay autores que entienden que “otras razones” abarca el supuesto en que el Estado respectivo no tenga incorporados los crímenes previstos por el Estatuto en su legislación nacional, y que por lo tanto no pueda ejercer su jurisdicción. En una situación así, la Corte

<sup>38</sup> DRNAS DE CLEMENT, Zlata, “Principio de Complementariedad...”, ob.cit., p. 69

<sup>39</sup> Tal como lo ha dicho JIMENEZ DE ASUA, citado por ZIFFER, Patricia S., *El Principio de Legalidad y la Imprescriptibilidad de los Delitos de Lesa Humanidad*, p. 752

<sup>40</sup> Cfme. ABREGU, Martín, DULITZKY, Ariel, “Las Leyes “ex post facto” y la Imprescriptibilidad de los Crímenes Internacionales como normas de Derecho Internacional a ser aplicadas en el derecho interno”, en *Lecciones y Ensayos*, N° 60/61, año 1994, Buenos Aires.

<sup>41</sup> Ver GOMEZ ROBLEDO, Alonso, “Notas sobre el principio de complementariedad y el crimen de agresión en el marco de la Corte Penal Internacional”, en *Proyectos Legislativos y otros temas penales*, García Ramirez y Vargas Casillas (Coord.), UNAM, 2003, p. 301-314

<sup>42</sup> DRNAS DE CLEMENT, Zlata, “Principio de Complementariedad ...”, ob.cit., p.73

podría sin lugar a dudas, declararse competente para conocer del caso”<sup>43</sup>. Esto se debe a que nadie, a partir de la entrada en vigor del Estatuto de Roma, puede desconocer el carácter ilícito de tales conductas y ampararse en la falta de tipificación a nivel interno.

El fundamento de ésta interpretación radica en que la CPI fue creada para intervenir, complementando las jurisdicciones nacionales cuando éstas no puedan o no quieran actuar, a fin de evitar que los más graves crímenes de trascendencia internacional queden impunes<sup>44</sup>.

Entonces, la derivación lógica es que en el supuesto de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, el principio de legalidad mantiene su vigencia pero ve modificados sus efectos temporales y opera en función de lo establecido por el Estatuto de Roma, ya que entender lo contrario iría en contra de la jerarquía normativa establecida por la Constitución Nacional y explicada con anterioridad.

En esta línea de pensamiento, la doctrina ha dicho que “...los crímenes de lesa humanidad conforman una figura jurídica de la legalidad supranacional de derechos humanos con vigencia plena en la Argentina, en los términos de la Convención de Viena y con preeminencia sobre el derecho interno argentino...” y, por tanto, “...el artículo 18 de la Constitución Nacional, frente a crímenes de lesa humanidad, no resulta aplicable en los términos estrictos en que lo es en el ámbito interno argentino...”<sup>45</sup>

## **6. (Ir)retroactividad de la ley 26.364?**

A partir del desarrollo precedente, cabe formular la siguiente pregunta ¿Que consecuencias se derivan de la relación entre ambos ordenes normativos sobre la criminalización de la trata de personas en Argentina? En otras palabras ¿Cómo afecta, la relación entre el artículo 18 de la CN y el artículo 22 del ECPI, la aplicación temporal de la ley 26.364?

Una de las consecuencias derivadas de la máxima *nullum crimen nulla pena sine lege* es la prohibición de retroactividad de las normas penales. En este sentido, no obstante existir un debate doctrinario en torno al fundamento del principio de irretroactividad<sup>46</sup>, lo cierto es que la exigencia de *lex praevia*, intrínseca al principio de legalidad, es la condición que asegura que las normas, especialmente las penales, salvo excepciones, miren siempre hacia adelante y sean, en principio, irretroactivas. Esto se debe a que sólo la norma previa, escrita y estricta satisface el principio de clausura y vela por la seguridad jurídica.

Así, en atención al principio de legalidad y a la prohibición de irretroactividad que de él se deriva, conforme ha sido establecido en el art. 18 CN, la Ley Nacional N°

---

<sup>43</sup> VALDES RIVEROLL, Mariana, “Principio de Complementariedad de la Corte Penal Internacional”, en *Proyectos Legislativos y otros temas penales*, García Ramirez y Vargas Casillas (Coord.), UNAM, 2003, p. 297

<sup>44</sup> Ibidem

<sup>45</sup> VEGA, Juan Carlos, *Los Crímenes de Lesa Humanidad en el Derecho Argentino*, en El Caso Bussi – El Voto Popular y las Violaciones a los Derechos Humanos, 1a. ed. Buenos Aires: Imprenta del Congreso de la Nación, 2002, p. 28

<sup>46</sup> Con relación a las diferentes propuestas doctrinales sobre el fundamento del principio de irretroactividad, ver OLIVER CALDERON, Guillermo, “El Fundamento del Principio de Irretroactividad de la Ley Penal”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. XXI, Chile, 2000, p. 95-108.

