

Universidad de San Andrés Departamento de Derecho Trabajo de Graduación

La argentina abolicionista:

La concepción del consentimiento de la victimaria en el delito de trata con fines de explotación sexual en la ley 26.842

Autora: Stephanie Lustig

Legajo: 25241

Mentora: Gloria Orrego Hoyos

San Fernando, 31 de julio 2019

ABSTRACT

La sanción de la ley 26.842 en la argentina significó un cambio de paradigma en la regulación del delito de trata de personas con fines de explotación sexual: un giro hacia la ideología abolicionista.

Para el derecho argentino, esta nueva regulación significó un cambio en el abordaje la autodeterminación de la víctima como conceptos legales - ya que el consentimiento de la víctima se convirtió en un elemento irrelevante a la hora de evaluar la culpabilidad de los imputados.

Sin embargo, se identifica una situación particular en la estructura criminal de las redes de trata que buscamos analizar: la cantidad de mujeres condenadas por éste crimen es del 40 por ciento - "muy superior al promedio". La cuestión aquí yace en que muchas veces las imputadas como victimarias se encuentran en situaciones de vulnerabilidad y/o han sido víctimas de trata anteriormente. Consecuentemente, esto lleva a la necesidad de analizar si el consentimiento de la victimaria ha sido vulnerado.

Universidad de

Teniendo en consideración esta relación particular entre víctimas y victimarias - al igual que la postura abolicionista argentina en cuanto al consentimiento de la víctima - buscamos examinar cuál es la respuesta del derecho argentino ante esta problemática.

Necesariamente abordaremos esta temática por medio de un estudio con perspectiva de género. Al realizar nuestro relevamiento de doctrina y jurisprudencia argentina, buscaremos hacerlo dentro de un marco que comprenda la realidad del país y la realidad global en cuanto a la violencia y discriminación sistemática a la cual se enfrentan las mujeres, y, particularmente, las víctimas de trata. Este trabajo analizará cuál es la respuesta de nuestra justicia respecto al delito de trata con fines

¹ "Sobre víctimas victimarias", por Marcelo Colombo y Alejandra Mángano, publicado en el libro elaborado por la Defensoría General de la Nación: "El delito de trata de personas-herramientas para los defensores públicos", páginas 11-21, 2013.

de explotación sexual - teniendo en cuenta la postura abolicionista argentina - y, en particular, cuál es la respuesta de nuestro derecho a la particular dinámica entre víctimas y victimarias y su consentimiento.



<u>ÍNDICE</u>

INTRODUCCIÓN		5
1	LA ESCLAVITUD	6
	1.1 La Esclavitud en el Marco Internacional	
	1.1.1 La esclavitud del siglo XX	6
	1.1.2 La Esclavitud Moderna	
	1.1.3 El Trabajo Forzoso en el Marco Internacional	
	1.1.4 La Trata de Personas en el Marco Internacional	
	1.1.4.1 Las mujeres y niñas: víctimas principales de la trata con fines de explotación sexual	
	1.1.4.2 El abolicionismo contemporáneo	14
2	EL SISTEMA ARGENTINO	16
	2.1 LEY 26.842: LA SUPRESIÓN DEL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA COMO CAUSAL DE EXIMICIÓN DE LA	
	CONDUCTA DELICTIVA	
	2.2 Una evolución legislativa: del Regulacionismo al Abolicionismo	
	2.2.1 La visibilización de lo invisible: los casos de Raquel Liberman y Marita Verón	
	2.2.1.1 Raquel Liberman	
	2.2.1.2 Marita Verón	
	2.3 Un análisis de la versión taquigráfica de la ley 26.842: la visión abolicionista de Senadores diputados	
3		
•		
	3.1.1 Definición de la vulnerabilidad dentro del marco legal internacional y doméstico	
	3.2 EL ROL DE LA VICTIMARIA EN LA RED DE TRATA	
	3.2.1 La estructura de la red de trata y "el consentimiento válido"	
	3.2.2 El uso del Artículo 5º como causal de eximición	
	3.3 UN ESTUDIO DE LA TRANSICIÓN DE ROLES: VÍCTIMA A VICTIMARIA	
	3.3.1 El caso de Celia Aurora Fernández Castillo	
	3.3.2 El Caso Martínez Hassan	38
	3.3.3 El Caso de "C"	41
	3.4 LAS "MALAS CHICAS"	41
4	EL DERECHO PENAL ANDROCENTRISTA	43
	4.1 LA RUPTURA DE ROLES PATRIARCALES: DELINCUENCIA FEMENINA Y CONDUCTAS ATÍPICAS	45
	4.2 EL DERECHO PENAL DE ACCIÓN	
C	ONCLUSIÓN	50
R	IRI IOGRAFÍA	51

INTRODUCCIÓN

La violencia de género es un fenómeno que forma parte de un sistema patriarcal de dominación contrario a la justicia y al derecho. Este sistema gira en torno a la discriminación de la mujer y genera una sociedad de desigualdad que se ha consolidado a través del tiempo en todas nuestras estructuras: psíquicas, sociales, económicas, políticas y jurídicas.²

Dentro de éste contexto de discriminación y violencia nos encontramos con el delito de trata de personas con fines de explotación sexual - considerado como uno de los ejemplos más notorios de deshumanización de la mujer, al violar los derechos más básicos de libertad y dignidad. Este delito capitaliza en un mercado de bienes y servicios de cuerpos de mujeres y niñas, en gran parte posibilitado y fomentado por el estado de vulnerabilidad en la cual se encuentran, a causa de nuestra sociedad de desigualdad.

En la argentina, el sistema legislativo ha buscado la sanción de normas para combatir la violencia y la discriminación contra la mujer, en adhesión con la postura internacional.³ Asimismo, nuestra normativa actualmente celebra una postura abolicionista, buscando la protección de las víctimas de trata.

² Sbdar, C. *Repensando la violencia de género desde una perspectiva sociológica*. Centro de Información Judicial (CIJ), 2016. https://www.cij.gov.ar/nota-24489-Repensando-la-violencia-de-g-nero-desde-una-perspectiva-sociol-gica.html

³ "En la actualidad, las políticas públicas referidas a la violencia de género toman como punto de referencia la Ley 26.485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, sancionada en marzo de 2009 y los tratados internacionales a los que ha adherido el Estado Argentino. También la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto de San José de Costa Rica —aprobado por ley nacional N° 23.054 de 1984) y la CEDAW,que han adquirido jerarquía constitucional a partir de la Reforma de 1994 (art 75,inc. 22)." Sbdar, C. Repensando la violencia de género desde una perspectiva sociológica. Centro de Información Judicial (CIJ), 2016. https://www.cij.gov.ar/nota-24489-Repensando-la-violencia-de-g-nero-desde-una-perspectiva-sociol-gica.html

A pesar de esto, nos debemos preguntar, ¿qué tipo de respuesta pueden obtener las mujeres en las redes de trata si, como argumenta Julieta Di Corletto, el derecho, "(...) consolida y reproduce concepciones sociales de naturaleza patriarcal" y, consecuentemente, "(...) la falsa neutralidad de la ley sirve para enmascarar desigualdades de género y reproducir prácticas sexistas que sustentan la violencia (...)"?⁴

1 LA ESCLAVITUD

1.1 La Esclavitud en el Marco Internacional

1.1.1 La esclavitud del siglo XX

En términos generales, cuando se habla de la esclavitud se piensa en un fenómeno del pasado y no en una realidad del presente. Así lo afirma Berdud, quien sugiere que éste pensamiento se debe a que la explotación de seres humanos se asocia comúnmente con su forma "más característica": el tráfico oceánico de africanos durante el siglo XV en adelante.⁵

El primer concepto de esclavitud en un acuerdo internacional figura en la Convención sobre la Esclavitud de 1926. Según Berdud, ésta se considera la definición clásica dentro del Derecho Internacional: "el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos." Se podría decir que al considerar la esclavitud como un hecho del pasado se está pensando únicamente en sus comienzos - su definición 'clásica' - y no necesariamente en cómo hemos visto a este fenómeno mutar para formar parte del escenario criminal del siglo XXI.

⁴ Julieta Di Corleto, "La Construcción legal de la violencia contra las mujeres," en Di Corletto, J. (Comp.), *Justicia Género y Violencia*, Buenos Aires: Librarias, 2010, p. 9.

⁵ Berdud, C. E. (2014). La definición de esclavitud en el Derecho Internacional a comienzos del siglo XXI. *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, (28), 4-36., (p.1).

⁶ Convención sobre la Esclavitud (1926), Art. 1°, párrafo 1°.

Dicha iteración 'clásica' de servidumbre prácticamente desapareció en el transcurso del siglo XX debido al movimiento abolicionista que comenzó con el objeto de terminar con la trata de esclavos en el Atlántico y liberar a individuos de las colonias de países europeos y en los Estados Unidos; en gran parte impulsado por el derecho internacional y la sanción de varios Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

La Convención sobre la Esclavitud de 1926 funcionó para establecer el consenso de la comunidad internacional contra la servidumbre, promovido por la Sociedad de las Naciones. A partir de aquí, se puede ver como la esclavitud y las prácticas relacionadas a ella comienzan a considerarse incompatibles con las normas *jus cogens* del derecho internacional.⁷

Señalado por la Comisión de Derecho Internacional, en referencia al Artículo 53 de la Convención de Viena⁸: todo Estado está obligado a cooperar en la represión de "(...) c) un tratado destinado a realizar o tolerar actos tales como la trata de esclavos, la piratería o el genocidio." Adicionalmente, el jurista y activista Mahmoud Cherif Bassioni - en sus estudios respecto a la esclavización como crimen internacional - afirma que: "It is well-established that prohibitions against slavery and slave-related practices have achieved the level of customary international law and have attained *jus cogens* status." ¹⁰ ¹¹

En su Preámbulo la Declaración Universal de Derechos Humanos (UDHR, por sus siglas en inglés), adoptada y proclamada por la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, afirma:

⁷ Napolitano, S. S. G. (Ed.). (2015). *Lecciones de derecho internacional público*. Erreius.

[&]quot;La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) es el primer instrumento internacional que define las normas imperativas, y lo hace en el contexto de la mención de una de las causales de nulidad de los tratados. En efecto el artículo 53 de dicha Convención(...)."

⁸ Articulo 53. TRATADOS QUE ESTÉN EN OPOSICIÓN CON UNA NORMA IMPERATIVA DE DERECHO INTERNACIONAL GENERAL ("JUS COGENS"): Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, este en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. Convencion de Viena sobre los Tratados.

⁹ Vid., Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1963, vol. II, p. 232.

¹⁰ Vid., BASSIOUNI, Ch., "Enslavement as an International Crime"..., op. cit., p. 448.

¹¹ Berdud, C. E. (2014). La definición de esclavitud en el Derecho Internacional a comienzos del siglo XXI. Revista electrónica de estudios internacionales (REEI), (28), 4-36.

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias;

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión;

Considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones;

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad;

Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y

Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso;

LA ASAMBLEA GENERAL proclama la presente DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

Este documento se consideró un hito histórico, al ser el primer acuerdo en donde se dispone que los derechos humanos fundamentales se deben proteger en todo el mundo. En referencia particular a la esclavitud la UDHR dispone claramente: "Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas."¹²

A partir de este marco legal internacional, podemos afirmar que la comunidad del derecho internacional y los derechos humanos se encuentran, teóricamente, firmemente opuestos a la esclavitud y la servidumbre en todas sus formas. La constitución de la UDHR en particular significó un gran progreso al disponer la prohibición de la esclavitud, particularmente visto en los cambios de economías enteras - en el transcurso de 150 años - que se basaban enteramente en el comercio esclavista.¹³

A pesar de la evolución positiva de nuestros Derechos Humanos, el movimiento para abolir la esclavitud no ha resultado completamente efectivo. De acuerdo a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OHCHR, por sus siglas en inglés), se estima que entre 1815 y 1957 hubo alrededor de 300 acuerdos internacionales respecto a la abolición de la esclavitud. Tal como afirma

¹² de Derechos Humanos, D. U. (1948). Declaración Universal de los Derechos humanos. *Declaración Universal de los derechos Humanos*. *Artículo 4º*.

^{13&}quot;Artículo 4: Ser libre de la esclavitud." 2018. https://news.un.org/es/story/2018/11/1445611

el informe de la OHCHR - a pesar de los esfuerzos de la comunidad internacional ninguno de ellos ha sido totalmente efectivo. 14

1.1.2 La Esclavitud Moderna

De acuerdo a la la OHCHR, en el año 2016, hubo aproximadamente 40.3 millones de personas víctimas de la esclavitud moderna, un 70 por ciento de ellas mujeres y niñas. 15

En el marco legal del Derecho Internacional la esclavitud moderna es generalmente asemejada a conceptos tales como "el trabajo forzoso" o "la trata de personas". Consideramos que estas diferentes terminologías son equiparables en sus definiciones amplias.

La Argentina se considera un país de origen, tránsito y destino de víctimas de trata de personas con fines de explotación sexual y trabajo forzoso. Muchas de estas víctimas son forzadas a ejercer la prostitución o sometidas a trabajos en talleres clandestinos, en emprendimientos agrícolas, etc. Según la Oficina de Rescate a Personas Damnificadas por el Delito de la Trata de Personas del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, de los 331 allanamientos producidos en el año 2011, hubo 179 detenidos y más de 1.300 víctimas que fueron rescatadas (al menos 150 de estas víctimas eran menores de 18 años). 16

1.1.3 El Trabajo Forzoso en el Marco Internacional

La definición del Trabajo Forzoso incluye¹⁷:

¹⁴ OHCHR, La Abolición de la Esclavitud y sus Formas contemporáneas (2002).

^{15 &}quot;Este es uno de una serie de artículos publicados por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OHCHR) para conmemorar el 70 aniversario de la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948. Todos los derechos consagrados en la UDHR están relacionados con entre sí, y todos son igualmente importantes." https://news.un.org/es/story/2018/11/1445611

 $^{^{16}}$ "Dossier: Violencia Contra las Personas." Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2015. http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/violencia_personas.pdf#page=130

 $^{^{17}}$ OIT, Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la ILO sobre la justicia social para una globalización equitativa, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, 2012, CIT.101/III/1B, párrafo 272.

las prácticas tradicionales del trabajo forzoso, por ejemplo, las secuelas de la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud y las diversas formas de servidumbre por deudas, así como las nuevas formas de trabajo forzoso que han hecho su aparición en décadas recientes, tales como la trata de personas. también llamadas "esclavitud-moderna" para echar luz sobre condiciones de vida y trabajo que son contrarias a la dignidad humana.

El trabajo forzoso puede ser impuesto ante cualquier tipo de persona por fuerzas estatales, entes privados o individuos. Este modelo de servidumbre moderna se encuentra en todos los distintos tipos de actividades económicas: "(...) trabajo doméstico, construcción, agricultura, manufactura, explotación sexual, mendicidad forzada, etc"; al igual que en todos los países.¹⁸

La Organización Mundial del Trabajo (ILO, por sus siglas en inglés) define el trabajo forzoso como "todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente." ¹⁹

Nuevamente, comprendido dentro de ésta definición de esclavitud moderna, vemos que se ven una cantidad desproporcionada de mujeres y niñas afectadas: ellas representan el 99 por ciento de víctimas en la industria sexual comercial y el 58 por ciento en otros sectores.²⁰

1.1.4 La Trata de Personas en el Marco Internacional

Como ya hemos detallado anteriormente, la esclavitud aún se encuentra presente en la modernidad; principalmente visto en el delito de trata de personas. En aspectos generales, la trata se ha denominado por centenares de fuentes como "la

¹⁸ "Qué es el trabajo forzoso, las formas modernas de esclavitud y la trata de seres humanos." Organización Mundial del Trabajo (OIT). https://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/definition/lang--es/index.htm

¹⁹ Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29) de la OIT. https://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/definition/lang--es/index.htm

²⁰Organización Internacional del Trabajo. *Trabajo forzoso, formas modernas de esclavitud y trata de seres humanos*, 2017. https://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/lang--es/index.htm

esclavitud del siglo XXI."²¹ La Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, por sus siglas en inglés) estipula que la trata de personas afecta prácticamente a todos los países como punto de origen, tránsito o destino. Globalmente, una de cada cinco víctimas son niños; especialmente en las regiones y subregiones más pobres. Por su parte, las mujeres equivalen a dos tercios de las víctimas de la trata de personas en el mundo. En efecto, la trata se comprende dentro del concepto de la esclavitud tal como es identificado por la comunidad internacional. Aunque nuestro trabajo comprende específicamente el delito de trata de personas con fines de explotación sexual, es importante ver el marco legal de la Trata de Personas en general tal como establecida por el Derecho Internacional.

La OHCHR define la trata en su Artículo 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (de ahora en más, "El Protocolo"):²²

a) Por "trata de personas" se entenderá 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

²¹ "Según las estimaciones globales de la Organización de Naciones Unidas, más de 2 millones de personas son víctimas de la trata humana cada año. Bolivia y Argentina han sido identificadas como países de origen, tránsito y destino de todas las formas de trata de personas. Las modalidades abarcan casos de secuestros de niñas, niños y adolescentes para transformarlos en verdaderos esclavos, privados de todos sus derechos, en objetos en poder de otros, que dirigen sus acciones y sus vidas, convirtiéndolos en simples mercancías con las cuales negocian y generan increíbles ganancias." Forma de esclavitud moderna: la trata de personas, UNICEF Bolivia.

[&]quot;La esclavitud en el siglo XXI: el flagelo de la Trata de personas" Centro Latinoamericano de Análisis Estratégico https://www.pressenza.com/es/2018/07/la-esclavitud-en-el-siglo-xxi-el-flagelo-de-la-trata-de-personas/

Ripoll, A. (2008). Colombia: semillero para la trata de personas. Revista de Relaciones internacionales, estrategia y seguridad, 3(1).

Bravo, A. B. (2013). La trata de personas, esclavitud del siglo XXI.

Olmedo, C. A. (2007). El tráfico ilegal de seres humanos para la explotación sexual y laboral: la esclavitud del siglo XXI. Nómadas, 15(1), 3.

²² "Para los fines del presente Protocolo: a) Por "trata de personas" se entenderá 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; b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado; c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo; d) Por "niño" se entenderá toda persona menor de 18 años."

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; b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado (...).

Por lo tanto, los tres elementos que se deben dar para la existencia de una situación de trata de personas adultas son la captación, las amenazas y la explotación. En el caso de personas menores de 18 años existe trata cuando el niño, niña u adolescente haya sido sometido a algún acto, como la captación o el transporte, con el fin de someterlo a explotación.

1.1.4.1 Las mujeres y niñas: víctimas principales de la trata con fines de explotación sexual

De acuerdo al Informe Mundial sobre los crímenes de trata de personas presentado por la oficina de la Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), alrededor de 23.000 víctimas de trata con fines de explotación sexual fueron detectadas y reportadas entre 2012 y 2014. Un 96 por ciento de las víctimas identificadas fueron mujeres o niñas.²³ De acuerdo a la ILO el porcentaje de mujeres llega hasta el 99 por ciento.

Como se evidencia, las principales víctimas de este tipo de explotación son mujeres y niñas. Desde una perspectiva de género, debemos necesariamente reconocer que éste delito es, en efecto, violencia sistemática contra mujeres y niñas que capitaliza sobre la violación de sus cuerpos, sobre su libertad y autonomía. Entre otros

²³ UNODC: Global Report on Trafficking in Persons (2016). https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf

factores, esto se debe al fenómeno de la feminización de la pobreza que posiciona a mujeres y niñas en situaciones de mayor vulnerabilidad.²⁴

Tanto globalmente como en la argentina, el concepto de la mujer como propiedad. como objeto, aún se ve presente, y, consecuentemente, la trata sexual de mujeres y niñas es en gran parte una consecuencia de la deshumanización de la mujer en la sociedad. Asimismo, el acto de violación se encuentra definida en la doctrina legal feminista como una expresión de poder por parte del varón. Consecuentemente, al considerar este concepto, podemos afirmar que éste iteración nueva de esclavitud moderna - la trata con fines de explotación sexual - es el reflejo de una sociedad desigual y discriminatoria que permite - en su expresión más extrema - la utilización de la mujer como objeto y ejerce su poder por medio de la privación de la libertad y la violación a la dignidad.

La Convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) reconoce la trata de personas como una forma de violencia de género contra mujeres y niñas. Dispone en su artículo 6º que los Estados tienen la obligación de tomar "todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer."25

1.1.4.2 El abolicionismo contemporáneo

Al estar la trata incluida en el concepto de esclavitud por la comunidad internacional, podemos ver, también, que se ve comprendida dentro del movimiento abolicionista.

²⁴Vázquez, Santiago M. La trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual: una urgencia en la agenda feminista https://www.eldiario.es/catalunya/opinions/trata-explotacion-sexual-mujeres-

 $^{^{25}}$ Artículo 6 - Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer.

Para abordar esta ideología debemos establecer su definición para los fines de nuestro análisis. Aquí hablamos del abolicionismo **anti-trata** establecido por el marco legal internacional y defendido por el movimiento feminista.

El abolicionismo, según el marco normativo internacional, se puede ver en el apartado b) del Protocolo en su artículo 3°, donde se estipula que no se tendrá en cuenta el consentimiento de la víctima mientras se recurra a los métodos que comprenden el delito. Esto se debe a que la trata comprende la explotación de derechos inherentes a la persona y consecuentemente no hay posibilidad de consentir a los actos violatorios de dichos derechos. Para el alcance de nuestro análisis aclaramos: el derecho internacional considera que el consentimiento no es un elemento válido de análisis en casos de trata con fines de explotación sexual, ya que no puede mediar consentimiento en la explotación.