26.364 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas, solo puede ser aplicada para perseguir y punir las conductas cometidas a partir de su entrada en vigor<sup>47</sup>, no alcanzando a los hechos previos, aún cuando satisfagan el tipo.

Sin embargo, como lo ha referido Oliver Calderón "...en todo ordenamiento, incluso el penal, se admiten excepciones al principio de irretroactividad..."<sup>48</sup>, ya que el mismo no es absoluto<sup>49</sup>. En este sentido, la doctrina ha interpretado que solo deben ser irretroactivas aquellas leyes que consagran nuevos delitos<sup>50</sup>.

La excepción más típica es la de la ley más benigna, en cuyo caso el sistema jurídico entiende que la norma puede alcanzar conductas anteriores que estaban tipificadas con más severidad. En igual sentido, el artículo 24 del ECPI, que establece el principio de irretroactividad *ratione personae*<sup>51</sup>, también configura una excepción con relación al mismo principio consagrado a nivel interno, ya que toma como umbral temporal para los efectos de la norma, la tipificación de los delitos de derecho internacional hecha por la Corte Penal Internacional, con independencia de la regulación en el orden nacional.

Por tanto, debido a que el Estatuto de Roma es derecho vigente en nuestro país y jerárquicamente superior a las normas nacionales, las conductas configurativas del delito de trata, encuadrado legalmente en el artículo 7 del ECPI, constituyen, para el derecho argentino, crímenes de derecho internacional, violaciones de normas de ius cogens, desde el momento mismo de la incorporación del Tratado al ordenamiento normativo nacional, aún cuando el delito no se encontraba regulado en el Código Penal.

Asimismo, el proceso de incorporación del ECPI al derecho argentino se dio de manera concomitante con la aprobación a nivel internacional del Protocolo para Prevenir, Suprimir y Castigar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños, del año 2000, el cuál sentó, por primera vez, bases comunes para definir la trata de personas y armonizar los distintos sistemas normativos a nivel mundial. Más aún, la República Argentina fue, junto con Estados Unidos, uno de los países que impulsó la aprobación del Protocolo de Palermo, presentando el primer borrador dentro del marco del Proceso de Viena.

Es decir, que para el año 2001, Argentina no solo era Estado Parte del ECPI, reconociendo la existencia de crímenes de derecho internacional como categoría diferente de los delitos de derecho interno, sino que, además, había participado en el proceso de aprobación del Protocolo de Palermo, lo cuál le aportaba un conocimiento acabado sobre la configuración normativa de la trata de personas y su subsunción en la definición del delito de lesa humanidad tipificado en el art. 7 ECPI.

En tal sentido, la sanción de la Ley 26.364 lo único que hizo fue actualizar el derecho positivo nacional en función de una norma de derecho internacional ya vigente para el Estado Argentino (Estatuto de Roma). Por tanto, debido a que ya en el año 2001 nuestro país había ratificado el ECPI, y teniendo en cuenta que los

<sup>47</sup> La norma fue promulgada el 29/04/08 y publicada en el B.O. el 30/04/08

<sup>48</sup> OLIVER CALDERON, Guillermo, Op. cit., 2000, p. 95

<sup>49</sup> SABORIT, Felip, *Error Juris. El Conocimiento de la Antijuridicidad y el Art. 14 del Código Penal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2000, p. 108 y siguientes.

<sup>50</sup> Ver DRNAS DE CLEMENT, Zlata, "Principio de Complementariedad ...", ob.cit., p.70

<sup>51</sup> Artículo 24 ECPI: "1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor...", lo cuál complementa la disposición del artículo 11 del mismo cuerpo legal, que versa sobre la competencia temporal de la Corte.

delitos por él tipificados son, en realidad, normas de ius cogens, puede afirmarse que es a partir de ese momento cuando la trata de personas constituye un delito en nuestra legislación nacional.