La doctrina feminista afirma que los daños que sufren las mujeres y niñas que son explotadas por medio de redes de trata sostienen y perpetúan la estructura de inequidad característica del sistema patriarcal.²⁶

A su vez, el abolicionismo ha sido una cuestión de debate para el feminismo respecto a la prostitución y la trata, y, asimismo, un escenario para exponer problemáticas de violencia contra las mujeres en general, con la posibilidad de introducir nuevas demanda, incluyendo demandas al derecho penal, en cuanto a mayores protecciones y nuevas leyes.²⁷

En un principio, esta idea fue tomada por ramas del feminismo radical para militar por la abolición de tanto la trata de personas como también la prostitución, al considerar que ambos son explotación y consecuentemente no hay existencia de consentimiento en ninguna de las dos circunstancias. Esta rama de abolicionismo confluye la trata y la prostitución; o, más bien, como diría MacKinnon en su análisis de las observaciones de Sigma Huda: lo que es criticado como la confluencia de trata

-

²⁶ Léase: MacKinnon, C. A. (2011). Trafficking, prostitution, and inequality. HARV. cR-cLL REv., 46, 271.

²⁷ Léase: Varela, C. I. (2013). Del tráfico de las mujeres al tráfico de las políticas. Apuntes para una historia del movimiento anti-trata en la Argentina (1998-2008). PUBLICAR-En Antropología y Ciencias Sociales, (12).

y prostitución es en realidad la definición internacional, que demuestra que la prostitución es [muchas veces] la esclavización de uno mismo.²⁸

En la Argentina el movimiento abolicionista contemporáneo considera que ambas la trata y la prostitución son una violación a los derechos humanos de las mujeres. Esta visión argumenta que no hay distinción entre prostitución forzada y libre ya que siempre es una manifestación de violencia de género y dominación patriarcal y, consecuentemente, no hay manera de poder consentir - independientemente de la existencia de engaño o coerción (como sí se ve estipulado en la definición del delito de trata).²⁹ En oposición, se encuentra la postura regulacionista que considera que hay diferentes grados de autonomía relativa respecto al trabajo sexual.³⁰ Aquí se considera que el engaño, coerción y demás medios comisivos son necesarios para poder diferenciar entre la trata y la prostitución ejercida con autonomía.

No obstante, buscaremos distanciar nuestro trabajo del debate entre regulacionismo y abolicionismo. Específicamente, buscamos analizar la relación de la Argentina - a nivel legislativo y jurisprudencial - con el abolicionismo aplicado a la trata con fines de explotación sexual. Asimismo, veremos qué significa una postura abolicionista aplicada a la las víctimas y victimarias de trata dentro de un contexto estructural patriarcal.

2 EL SISTEMA ARGENTINO

16

²⁸ "This is why Sigma Huda, Special Rapporteur on Trafficking from 2004 to 2008 observed that, "prostitution as actually practised in the world usually does satisfy the elements of trafficking."oo You cannot traffic yourself, which separates it from prostitution. Sexual exploitation can also be slavery.' Right there, in the international definition, is what is sometimes criticized as a "conflation" of slavery with trafficking. You cannot enslave yourself either." MacKinnon, C. A. (2011). Trafficking, prostitution, and inequality. HARv. cR-cLL REv., 46, 271.

²⁹ "Esta perspectiva señala que dado que ningún ser humano puede consentir su propia explotación, el

[&]quot;Esta perspectiva señala que dado que ningún ser humano puede consentir su propia explotación, el consentimiento prestado o la presencia de engaño y/o coerción no constituyen elementos relevantes a los fines de identificar una situación de trata." Dossier de Violencia Contra Las Personas. Ministerio de Derechos Humanos. (2015)http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/violencia_personas.pdf#page=130

 $^{^{30}}$ Ídem.

2.1 Ley 26.842: la supresión del consentimiento de la víctima como causal de eximición de la conducta delictiva

El sistema Argentino se ve regido por la ley 26.842 sancionada a fines del 2012, posterior a la adhesión al Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños de las Naciones Unidas en el 2008 ("Protocolo contra la Trata" o "Protocolo de Palermo").

La Ley Nº 26.842 de "Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas", fue promulgada el 26/12/2012 y publicada en el Boletín Oficial el 27/12/2012.

Nuestra legislación actual es clara en su ideología abolicionista. 31 Esto se puede ver específicamente en cómo se trata el consentimiento de la víctima en la propia ley en su Artículo 2°. A partir de la ley 26.842, el consentimiento se volvió una figura atípica. Es decir, se eliminó el consentimiento de la víctima como una causal para eximir imputados.³²

En un primer lugar, se debe entender qué llevó a que la legislación argentina haya optado por convertir el consentimiento en una figura atípica. En virtud a lo redactado actualmente sobre el tipo penal de trata de personas, una víctima no puede prestar consentimiento a ser ofrecida o acogida con la finalidad de ser sometida a su propia explotación sexual. Se argumenta tanto en doctrina como en jurisprudencia que se encuentra implícito en la naturaleza del bien jurídico resguardado - la libertad - que no es posible otorgar consentimiento para ser considerado como un objeto y formar parte de un mercado de bienes y servicios: "Se trata de la esencia de lo humano, cuya propia explotación no puede ser

³¹ Dossier de Violencia Contra Las Personas. Ministerio de Derechos Humanos: "Otro de los puntos principales de la modificación es que el consentimiento de las víctimas mayores de 18 años no constituirá en ningún caso causal de eximición de responsabilidad penal para los autores del delito (art. 2). Este artículo consagra la perspectiva abolicionista (...)". http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/violencia_personas.pdf#page=130

³² CIJ, Caracteres del delito de trata de personas;

Art. 2 (f) segundo párrafo de la ley 26.842: "El consentimiento dado por la víctima de la trata y explotación de personas no constituirá en ningún caso causal de eximición de responsabilidad penal, civil o administrativa de los autores, partícipes, cooperadores o instigadores."

consentida por el sujeto sin afectación de la condición de persona, de su libertad como bien que le es inherente".³³

La modificación al artículo 145 *bis* del Código Penal no sólo aumentó las penas para delitos vinculados con la Trata, sino que también estableció un cambio de paradigma. Asimismo, los medios comisivos que antes se utilizaban para suprimir el consentimiento de la víctima (engaño, violencia, fraude, amenaza, intimidación, coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, etc.) pasaron a ser los motivos calificantes del tipo básico.

2.2 Una evolución legislativa: del Regulacionismo al Abolicionismo

El Estado Argentino adhirió al Protocolo de Palermo en el 2008, y, a su vez, sancionó la primera ley anti-trata del país - la ley 26.364 - en este mismo año, vigente hasta fines del 2012. Ésta fue la primera norma abocada directamente a la materia de "Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas," adaptando nuestra legislación interna al Protocolo de Palermo.³⁴ Tal como afirma Tazza (2013), la sanción de la ley 26.364 marca un cambio "importantísimo," al agregar "dimensión a la ilicitud (...) Ya no será la integridad sexual..., sino principalmente la libertad (...)"; en referencia al bien jurídico afectado.³⁵ Sin embargo, de acuerdo al texto de esta norma, el consentimiento de la víctima era un elemento a tener en consideración. Contrario a una visión abolicionista de la trata, el regulacionismo considera que la víctima puede prestar su consentimiento, tal como visto en su Artículo 3º: que debe ser conseguido por medio de "(...) 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 beneficio (...)".

-

³³ Ver: Causa nº FSA 2699/2013/CFC1 caratulada: "LAMAS, Marina del Valle y TERAGUI, Héctor Nazareno s/ recurso de casación", Registro 939/2015.4 rta. 21/5/15, Sala IV de la CFCP.

³⁴ RAYMOND, Janice G., et al. Guía para el nuevo Protocolo de Naciones Unidas sobre el Tráfico de Personas. Dirección General de la Mujer, 2000.

³⁵ "Trata de Personas y competencia federal" (Nota a fallo). Por Alejandro O. Tazza. (La Ley. Buenos Aires, 17 diciembre 2013)

Empero, la ley 26.364 fue objeto que generó polémica desde su concepción. En particular, la norma regulacionista fue criticada por organizaciones anti-trata que reclamaban su modificación. Principalmente, "importaba para estas organizaciones, eliminar los medios comisivos equiparando la situación de las víctimas mayores y menores y lograr la inclusión de la expresión "aún con su consentimiento" en el texto de la ley así."³⁶ Se puede ver claramente que estas protestas iban dirigidas al carácter abolicionista de la ley, tal como visto en su Artículo 3°.

En efecto, la sanción de la ley 26.842 fue una respuesta a estas críticas, al adoptar una visión abolicionista, particularmente a los cambios respecto al consentimiento de la víctima.

Consecuentemente, proponemos un análisis para intentar responder la principal pregunta que surge a partir de estos cambios legislativos: ¿cuáles fueron los factores que llevaron a que, después de cuatro años de una ley regulacionista, la normativa argentina cambie a un marco abolicionista?

2.2.1 La visibilización de lo invisible: los casos de Raquel Liberman y Marita Verón

2.2.1.1 Raquel Liberman

Varios estudios han hecho comparaciones entre las causas de Raquel Liberman y Marita Verón. Los casos de ambas mujeres, víctimas de trata separadas por más de un siglo, generaron polémica e impulsaron cambios significativos respecto al delito de trata de personas con fines de explotación sexual.

En 1928 Raquel Liberman fue quien lideró la caída de la Zwi Migdal, una de las redes criminales de trata con fines de explotación sexual (en ese momento denominado "Trata de Blancas") más grandes del país.³⁷

³⁶ Varela, C. I., & Daich, D. E. (2016). Entre el combate a la trata y la criminalización del trabajo sexual: las formas de gobierno de la prostitución. (p. 72).

³⁷ Glickman, N. (2012). The Jewish White Slave Trade and the Untold Story of Raquel Liberman. Routledge. "Out of the 434 active members who were called to appear in front of Judge Manuel Rodriguez Ocampo, only 108 were convicted of delinquency. The sentences of the Judicial Process were not sufficiently severe. Several Buenos Aires' newspapers demanded that the governmental provisional government should deport the traffickers." (p. 48).

Liberman, una inmigrante polaca, fue capturada y forzada a trabajar para la Zwi Migdal. Luego de dos intentos de escape, fue capaz de liberarse y denunciar públicamente a la organización, llevando a que se sentencien a 108 de los 434 miembros que fueron llamados frente al poder judicial.³⁸

Años después de la denuncia, se llevaron a cabo investigaciones que demostraron que hubo otras 150 mujeres que anteriormente habían intentado declarar contra esta organización criminal.³⁹ Liberman no fue la primera en presentar una denuncia contra la explotación sexual en estos tiempos, sino que, más bien, fue la única mujer a quien se le escuchó.

El caso de Raquel Liberman es un ejemplo emblemático de una mujer que fue capaz de visibilizar las problemáticas de la trata de personas en la Argentina. Al mismo tiempo, debemos considerar a las otras 150 mujeres que intentaron denunciar sin éxito. En gran parte, la razón detrás del éxito de Liberman fue la suerte de encontrar a un juez que no tenía ataduras con la Zwi Migdal. ⁴⁰ A su vez, consideramos que este caso demuestra las características propias del delito: por un lado, se puede ver la relación corrupta entre la justicia y los poderes estatales y las redes de trata; por el otro lado, podemos ver los grandes obstáculos con los cuales se enfrentan las mujeres al intentar tornar visibles los delitos que se cometen contra ellas. La denuncia de Raquel Liberman llevó a la visibilización de los crímenes explotativos de la Zwi Migdal; a su vez, hubo otras 150 mujeres que intentar denunciar, las cuales la justicia decidió no escuchar o creer.

2.2.1.2 Marita Verón

En un fallo de la Cámara Penal de Tucumán - en donde se investigaron los delitos de sustracción, retención y ocultamiento agravado por la condición de mujer, en concurso con el delito de promoción de la prostitución - fueron absueltos los trece imputados en la causa de forma unánime por los jueces Alberto Piedrabuena,

³⁸ Glickman, N. (2012). The Jewish White Slave Trade and the Untold Story of Raquel Liberman. Routledge. "Out of the 434 active members who were called to appear in front of Judge Manuel Rodriguez Ocampo, only 108 were convicted of delinquency. The sentences of the Judicial Process were not sufficiently severe. Several Buenos Aires' newspapers demanded that the governmental provisional government should deport the traffickers." (p. 56).

³⁹ Ídem.

⁴⁰ Ídem.

Eduardo Romero Lascano y Emilio Herrera Molina. ⁴¹ El caso de María de los Ángeles Verón se dio a conocer - en gran parte - por los esfuerzos de su madre, Susana Trimarco, quien buscó por más de diez años a su hija sin resultado. Trimarco relató haber sido impulsada a llevar a cabo su propia investigación debido a las respuestas que recibió por parte de la Comisaría local al denunciar la desaparición de Marita: "(...) se había ido seguro con un noviecito o con sus amigas." [...] "(...) no tenían papel para redactar la denuncia ni nafta para salir a buscarla en camioneta." ⁴²

Luego de la desaparición de la víctima en la provincia de Tucumán el 3 de abril del 2002, se comenzó una investigación que llevó a más de ciento treinta testigos detallando los diversos paraderos de Marita, como también relatos sobre su condición como víctima de trata. La absolución de los imputados llegó en el 2012, una conclusión a un caso que duró diez años y ocho meses desde la desaparición de la víctima.⁴³

El fallo absolutorio en la causa de Marita Verón causó descontento social y fuertes protestas. Luego de hacerse pública la decisión de la Cámara en la fecha 11 de diciembre del 2012, se sancionó y posteriormente promulgó la ley 26.842 - los días 19 y 26 de diciembre del mismo año, respectivamente.⁴⁴

⁴¹Centro de Información Judicial (CIJ), *Caso Marita Verón: el tribunal absolvió a todos los acusados*. (2012) https://www.cij.gov.ar/nota-10440-Caso-Marita-Veron--el-tribunal-absolvio-a-todos-los-acusados.html

⁴² Valencia, L. A., Dos casos paradigmáticos en la lucha contra las redes de trata en la Argentina: Raquel Liberman y Marita Verón. (2012) http://www.rebelion.org/noticia.php?id=161511

⁴³La Justicia de Alperovich absolvió a los imputados por el caso de Marita Verón. (2019). https://www.lapoliticaonline.com/nota/nota-87332/

⁴⁴ Varela, C. I., & Daich, D. E. (2016). Entre el combate a la trata y la criminalización del trabajo sexual: las formas de gobierno de la prostitución;

Anterior a esto hubieron varios proyectos presentados en el Congreso Nacional para la modificación de la ley 26.364. En agosto del 2011 hubo "un contexto de fuerte conmoción" por el caso Candela que llevó a que el Senado de media sanción a un proyecto que modificaba la ley según las demandas de las organizaciones antitrata. Luego en el 2012, debido al escándalo que produjo la absolución de los imputados en la causa de Marita Verón, el proyecto obtuvo sanción en Cámara de Diputados, convirtiéndose en nuestra ley actual (Ley 26.842). De acuerdo a Varela, "el contexto de debate de la ley, entonces, fue precipitado por casos que movilizaron fuertemente la opinión pública (Varela, 2013). Esta nueva tipificación del delito de trata (...) profundizan la perspectiva abolicionista de la legislación argentina." (p. 73).

Más aún, en la versión taquigráfica de la media sanción de la Ley 26.842 podemos ver que se interrumpe un discurso para anunciar que, después de mucha búsqueda, el cuerpo de Candela se había encontrado:

[&]quot;Sra. Estenssoro. – Señor presidente: he solicitado esta interrupción porque agrega al caso, al ejemplo tan dramático que está contándonos el senador Giustiniani. Me acaban de informar que Candela ha aparecido muerta en Morón, que el cadáver ha sido reconocido por su madre."

Esto sin dudas demuestra lo presente que se encontraba este caso en particular y el "contexto de fuerte conmoción" que verdaderamente había causado.

El caso de Marita Verón resultó clave para brindar mayor visibilidad a la trata de personas y a la red de corrupción estatal que sostiene y protege a los tratantes en la provincia de Tucumán y el resto del país. Creemos que la visibilización del caso y la resolución del fallo fueron factores que influenciaron fuertemente en la sanción de la ley de la Ley 26.842.

2.3 Un análisis de la versión taquigráfica de la ley 26.842: la visión abolicionista de Senadores y Diputados

Adicionalmente a lo ya expuesto, quisiéramos contextualizar la sanción de la norma 26.842 con los debates del 31 de agosto del 2011 y del 19 de diciembre del 2012.

Principalmente, buscamos centrarnos en las razones socio-políticas que se exponen en los debates, por las cuales vemos un cambio en la interpretación del consentimiento de la víctima.

En Cámara de Senadores hubo una visión prácticamente unánime con respecto al consentimiento: "La eliminación de la palabra consentimiento es verdaderamente un muro que va a permitir, si el Estado se pone las pilas y la sociedad deja de ser hipócrita, un verdadero combate a este flagelo que es el tema de la trata." Es decir, las modificaciones al consentimiento de la víctima del Artículo 125 *bis* fueron vistas como indispensables para los objetivos de la ley: la regulación de la trata de personas y la asistencia a sus víctimas.

Durante ambos debates podemos ver que se argumenta a favor de una ley abolicionista, particularmente debido a cómo se trata el tema del consentimiento. Durante Senadores, podemos ver la ejemplificación con casos verdaderos de trata. Este análisis entiende la idea de un consentimiento "viciado" por métodos

coercitivos, como también por la posición de vulnerabilidad de las mujeres en nuestra sociedad⁴⁵:

Se conocen públicamente los casos de Romina Gamarra y María Cristina Ojeda. Romina, con dieciocho años, fue secuestrada en enero de 2006 por un vecino, para explotarla, obligándola a prostituirse bajo amenaza de matar a su hermano. La hicieron pasar por burdeles de las provincias de Buenos Aires v de Córdoba, v terminó esclavizada en un burdel en La Banda, donde encontró una vecina suya de Barranquitas, María Cristina Ojeda. De ahí lograron escapar, a partir de na comunicación con su padre, el que concurrió con su niño para que lo pudiera llevar por las rutas —porque el padre era analfabeto— a buscar a su hija. Ambas, a partir del patrocinio de la Pastoral Penitenciaria de Rosario, hicieron la denuncia en la justicia. El juez pidió la captura del vecino que había secuestrado a Romina. A partir de allí, las familias recibieron continuas amenazas y las capturas nunca se concretaron. Este calvario se había iniciado en enero. En noviembre, María Cristina Ojeda desapareció de su casa, a pesar de la custodia. Luego apareció en el juzgado diciendo que todo lo que había declarado no era válido y, después, desapareció definitivamente de su casa, hasta el día de hoy.

Universidad de

Durante los debates se ve que las causas de más polémica del momento influencian los argumentos - tal como citado. Otros ejemplos que podemos ver son menciones del caso Candela en Cámara de Diputados. 46 Mientras que en Cámara de Senadores vemos varias menciones a la causa de Marita Verón. 47

-

⁴⁵ REPÚBLICA ARGENTINA VERSIÓN TAQUIGRÁFICA (PROVISIONAL) CÁMARA DE SENADORES DE LA NACIÓN 10^a Reunión - 8^a Sesión ordinaria - 31 de agosto de 2011. Página 51.

⁴⁶ Durante el debate hay una interrupción para anunciar que se ha encontrado el cuerpo de la niña ("Me acaban de informar que Candela ha aparecida muerta en Morón, que el cadáver ha sido reconocido por su madre. Se suma una víctima más a la lista de trata, de abusadores, y a una cultura que (…) exacerba."). Este anuncio llevó a mayor análisis del contexto social de desaparición y muerte de mujeres y niñas, y la consecuente urgencia de actuar para encontrar soluciones: "(…) a congoja que tenemos todos los senadores al enterarnos hace muy pocos minutos de la resolución trágica del caso de la búsqueda de Candela. Creo que no podemos decir más que esta situación tan tremenda nos compromete desde el lugar que nos toca. No es poco estar sentados en estas bancas y poder modificar las posibilidades de resolución de los casos. Y también nos compromete desde lo humano para seguir luchando contra este flagelo de todos los días, que es matar y matar todos los días."

⁴⁷ Véase sección 2.2.1 del presente trabajo.

Estos ejemplos tópicos dan pie a discusiones sobre la violencia sistemática a la cual se enfrentan las mujeres; su posición de vulnerabilidad en la sociedad; y la consecuente necesidad de una ley de espíritu abolicionista que las proteja contra la servidumbre y la explotación sexual, eliminando el consentimiento como causal de eximición.

Se hace mención del rol de la Justicia en correctamente implementar la nueva ley: "(...) la Justicia [es] la que tiene que condenar, la que tiene que dejar de amparar y ampararse en prácticas y discursos, que son la máxima expresión de la naturalización de la dominación patriarcal y la colonialidad del poder."

Asimismo se hace referencia de que el 40 por ciento de condenados son mujeres - "un porcentaje muy superior al promedio de cualquier tipo de delito." La conclusión de "la inmensa mayoría" es que muchas de estas mujeres comienzan como víctimas y terminan siendo victimarias.

3 VÍCTIMAS Y VICTIMARIAS

Como ya hemos detallado, el crimen de trata de personas con fines de explotación sexual - en gran mayoría - tiene a mujeres y niñas como sus principales víctimas. En particular, en la Argentina las cifras cuentan que el 98 por ciento de víctimas de trata sexual son mujeres y niñas.⁴⁸

A su vez, como ya hemos notado, la cantidad de mujeres condenadas por éste delito es muy superior al promedio - alrededor del 40 por ciento de personas condenadas por el crimen son mujeres.⁴⁹

_

⁴⁸ INECIP "La Trata Sexual en Argentina" UFASE. 2017. http://inecip.org/wp-content/uploads/Inecip-Trata-Sexual-en-Argentina-Din%C3%A1mica-del-Delito.pdf

⁴⁹ Ver artículo "Sobre víctimas victimarias", por Marcelo Colombo y Alejandra Mángano, publicado en el libro elaborado por la Defensoría General de la Nación: "El delito de trata de personas-herramientas para los defensores públicos", páginas 11-21, año 2013.