En consecuencia, conforme a lo ya manifestado por la doctrina en el sentido de que solo deben ser irretroactivas aquellas leyes que consagran nuevos delitos, la Ley 26.364 no crea un nuevo delito sino que se limita a adaptar la legislación interna al compromiso asumido a nivel internacional a través del ECPI y del Protocolo de Palermo, dando un contenido específico a un delito ya existente en el ordenamiento penal argentino.

Por los motivos expresados, este trabajo sostiene la validez de la aplicación retroactiva de la ley 26.364 para juzgar delitos de trata de personas cometidos a partir del año 2001, en atención a la naturaleza de tales hechos, que constituyen en verdad crímenes de lesa humanidad, conforme lo establecido por el ECPI y en atención al alcance conferido por el art. 75 inciso 22 de la CN y la ley 26.200.

## **7. Conclusiones**

Sobre la base del desarrollo precedente puede concluirse que los elementos típicos de la trata se corresponden con la definición de crímenes de lesa humanidad contenida en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, el cuál es derecho vigente en Argentina y jerárquicamente superior a las leyes nacionales, por lo cuál la sanción de ley 26.364 debe entenderse como parte del proceso de implementación de dicho tratado internacional, y no como la creación de una nueva figura penal.

En atención a estas circunstancias, el alcance del art. 18 de la CN debe ser interpretado, en cuanto a su aspecto temporal, en función del art. 22 del ECPI. Esto significa que, si bien se mantiene vigente el pleno respeto al principio de legalidad (conforme lo requiere el artículo 13 de la ley nacional 26.200), éste toma como umbral la fecha de incorporación del ECPI a nuestro derecho nacional.

Por lo tanto, sería procedente la aplicación retroactiva, por parte de los Tribunales federales, de la ley 26.364, para juzgar hechos de trata de personas cometidos a partir del año 2001.

Este entendimiento obliga, asimismo, a reflexionar sobre la incoherencia sistemática del ordenamiento penal nacional, en tanto la referida norma interna establece penas por demás bajas (prisión de hasta 15 años, para el supuesto mas grave de los contemplados en los artículos 145 bis y 145 ter del Código Penal), si se tiene en cuenta que tipifica, en verdad, un delito de lesa humanidad para el cuál el Estatuto de Roma prevé penas máximas de reclusión hasta 30 años o reclusión perpetua cuando lo justifiquen las circunstancias, y la ley 26.200 prevé prisión de 3 a 25 años.

La conclusión a la que puede arribarse, entonces, es la necesidad de una urgente reforma legal que aborde la trata de personas como un delito de lesa humanidad, ya que la falta de conciencia sobre su verdadera naturaleza, se traduce en un sinnúmero de inconsistencias normativas que ponen en riesgo la realización de la justicia.

## **8. Bibliografía**

ABREGU, Martín, DULITZKY, Ariel, "Las Leyes "ex post facto" y la Imprescriptibilidad de los Crímenes Internacionales como normas de Derecho Internacional a ser aplicadas en el derecho interno", *Lecciones y Ensayos*, N° 60/61, año 1994, Buenos Aires.

ASSORATI, Mercedes I., "Obligación del Estado Argentino de reparar a las víctimas de la trata de personas", ponencia presentada en el primer congreso latinoamericano de trata y tráfico de personas, [www.elotro.org.ar/desa/EsclavitudCero/InfoArgentina07.doc](http://www.elotro.org.ar/desa/EsclavitudCero/InfoArgentina07.doc)

BARONE, Lorenzo Daniel, Capítulo XII: "Limitaciones a los Derechos y Garantías Constitucionales", *Manual de Derecho Constitucional - Tomo II*, Becerra Ferrer y otros, Ed. Advocatus, 1995

BASCUÑAN RODRIGUEZ, Antonio, CORREA G., Rodrigo P., "El Estatuto de Roma ante el Tribunal Constitucional Chileno", *Revista de Estudios de la Justicia N° 1*, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Chile, 2002, p.129-160

BONETTO, Luis Maria, "Corte Penal Internacional", *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales*, Carlos Julio Lascano (Director), Ed. Lerner, 2001, p. 683-720

BRUCH, Elizabeth M., "Models Wanted: The Search for an Effective Response to Human Trafficking", *Stanford Journal of International Law*, 40:1, 2004, p.1-45

CARNEVALI, Raúl, "El principio de subsidiariedad y su papel en la determinación de las competencias sancionatorias de la Unión Europea. Relación con el principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional", *Revista Ius et Praxis*, Año 15, N° 1, p. 397-415