En una publicación de la Defensoría General de la Nación sobre el delito de trata de personas, se identifica una problemática característica de las redes de trata que se debe analizar: "la posible criminalización de víctimas de trata reconvertidas luego de su etapa de sometimiento, en engranaje útil de organizaciones criminales. Las ahora autoras podrían ser antes mujeres explotadas."50

Como detallaremos, en la trata hay una relación particular entre víctimas y victimarias. 51 Debido al tipo de crimen y la estructura de la red muchas de las víctimas también son "reclutadoras." En otros casos, se ve una transición de víctima a victimaria por el paso del tiempo o por relaciones "de pareja" que se forman entre las mujeres explotadas y sus explotadores.

Lo que buscamos ver es la manera en la cual nuestra jurisprudencia analiza estos casos, teniendo en cuenta que nuestra normativa es teóricamente abolicionista. Particularmente, también, queremos estudiar el concepto de "consentimiento" que se ha establecido en nuestra legislación y cómo éste es utilizado para diferenciar las acciones de "víctimas" y "victimarias" - teniendo en mente que ambas figuras muchas veces entran dentro del marco legal de la "vulnerabilidad".

3.1 El concepto de vulnerabilidad de la víctima

3.1.1 Definición de la vulnerabilidad dentro del marco legal internacional y doméstico

La vulnerabilidad se considera como una de las cualidades intrínsecas de la víctima en los delitos de trata, identificado como un elemento necesario para poder clasificar a dicha persona como una 'víctima'. En las "Reglas de Brasilia sobre el acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad" (Cumbre Judicial

páginas 11-21, año 2013. (pág. 17).

 $^{^{50}}$ "Sobre víctimas victimarias", por Marcelo Colombo y Alejandra Mángano, publicado en el libro elaborado por la Defensoría General de la Nación: "El delito de trata de personas-herramientas para los defensores públicos",

 $^{^{51}}$ El alto porcentaje de mujeres perpetradoras de este delito también ha sido remarcado como una tendencia global por el mencionado informe de las Naciones Unidas ("...aproximadamente en todos los delitos, los hombres imputados superan vastamente al de las mujeres. En promedio, entre un 10 y 15 por ciento de personas condenadas son mujeres. En lo que concierne al delito de trata de personas, aún cuando los hombres siguen siendo vasta mayoría, la porción de mujeres condenadas es de aproximadamente el 30 por ciento.)

Iberoamericana de Brasilia, marzo del 2008), a su vez adherido por la CSJN en la Acordada Nro. 5/2009, se establece que se consideran vulnerables las personas que,⁵²

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 [...] Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico" (Capítulo 1, sección segunda).

A partir de está definición se concluyó que,

la situación de vulnerabilidad hace referencia a una situación en la que la persona es más propensa a brindar su conformidad para ser explotado, y el abuso de esa situación ocurre cuando el autor usa intencionadamente o se aprovecha de la vulnerabilidad de la víctima para captarla, transportarla, trasladarla, acogerla o recibirla con el fin de explotarla, de modo que la persona crea que someterse a la voluntad del abusador es la única alternativa real o aceptable de que dispone y que resulte razonable que crea eso a la luz de su situación.

En este delito los elementos identificados son claves en el análisis ya que proveen un argumento respecto a la extrema vulnerabilidad de la víctima, y como debido a esto, es capaz de ser engañada, captada y explotada.

_

⁵² Causa Nro. 13.780, "Aguirre López, Raúl M. s/rec. de casación" Reg. Nro. 1447/12, rta. 28/08/2012) y causa Nro. 12.479 "Palacio, Hugo Ramón s/rec. de casación", Reg. Nro. 2149/12, rta. 13/11/2012.

Asimismo, tenemos en cuenta que el género de la víctima es un factor fundamental para entender su mayor vulnerabilidad. Muchos de los elementos citados contribuyentes a una "condición de vulnerabilidad" se ven mayormente en mujeres y niñas. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) reconoce expresamente que la mujer es discriminada por el mero hecho de serlo. A su vez, la discriminación de la mujer lleva a que se vean condicionadas a las situaciones identificadas por las Reglas de Brasilia. ⁵³

Asimismo, la ley 26.842 no identifica estos elementos como necesarios para la definición de una víctima del delito de trata. Más bien, se define al delito en su Artículo 1° y se considera a una persona víctima en el caso de sufrir la serie de acciones que conlleva la trata - específicamente la coartación del consentimiento y libertad de la persona y el consecuente abuso y explotación sexual.

En cuanto a nuestra jurisprudencia, podemos ver lo dispuesto en el fallo "Tejada, Roberto Fabián y otro s/recurso de casación" en cuanto a el análisis que se lleva a cabo para "acreditar" la situación de vulnerabilidad de las víctimas:

C. se aprovechó de la situación de vulnerabilidad familiar de las hermanas R. y M., cuya madre padecía una depresión como consecuencia del fallecimiento de un hijo, lo que le impedía sostener el hogar como así también, ocuparse debidamente de sus otros hijos, razón que impulsó a estas niñas a aceptar el ofrecimiento engañoso de C., quien les aseguró empleo digno de 'niñeras', casa, comida y su contraprestación en dinero. Todo lo que pereció al momento de la llegada de las menores a Córdoba, que se encontraron con una realidad totalmente distinta, forzadas a aceptarla, ante la imposibilidad de regresar a Castelli por carencia de dinero, permitiendo que se sometan a los designios de C. y que un tercero las explotara sexualmente (...) Consecuentemente, los imputados conociendo la situación de vulnerabilidad en que se encontraban las víctimas -como consecuencia de que ambas carecían de trabajo, dinero y de un lugar donde pudieran alojarse-, bajo la

⁵³ Es más, bajo una perspectiva de género es aún más importante tener en consideración si la víctima es mujer, ya que la explotación sexual vista en la trata es una herramienta utilizada tradicionalmente por hombres contra mujeres.

promesa de empleo de coperas, lograron así el primer paso -captación- que consistió en que ellas aceptarán dejar la provincia de Chaco para trasladarse a la localidad de Berrotarán, provincia de Córdoba, sin embargo una vez que arribaron fueron acogidas, ya que se les brindó un lugar permanente donde ellas y sus hijos vivieron, con la finalidad de explotación sexual.

Reconocemos este caso como un ejemplo "típico" de la "situación de vulnerabilidad" en que se encuentran muchas mujeres y niñas. Aquí vemos que las víctimas vivían en un contexto de pobreza ("carecían de trabajo, dinero y de un lugar donde pudieran alojarse") que llevó a que los imputados pudieran llevar adelante los medios comisivos del delito de trata: (1) la captación; (2) el traslado a un lugar desconocido; (3) el engaño bajo promesas falsas de trabajo; y, finalmente (4) el acogimiento con la finalidad de ser explotadas sexualmente.

3.2 El rol de la victimaria en la red de trata

3.2.1 La estructura de la red de trata y "el consentimiento válido"

En el fallo "Assat, Alejandro Ariel y otros s/recurso de casación" la Sala argumenta respecto lo que se considera "consentimiento válido" afirmando que,

(...) no resulta plausible hablar de consentimiento válido, entendido éste como discernimiento, intención y libertad, cuando el contexto situacional en el que estaban inmersas las mujeres y su vida pretérita son factores demostrativos de que su ámbito de autodeterminación estaba neutralizado y por ende, su consentimiento viciado.

Si tomamos la definición de "consentimiento válido" tal como es definido en el caso Assat afirmamos, en efecto, que el "contexto situacional" en el que se ven inmersas las víctimas es, según la Corte, lo que se considera a la hora de decidir si su consentimiento se encuentra viciado.

A su vez, si consideramos a la victimaria que es partícipe de la red de trata - y también ha sido víctima anteriormente - podríamos argumentar que su

consentimiento aún se encuentra viciado si tenemos en cuenta el contexto situacional de vulnerabilidad en el que aún se encuentra.⁵⁴

Un estudio basado en Perú, en la zona de Cusco, analiza el sistema de captación de menores para las redes de trata. Aquí se ve que se utilizan mujeres para "reclutar y explotar" y que varias han sido anteriormente víctimas de trata. El análisis lleva a un factor particular que causa que las víctimas se conviertan en victimarias: falta de oportunidad en el mercado laboral legal. Específicamente, se ve como persiste la condición de víctima ya que el sistema continúa su exclusión por ser "de orígen pobre, por ser jóvenes, por ser andinas." La comparación entre víctimas y victimarias es clara y se ve reiterada en el contexto argentino: ambas figuras tienen limitado capital económico, social y cultural, afectando sus posibilidades de desarrollarse por fuera del "mundo legal." En otras palabras, en este caso podemos ver que ambas caen bajo un contexto de vulnerabilidad.

La falta de posibilidades de trabajar de forma legal luego de haber sido víctima de trata o haber trabajado en situaciones afines a la trata es un factor elemental para que las mujeres sigan atrapadas en el ciclo de abuso y, posiblemente, se conviertan en victimarias.

El un análisis de Azaola sobre mujeres presas por delitos del fuero federal, del lugar de la mujer dentro de las teorías criminológicas y resalta tres factores claves: a) su invisibilidad, b) la preocupación por su cuerpo y su sexualidad, y, c) la imposición del rol tradicional mediante las penas.⁵⁵

Continúa su análisis de mujeres delincuentes - con estudios de países europeos y latinoamericanos - mostrando altas similitudes en el incremento de delincuencia pudiendo ser justificados por factores coincidentes: el desempleo, la precariedad laboral, los procesos migratorios, la prostitución, la violencia y los malos tratos entre otros. De acuerdo al estudio, la prisión es una pena impuesta regularmente y

_

⁵⁴ Ver fallo "JHA y otra".

⁵⁵ Azaola, E. (2013). Mujeres Presas por delitos del fuero federal en México. *Cruz Parcero*, *Juan A. y Rodolfo Vázquez. La mujer a través del derecho penal*.

desproporcionadamente a los sectores ya de por sí excluidos. Asimismo, un factor relevante y común es que muchas de estas mujeres sufren de violencia doméstica y abuso sexual.

Se detalla que dicho fenómeno de delincuencia femenil se asocia principalmente con el tráfico de drogas. Tal como es visto en el estudio citado, la mujer involucrada en delitos relacionados con el narcotráfico tiene una participación minoritaria y cumple "(...) funciones determinadas por [su] género y por su condición de marginación." Además: "Se suelen involucrar mediante un hombre (cónyuge, hijo, cuñado, etc.), en ocasiones engañadas." ⁵⁶

Es interesante ver cómo a partir de este tipo de estudios se puede construir la figura de la mujer victimaria (rasgos, características, motivaciones, etc.) particularmente en delitos que son - en forma general - relacionados con criminales varones. Los paralelismos entre mujeres involucradas en crímenes de narcotráfico y crímenes relacionados con la trata de personas son claros: por lo general, hay una participación minoritaria (rara vez nos encontramos con un caso de autoría del crimen), condiciones de marginación (social, económica, etaria, etc.), sus posibles conexiones con los varones involucrados (siendo éstos sus familiares o posiblemente sus parejas), incluyendo hasta el engaño.

Es más, debemos denotar que las características que identifican a las mujeres delincuentes en relación al tráfico de drogas no son disimilares a las características que se encuentran tanto en la doctrina como en la jurisprudencia argentina para identificar a la víctima de trata - incluyendo también, en selectos casos, a la victimaria absuelta por el artículo 5° de la ley.

En un principio, debemos considerar las implicancias que traen las figuras de partícipes y cooperadores en el delito de trata de personas con fines de explotación sexual. Sin duda, es necesaria la inclusión de partícipes y cooperadores, tal como es expuesto en el Código Penal Nacional en sus Artículos 28 y 29. En los delitos de trata en particular, estas figuras pueden ser de particular importancia, ya que debido a

_

⁵⁶ *Ídem*, (p. 43).

los varios pasos y complejidades que conlleva la comisión del crimen, hay un alto grado de posibilidad de que varios actores hayan participado en el crimen.

No obstante, consideramos que es de suma importancia analizar los casos en los cuales el rol de partícipe o cooperador es cumplido por una mujer. En relación a esto, la abogada penalista Mariana Barbitta denota un pensamiento alarmante: ⁵⁷

En los últimos tiempos ha crecido de manera llamativa la persecución penal de mujeres que en los inicios de las investigaciones aparecen bajo el rótulo de "imputadas" pero que en la realidad, también son víctimas de la problemática social de la trata de personas.

Ésta problemática se ve nuevamanete reiterada en un informe elaborado entre la Procuración General de la Nación y el Instituto de Estudios comparados en Ciencias Penales y Sociales (INCECIP), el 40% de las tratantes son mujeres; y de 74 procesamientos ordenados en todo el país, el 43% son mujeres. ⁵⁸ En su análisis crítico Barbitta considera que el derecho penal "(...) ha seleccionado para la aplicación del castigo a la población más vulnerable sin poder profundizar las investigaciones y dirigir la sanción punitiva a quienes realmente, los instrumentos internacionales, han identificado como tratantes." Vemos, entonces, como en muchos casos las victimarias identificadas entran dentro del perfil de víctima en cuanto a su "condición de vulnerabilidad," pero a pesar de esto no se ven necesariamente protegidas por la ley.

Aquí es donde consideramos que tanto la doctrina como la jurisprudencia argentina tienen sus fallas: es imperativo tener en cuenta la particular construcción de la red de trata y la tendencia de estas organizaciones criminales a transformar víctimas en victimarias.⁵⁹

⁵⁷ Barbitta, M. (2012). Trata de personas. *Buenos aires*. (p. 2).

⁵⁸ El 40 por ciento de victamarias mujeres de acuerdo al estudio "LA TRATA SEXUAL EN LA ARGENTINA, aproximación para un analisis de la dinámica del delito" elaborado por INECIP y UFASE. http://www.mpf.gov.ar/Accesos/Ufase/documentos/Informe_INECIP_ Ufase_2012.pdf?ldRegistro=507.

⁵⁹ Esto no se limita a la argentina sino que es una característica fundamental de las redes de trata. La utilización de mujeres que han sido (por lo general) víctimas bajo la misma red es una herramienta utilizada globalmente.

Más aún, es de igual importancia utilizar un marco teórico que comprenda las complejidades que puede sufrir una mujer imputada como tratante en un contexto de abuso y violencia - sea esta violencia y abuso del 'pasado' o que aún continúe.

Con respecto a la trata, el sistema argentino es abolicionista en su teoría. Sin embargo, queremos analizar esto en la práctica; particularmente en cuanto a la figura de la victimaria en las redes de trata con fines de explotación sexual y la utilización del artículo 5° de la ley 26.364 como figura de eximición.

3.2.2 El uso del Artículo 5º como causal de eximición

La excusa absolutoria prevista en el artículo 5 de la ley 26.364 establece que:

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

Es decir, nuestra normativa dispone de una cláusula para absolver víctimas de trata que han sido imputadas como victimarias debido a la comisión de un delito "resultado directo de haber sido objeto de trata." Consideramos que esta disposición es extremadamente positiva en dos aspectos importantes: en primer lugar, hay una aparente comprensión respecto al funcionamiento de las redes criminales de trata y la facilidad con la cual los explotadores pueden coercionar a mujeres víctimas a cometer actos delictivos debido a la relación desigual patriarcal de poder en la cual se encuentran. En segundo lugar, parece haber una comprensión respecto a que, debido a esta relación desigual de poder, la autonomía de la victimaria se encuentra viciada.

A pesar de esto, en la práctica nos encontramos con gran reticencia por parte de los juzgados de aplicar esta cláusula. Parte de nuestra doctrina considera que hay una

invisibilización de las víctimas de trata debido a que los operadores judiciales descreen de las víctimas y de los hechos aberrantes que han vivido. Consecuentemente, son reacios respecto a la necesidad de utilizar cláusulas tal como la del artículo 5° para poder garantizar la impunidad de víctimas que han cometido delitos bajo la coerción de sus explotadores - y consecuentemente las identifican como victimarias.

A su vez, debemos analizar qué significa esta reticencia por parte de las cortes, teniendo en consideración que según nuestra doctrina y bajo nuestra ley, en concordancia con normas internacionales, practicamos una visión abolicionista expresa en el hecho de que el consentimiento de la víctima jamás es válido. 60 Justamente, dicha "reticencia" por los tribunales para utilizar el Artículo 5º demuestra que la visión abolicionista expresa en nuestra normativa no se aplica como una regla, sino que se aplica arbitrariamente - dependiendo de la propia subjetividad de la corte.

Como hemos analizado con anterioridad, tanto los elementos que conforman y/o afectan a la víctima - i.e. sus particulares vulnerabilidades y nuestro contexto social patriarcal - afectan directamente su capacidad de ejercer autonomía y su capacidad de autodeterminación. Está inhabilitación de poder prestar conformidad es reconocida por nuestra legislación - tanto en la ley 26.842 al convertir el consentimiento en una figura atípica, como también en el Art. 5° de la ley 26.364, al ser una cláusula de absolución para víctimas coercionadas a la comisión de delitos.

Como se puede ver tanto en el análisis crítico de Barbitta como en el artículo de Marcelo Colombo y María Alejandra Mágano, la cláusula es esporádicamente utilizada en nuestra jurisprudencia aún en situaciones en las que se podría ameritar su uso, y consecuentemente desvaloriza la importancia del cambio que se vió en nuestra legislación con la ley 26.842, respecto al consentimiento de la víctima de trata. Más aún, podría ser un argumento para demostrar que la justicia argentina no decide verdaderamente con una ideología abolicionista, debido a las dificultades en

Personas. Herramientas para los defensores públicos. 2013.

⁶⁰ Marcelo Colombo y María Alejandra Mángano. "Sobre víctimas y victimarias." El Delito de Trata de

comprender la situación de mujeres víctimas - y la clasificación de víctimas como victimarias. A su vez, esto lleva a suponer que la razón detrás de esta reticiencia, como bien apuntan los autores citados, se debe a un sentimiento general de descreencia respecto a las experiencias de vida y los relatos narrados por las víctimas. El problema aquí yace en que, el no considerar de valor los testimonios de las imputadas (por no poder empatizar con sus situaciones de extrema vulnerabilidad) lleva a que se las categorize como victimarias, dejándo de lado la posibilidad de que su autodeterminación se encuentre viciada.

El dictamen de la procuración de la causa caratulada "Pezo Silva Erika Paola y otros s/infracción ley 23.737" escrito por el fiscal Franco E. Picardi, aboga por la importancia de un análisis de perspectiva de género en casos en donde hay varios factores de vulnerabilidad para tomar en cuenta al evaluar la cupabilidad de las personas.

En particular, el dictamen argumenta por la falta de imputabilidad de un grupo de mujeres trans, utilizadas por una posible organización criminal que se vale de su situación de extrema vulnerabilidad a los fines de vender narcóticos "al menudeo":

nos encontramos ante mujeres trans en una situación de extrema vulnerabilidad que por problemas sistémicos carecen de posibilidades de inserción en el mercado laboral, de acceso a bienes culturales y económicos, al derecho a la salud y una vivienda digna; todo lo cual, en definitiva las pone frente a un marco en el que su vida misma se ve amenazada.

En particular, podemos ver un paralelismo con mujeres dentro de redes de trata: la posibilidad de auto-determinación se ve restringida por factores tales como los citados anteriormente.

En el dictamen se examina la importancia de un análisis de perspectiva de género en el sentido de que éste mismo causa un "cambio de paradigma" al exigir que no se pase por alto "la historia de rechazo y expulsión de estas mujeres" al examinar

su culpabilidad. El fiscal Picardi identifica una serie de factores que ejemplifican la situación de vulnerabilidad y la falta de verdadera autonomía de este grupo de mujeres trans: la falta de posibilidades de obtener un empleo formal para obtener bienes y servicios básicos (dado por su falta de educación), y la falta de otros medios para acceder a dichos bienes y servicios básicos, fuera de la prostitución y el comercio de droga al menudeo en la vía pública. La pregunta que se plantea, finalmente, al considerar todos éstos factores es:

si debe el Estado culpar a estas mujeres en particular, víctimas de situaciones de extrema vulnerabilidad, que no tienen posibilidad de acceder a ningún otro medio de subsistencia que no sea el comercio de droga junto con el ejericio de la prostitución y que, por ende, se encuentran amenazadas en sus derechos primordiales básicos, como es la vida en caso de no hacerlo.

Similarmente, en casos en donde se debe analizar la posibilidad de utilizar el artículo 5° como cláusula de eximición, una perspectiva de género es lo que permite utilizar un pensamiento crítico que tome en consideración los factores de vulnerabilidad que afectan la posibilida de autodeterminación - y lo que puede llevar a que se cambie la categorización de *victimaria* a *víctima*.

Proponemos, consecuentemente, la siguiente idea: esta clasificación de víctimas como victimarias por nuestro sistema judicial demuestra que en nuestro derecho hay "Víctimas Fáciles de Identificar" y "Víctimas Difíciles de Identificar."