DEL FRADE, Carlos, "Prostitución, Explotación de Menores y Corrupción Policial en Rosario - Las Chicas de los Dones", [http://www.postalesdelsur.net/ver\\_archi.php?que\\_nota=notas89](http://www.postalesdelsur.net/ver_archi.php?que_nota=notas89)

DRNAS DE CLEMENT, Zlata, "Principio de Complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional - Incoherencias Sistémicas", *Anuario de Derecho Internacional*, Volumen XI, Año 2001, p. 51-89

*Estudio Exploratorio sobre Trata de Personas con Fines de Explotación Sexual en Argentina, Chile y Uruguay*, IOM, 2006

FERME, Eduardo, "Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad. Su Imprescriptibilidad", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 1, Enero-Marzo 1971, Buenos Aires, p. 30-44.

GALLAGHER, Anne, "Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis", *Human Rights Quarterly* 23, 2001, p. 975-1004

GARCIA SANCHEZ, María Beatriz, "Los crímenes contra la humanidad: regulación española ante la adopción del Estatuto de Roma de 1998", <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/12/garcia12.pdf>

GELLI, Maria Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, La Ley (2° Ed.), Buenos Aires, 2003

GIL LOZANO, Fernanda, "Anexo Documental 6: Historia de la Trata en Argentina", *Trata, Trato y Corrupción en Argentina*, , 2009, p.11-27



GODZDIAK, Elzbieta, COLLETT, Elizabeth, "Research on Human Trafficking in North America: A Review of the Literature", *Data and Research on Human Trafficking: A Global Survey*, Laczko & Godzdiak [Eds.], 2005

GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. "Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho Penal Español", *Cuadernos de Derecho Judicial, Derecho Penal Internacional*, Madrid: Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, 2001.

GOMEZ ROBLEDO, Alonso, "Notas sobre el principio de complementariedad y el crimen de agresión en el marco de la Corte Penal Internacional", *Proyectos Legislativos y otros temas penales*, García Ramirez y Vargas Casillas (Coord.), UNAM, 2003, p. 301-314

LIÑAN LAFUENTE, Alfredo, "La tipificación del crimen de persecución en el Estatuto de Roma y su primera aplicación jurisprudencial en el tribunal híbrido internacional de Timor Oriental", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 10-12 (2008), <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-12.pdf>

MESSI, Virginia, BARBANO, Rolando, "Tráfico de Mujeres - Un Negocio de Mafias Familiares", *Diario Clarín* 07/03/2005.

OLIVER CALDERON, Guillermo, "El Fundamento del Principio de Irretroactividad de la Ley Penal", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* XXI, Chile, 2000, p. 95-108.

OYARZABAL, Mario J.A., "Trata de Personas: Un Tema Emergente en la Relación Bilateral con Los Estados Unidos", *XIV Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 2005, p. 95-152

PHILIPPE, Xavier, "Los principios de jurisdicción universal y complementariedad: su interconexión", *Internacional Review of the Red Cross*, Junio de 2006, N.º 862, p. 1-27

RODRIGUEZ, Maria Cristina, "Crímenes de Lesa Humanidad", *Cuadernos de Derecho Internacional N° 2*, Academia Nacional de Derecho, Instituto de Derecho Internacional y de la Integración, 2006, p.143-192

SABORIT, Felip, *Error Juris. El Conocimiento de la Antijuridicidad y el Art. 14 del Código Penal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2000

STAFF WILSON, Mariblanca, "Recorrido Histórico Sobre la Trata de Personas", 2009, <http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/PDF/CentrodeReferencia/Temasdeanalis2/violenciasyderechoshumanos/staff.pdf>

VALDES RIVEROLL, Mariana, "Principio de Complementariedad de la Corte Penal Internacional", *Proyectos Legislativos y otros temas penales*, García Ramirez y Vargas Casillas (Coord.), UNAM, 2003, p. 293-299

VEGA, Juan Carlos, "Los Crímenes de Lesa Humanidad en el Derecho Argentino", *El Caso Bussi - El Voto Popular y las Violaciones a los Derechos Humanos*, 1a. ed. Buenos Aires: Imprenta del Congreso de la Nación, 2002, p. 25-28

ZIFFER, Patricia S., "El Principio de Legalidad y la Imprescriptibilidad de los Delitos de Lesa Humanidad", *Estudios sobre Justicia Penal - Homenaje al Prof. Julio B.J. Maier*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 745-762