3.3 Un estudio de la transición de roles: Víctima a Victimaria

3.3.1 El caso de Celia Aurora Fernández Castillo

El caso de Celia Aurora Fernández Castillo en el fallo "J.H.A. y otra" es una ejemplificación clara de una mujer que pasó por ambos roles dentro de la red criminal de trata. Como es relatado por testigos (otras mujeres del prostíbulo "Cristal") Celia había sido primero una "alternadora" para luego, después de un

tiempo, y "fundamentalmente a partir de la relación sentimental que la unió con Justino [su co-imputado], alteró su rol dentro del comercio." ⁶¹

De acuerdo al análisis del *a quo* la imputada Fernández Castillo había pasado por las mismas "condiciones de vulnerabilidad" que las otras mujeres (identificadas como víctimas en el proceso judicial) al haber sido ella misma una víctima de trata por un "prolongado lapso." No obstante, el Tribunal interpretó que aquella superó la situación de vulnerabilidad y "recuperó" su libertad, aparentemente evidenciado en su vinculación sentimental con Horacio Abel Justino, su explotador y co-imputado. Así se señaló que si Fernández Castillo se hubiera "sentido victimizada", podría haber escapado, permaneciendo en la República del Paraguay "al resguardo de su entorno familiar." En pocas palabras, el Tribunal concluyó que el hecho de que la imputada se encontrara en una relación sentimental con su co-imputado y, además, no hubiese buscado escapar, demuestra que no se encontraba en una situación de vulnerabilidad, y, consecuentemente, su voluntad no se encontraba viciada.

Al analizar dicha argumentación el *ad quem* se posicionó en contra de la decisión del *a quo*:

(...) toda vez que se reconoce como factor de vulnerabilidad de las víctimas la necesidad de proveer de medios económicos a los hijos y de salir de un lugar en que no se consiguen los mínimos medios de subsistencia como circunstancias aptas para viciar la voluntad, más se le exige a Fernández Castillo que regrese a aquella situación como forma de "liberarse" de su victimización en orden al delito de trata de personas. Al respecto, cabe memorar que la encartada contaba con una hija que residía en la República de Paraguay, a quien debía prestar sustento y que logró poseer ingresos sometiéndose a la explotación sexual de Horacio Abel Justiniano. El tribunal reconoce, a su vez, que Celia Aurora Fernández Castillo fue capaz de mejorar su situación (...) luego de años de soportar las condiciones de hacinamiento, limitación de libertad, escasez de alimentos y explotación sexual, llegando algunas víctimas a declarar que eran forzadas a "trabajar de lunes a lunes, aún cuando se encontraban enfermas y debiendo realizar hasta seis "pases"

-

⁶¹ "JHA y otra" (fs. 1961 vta.)

por noche. (...) en ese contexto, la referida Fernández Castillo pasó, dentro de la estructura de la empresa ilícita, de ser víctima a ejercer el rol de victimaria, bajo las órdenes de Horacio Abel Justino. Visto desde esta perspectiva, no existió una interrupción de la victimización a partir del inicio de una relación sentimental con el explotador y la asunción del rol de encargada del prostíbulo y del reclutamiento de nuevas víctimas, sino, antes bien una continuidad de la vulnerabilidad que limitaba la libertad de elección de la encartada. En efecto, Celia Aurora Fernández Castillo "eligió" ser pareja de su explotador, como también "eligió" convertirse en encargada y reclutadora a fin de salir de una situación de explotación sexual prolongada y así poder, no obstante, continuar brindando sustento a su hija. (...) Cabe observar que el a quo ha puesto en igualdad de condiciones al explotador y la explotada en virtud de la existencia de una relación de pareja. Ello evidencia el estereotipo según el cual las relaciones de pareja se encuentran regidas por la igualdad, el compañerismo y el amor, lo que definitivamente no se constata cuando el antecedente de aquella relación es el sometimiento de la mujer a explotación violencia y vulnerabilidad" (cfr. Siegel, Reva, Regulando la violencia marital, en Gargarella (comp.), "Derecho y grupos desaventajados", Gedisa, Barcelona, 1999, p. 68).

El *ad quem* prosiguió a rechazar el recurso interpuesto a favor de Horacio Abel Justino - el explotador - e hizo lugar al recurso interpuesto a favor de Celia Aurora Fernández Castillo para absolverla, al ser finalmente identificada como víctima.

Consideramos que en este caso, el tipo de razonamiento expuesto por el *a quo* expone una ideología recurrente en nuestras cortes: la responsabilización de la víctima por lo sufrido; en gran parte, consideramos, debido a un desconocimiento fundamental de las problemáticas que sufren dichas mujeres. En este caso en particular, se abogó por la culpabilidad de Celia Fernández Castillo debido a su "relación amorosa" con su explotador. Aquí hay una invisibilización de la verdadera experiencia de la víctima y denota un criterio alarmante en cuanto se considera que puede haber una relación de igualdad dentro de un contexto de víctima y victimario.

A su vez, identificamos que el *ad quem* expone una condición importante para poder eximir a Fernández Castillo de su responsabilidad: "no existió una interrupción de su victimización (...) antes bien una continuidad de la vulnerabilidad que limitaba la libertad de elección de la encartada." Creemos que éste es un estándar establecido por la Corte en cuanto a la definición de vulnerabilidad, y, por lo tanto, la definición de víctima.

En efecto, los actos de Fernández Castillo no fueron autónomos por su continua vulnerabilidad al estar sujeta a una "relación amorosa" con su explotador. Consideramos que ésta decisión expresada por el *ad quem* es acorde a nuestra doctrina mayoritaria abolicionista; sin embargo, debemos notar que ésta no fue la interpretación del *a quo* y consecuentemente Fernández Castillo vió sus derechos violados al ser revictimizada por el sistema penal.

Debido a la transición de roles entre víctima y victimaria, como también a la "relación amorosa" con su explotador, Fernández Castillo pasó a ser una víctima "difícil de identificar" para el poder judicial; en gran parte por una falta de comprensión respecto a los elementos de consentimiento y verdadera autonomía, especialmente dentro del contexto patriarcal de violencia, coerción y temor en el que vio sometida Fernández Castillo.

3.3.2 El Caso Martínez Hassan

Consideramos que el fallo "Martínez Hassan s/recurso de casación" es una causa que funciona como modelo de la aplicación del Artículo 5° de la ley 26.364. Asimismo, vemos nuevamente como éste mismo caso es un ejemplo de la desestimación que puede ocurrir en las cortes con respecto a los relatos de las mujeres.

Principalmente, lo que se debate en este caso es la existencia - o no - de la autonomía de Martínez Hassan para determinar su culpabilidad.

En primera instancia el Tribunal fundó su decisión - la condena de Hassan por el delito de contrabando⁶² - en el resultado del accionar de la imputada, descartando sus dichos sobre la procedencia de la droga, tanto en la declaración indagatoria como también en el debate oral.

Por su parte, la defensa de Hassan justificó su condición como víctima a causa de "la situación de vulnerabilidad en que se hallaba (...) al momento del hecho." De acuerdo a los sucesos, Martínez Hassan fue coaccionada por un grupo de sujetos pertenecientes a una red de trata a tener relaciones sexuales con terceros, al negarse le impidieron volver a su residencia y fue obligada a transportar una mochila con narcóticos. Sin embargo, como hemos mencionado y como es criticado por el *ad quem* y por la defensa, el relato de Martínez Hassan fue descartado por el *a quo* y consiguientemente se la condenó por el delito sin tener la lesión a su autodeterminación debido al contexto de vulnerabilidad y coerción al que se veía sujeta.

El *ad quem* expone que el Tribunal, al rechazar los dichos de la defensa, analizó el caso bajo un "erróneo marco dogmático, que quebró el *iter* lógico del razonamiento, descartando que las conclusiones que surgían de las premisas fueran correctas y ajustadas a derecho." Para fundar éste argumento el *ad quem* cita al Tribunal que afirma, en referencia a la víctima, que no se acreditó que ésta actuara bajo "el control o sometimiento de otra persona," tampoco se acreditó la existencia de medios comisivos. Consecuentemente, se decidió que "su libertad ambulatoria y de toma de decisiones nunca estuvo ausente."

En la apreciación de los hechos se identifica el mismo tipo de error al evaluar la capacidad de autodeterminación de la imputada. El *a quo* consideró de "suma

⁶² El tribunal considera que: "El delito de contrabando fue cometido por MARTINEZ HASSAN puesto que fue sorprendida cuando ingresaba al país por un paso no habilitado con clorhidrato de cocaína oculto en el interior de la mochila que llevaba.- [...] Asimismo, el modo de acondicionar el estupefaciente, debajo de las prendas de vestir y el lugar por donde ingresó al país, indica que la nombrada sabía que llevaba sustancias prohibidas y quería ocultarla de los controles.- [...] Además, la cantidad de droga secuestrada (5.965 gr. conf. acta de fs.47) supera lo considerado para consumo personal, y sumado a la forma en que estaba acondicionada, permite concluir que el destino era el tráfico.- [...] El delito quedó consumado, y no en grado de tentativa, toda vez que la mercadería fue ingresada al territorio aduanero por un paso no habilitado (conf. arts. 6 y 9 del Código Aduanero)'" (fs. 421 vta./422)."

relevancia" que Martínez Hassan "durante el tiempo que salió sola para hablar por teléfono con su madre, pasar para Argentina y volver a su país no se haya escapado o haya solicitado ayuda a las autoridades de cualquiera de los dos países." Asimismo, el Tribunal afirmó que las manifestaciones de la imputada con respecto a estas acciones resultaron "nada creíble[s]"; claramente sustentando una opinión subjetiva y personal sobre cómo Martínez Hassan debería haber actuado para que su declaración fuera considerada creíble a los ojos del *a quo*.⁶³

En este punto, consideramos que la crítica del *ad quem* sobre el argumento presentado por el *a quo* es de gran importancia: "este tipo de razonamientos parte de endilgar responsabilidad a la víctima de trata, desconociendo la problemática que sufren las mujeres víctimas de trata de personas, en el cual, muchas veces desconocen o no asumen su calidad de víctima. Ello así, o bien porque equivocadamente asumen parte de la culpa, o bien por temor a represalias, el cual es infringido intencionalmente por los sujetos activos o, también por miedo a perder su fuente de ingresos."

Vemos que en una primera instancia los dichos de Martínez Hassan fueron descartados, caracterizados por la Corte con las palabras "mendaz, falaz, etc.". El a quo decidió actuar bajo sus propias nociones de los hechos ocurridos, fallando en considerar el relato de la imputada como algo de valor.

Aquí, nuevamente, nos encontramos con el fenómeno identificado por Colombo y Mágano, y Barbitta: "la gran reticencia judicial" de utilizar el artículo 5°. Asismismo, y de suma importancia, vemos como nuevamente nuestro sistema judicial falló en identificar a Martínez Hassan como una víctima. Es más, vemos como nuestra justicia llevó a la revictimización de ésta mujer al desestimar su relato de los hechos, efectivamente adjudicándole la culpa de su propia explotación.

⁶³ Más bien, consideramos que el análisis del Tribunal es uno puramente subjetivo. Es claro que la conclusión acerca de la autonomía de Martínez Hassan es determinada por los conceptos personales de mismos jueces sobre cómo debería haber actuado. Al no caer dentro del comportamiento que el Tribunal supuso que debía tener una víctima, se determinó que en realidad no lo fue - es decir, que en realidad no fue víctima. En todo caso, se considera que Martínez Hassan fue responsable de lo que ocurrió.

3.3.3 El Caso de "C"

Un análisis con perspectiva de género no es ajeno a las Cortes argentinas. En el fallo "Luna, Leonel Claudio s/recurso de casación" se define la situación en la que se encontraba la víctima como "un contexto patriarcal." Se identifica que:

"(...) lo que se puso en juego fue un sistema de dominación; el cuerpo de la víctima se convirtió en intercambiable que el tratante captó mediante engañó, trasladó y explotó sexualmente - bajo amenazas y violencia física -. (...) Todos estos mecanismos, impuestos por los imputados, estaban destinados a coartar la autonomía de "a"."

En este análisis, la Cámara identifica el contexto patriarcal como también el sistema de dominación que entra en juego para poder coartar la autonomía y libertad de la víctima de trata. 64 Sin embargo, nos debemos preguntar qué sucede con las mujeres victimarias en estos mismos casos - particularmente, en este mismo caso. 65

3.4 Las "Malas Chicas"

Nuestra sociedad castiga a las víctimas con identidades que se desvían de lo que se considera "bueno" o "normal" respecto a los estándares patriarcales bajo los cuales vivimos. Éstas personas son responsables de su propio sufrimiento - por su género; por su orientación sexual; por ser trans; o por cualquier otra identidad que se desvíe del *status quo*.

Las "malas chicas" son las víctimas responsabilizadas por la violencia que sufren a manos de terceros. Una "mala chica" es culpable de la vulneración de sus derechos fundamentales, de las violaciones a su cuerpo, la explotación sufrida, y hasta su propia muerte.

⁶⁴ "Aquí la víctima estaba inmersa en una clara situación de pobreza, alejada de su ciudad de origen, sin documentación personal, en indignas condiciones de habitabilidad, sin dinero siquiera para alimentarse, con nulas posibilidades de acceder retener el dinero que recibía a cambio de la contraprestación que realizaba. Todos estos mecanismos, impuestos por los imputados, estaban destinados a coartar la autonomía de "a".

⁶⁵ Véase sección 4.2 del presente trabajo.

El discurso social determina quién es merecedora de la clasificación de "buena chica" y, consecuentemente, "buena víctima." Las mujeres y niñas que *no* caen dentro de ésta categoría se ven castigadas por los medios de comunicación y el poder judicial; y también sufren de mayor invisibilización que las consideradas buenas.

La abogada Ileana Arduino analiza el caso de Melina Romero⁶⁷ (una "mala chica" que después de su muerte pasó a ser una "mala víctima") comparando las reacciones respecto a su caso con las reacciones al caso de Ángeles Rawson⁶⁸. Ambas chicas desaparecieron para que luego se encontraran sus cuerpos desechados en bolsas de basura, y entre ambas comparten una precariedad debido a su género y edad elementos de vulnerabilidad. Pero hay una diferencia esencial entre ambos casos: "la precariedad diferencial de Melina." Ésta "precariedad diferencial", según Arduino, es principalmente dada por la ideología a la cual se reduce la biografía de jóvenes pobres como Melina - definida por carencia: "Ella ni estudiaba, ni trabajaba, ni era una buena niña, por lo tanto no es hoy una buena víctima."⁶⁹

Como ya hemos aclarado, en nuestro sistema jurídico la responsabilización de la víctima por lo que sufre no se reduce únicamente a mujeres y niñas.

Universidad de

Como ejemplo podemos ver el fallo de los jueces Piombo y Sal Llargués del tribunal de casación de Buenos Aires del año 2015, caratulado "Tolosa, Mario s/ Recurso de Casación", con respecto a la brutal violación de un niño de seis años. Una vez difundida, la causa generó fuerte polémica y resultó en la renuncia de ambos jueces, como también la anulación de la sentencia por la Suprema Corte bonaerense. ⁷⁰ En

⁶⁶ Sin dudas, las violencia perpetrada es la misma y el sufrimiento de la víctima es igual. Sin embargo, cómo se ven retratadas en los medios y cómo se deciden sus casos en nuestro sistema judicial es diferente. Ser una "mala chica" y "mala víctima" significa que, en muchas causas, los imputados se ven exonerados, o sus penas reducidas.

⁶⁷ "Hallaron muerta a Melina Romero". La Nación. (2014) https://www.lanacion.com.ar/seguridad/melina-romero-nid1729674

^{68 &}quot;Un Crimen Conmocionante. Caso Angeles: el juez rechazó declarar nula la investigación" Diario Clarín. (2013)

https://www.clarin.com/policiales/caso-angeles-rechazo-declarar-investigacion_0_BJC5llivmg.html

⁶⁹ Arduino, I. *Melina Romero*. *La Mala Víctima*. Revista Anfibia. http://revistaanfibia.com/ensayo/la-mala-victima/

 $[\]overline{^{70}}$ "Scioli aceptó las renuncias de los jueces Piombo y Sal Llargués tras reducir pena a violador de un niño." Telam. (2015).

http://www.telam.com.ar/notas/201507/111485-scioli-renuncias--jueces-piombo-y-sal-llargues-tras-reducir-pena-a-violador-de-un-nino.php

ésta causa, los juristas optaron por reducir la pena del violador de un niño de seis años, al considerar que el delito se veía atenuado por considerar que el menor tenía "una orientación sexual homosexual." No sólo podemos ver una decisión homofóbica y discriminatoria que culpabiliza al niño víctima de violación, también se ve una argumentación que refiere a la "mala víctima" al hablar sobre su situación de carencia, desplazando responsabilidad a su familia.⁷¹ Debido a éste decisión (aunque luego fue revocada) el culpable vio su pena reducida.

Como señala Arduino, aquí no hay diferencia entre lo expuesto y "el ejemplo frecuente que insiste en señalar el largo de la falda de la víctima como causa de violación."^{72 73}

Es decir, creemos que éste tipo de casos, en donde la víctima no es mujer o niña, pero sí pertenece a otra identidad marginalizada, demuestra la realidad de nuestra sociedad patriarcal: los factores que llevan a que se busque responsabilizar a la víctima no se ven reducidos únicamente al género, sino que atraviesan todas las "condiciones de vulnerabilidad". Asimismo, al hablar de "condiciones de vulnerabilidad" nos referimos específicamente a los elementos que conforman la persona que son vistos como "malos" o "diferentes"; y así llevan a que sea posible culpar a una víctima ya que éstos elementos son considerados la razón por la cual ocurrió la vulneración de derechos contra la víctima. A su vez, lo que sí se puede afirmar es que estas condiciones de vulnerabilidad se ven reiteradas veces presentes en las mujeres víctimas y victimarias de las redes de trata.

4 EL DERECHO PENAL ANDROCENTRISTA

⁷¹ La sentencia afirma que: "Debo descartar la agravante de aprovechamiento de la indefensión de la víctima puesto que no consta que el imputado conociera que el padre de la misma estaba preso, que la madre lo había abandonado como quienes estaban a cargo no les prestaban debida atención".

⁷² Arduino, I. *Ultraviolento*. Revista Anfibia. http://revistaanfibia.com/ensayo/ultraviolentos/

⁷³ Sin embargo, muchas veces cuando vemos causas en donde se argumenta la responsabilidad de la víctima mujer, niña o adolescente por su manera de vestir o actuar la sociedad no reacciona con la misma furia que en el fallo Tolosa. Podemos ver el ejemplo de Lucía Pérez, una adolescente de dieciséis años responsabilizada del abuso que sufrió y de su propia muerte, por los medios y la justicia.

[Men] create the world from their own point of view, which then becomes the truth to be described . . . Power to create the world from one's point of view is power in its male form.⁷⁴

Tal como expresa Catherine MacKinnon el poder se da por medio de la posibilidad de crear el mundo desde la perspectiva masculina.

De acuerdo a varios trabajos de teoría legal feminista, el derecho penal y la criminología se ven caracterizados por su androcentrismo - es decir, el estudio del crimen y la justicia se ve bajo un lente de experiencias "masculinas", al igual que un entender masculino del mundo.

Las consecuencias particulares del androcentrismo son, principalmente, la invisibilización de la experiencia femenina en la sociedad, específicamente en la criminología. De acuerdo con Daly y Chesney-Lind esto no es el caso para todos los estudios criminológicos, sin embargo, previo a los años setenta "(...) Females who deviated from expected roles were viewed as morally corrupt, hysterical, diseased, manipulative, and devious (Glueck and Glueck, 1934). Law-violating and conforming behaviors were believed to stem from the same etiological source-the female nature (Edwards, 1985; Klein, 1973)."⁷⁵

Podemos ver este fenómeno de invisibilización de la mujer específicamente en el estudio criminológico argentino. De acuerdo a Julieta Di Corleto, "las obras dedicadas a las experiencias de las mujeres arribaron con retraso académico."⁷⁶

⁷⁴ MacKinnon, C. A. (1982). Feminism, Marxism, method, and the state: An agenda for theory. *Signs: Journal of women in culture and society*, *7*(3), 515-544. p. 23.

⁷⁵Simpson, S. S. (1989). Feminist theory, crime, and justice. *Criminology*, 27(4), 605-632.

⁷⁶ El estudio de Julieta Di Corleto se basa principalmente en la Argentina de los siglos XIX y XX. Su trabajo se centra en la relación de las mujeres con el derecho penal, particularmente las de mujeres delincuentes imputadas con los delitos de aborto e infanticidio; desde una perspectiva de revisión histórica. Di Corleto, J. (2017). Malas madres: aborto e infanticidio en la Ciudad de Buenos Aires: (fines del siglo XIX-

principios del siglo XX). (p. 26).

4.1 La ruptura de roles patriarcales⁷⁷: delincuencia femenina y conductas atípicas

Consideramos que la delincuencia femenina - en gran medida - continúa siendo vista como una conducta atípica y ajena a la mujer, ya que rompe con la idea de los roles patriarcales por los cuales se rige nuestra sociedad.

Para analizar este concepto debemos en un principio estudiar la construcción de dichos roles. De acuerdo a Di Corleto "la construcción del ideario de la domesticidad" de la mujer fue dada por lo que se consideraba como sus trabajos principales: la familia y el mantenimiento del hogar. Gran parte de los estudios criminológicos del siglo XX distanciaron a la mujer de lo criminal, ya que consideraban que "(...) su educación moral era una garantía para la prevención del crimen y otros males sociales."⁷⁸

Como ya hemos mencionado, el derecho penal y la criminología son estudios teñidos por sus raíces androcentristas. Se debe considerar el legado de éste derecho penal y, consecuentemente, la invisibilización de la mujer - tanto víctima como victimaria, tal como ha sido ejemplificado a lo largo de éste trabajo.

En la Argentina del siglo XX, la figura de la mujer criminal fue construida como la antítesis de "la mujer-esposa-madre dedicada al hogar". ⁷⁹ En otras palabras, una mujer delincuente se veía como lo opuesto a lo que una mujer debía ser (y en muchos casos todavía se ve así). A su vez, el rol de la mujer en la sociedad era principalmente

To "Las feministas han estudiado las distintas expresiones que el patriarcado ha adoptado a través del tiempo definiendo el contenido económico, ideológico, político y social que refiere al régimen de sujeción de las mujeres. Se lo define como una la manifestación e institucionalización del dominio de los hombres sobre las mujeres y niños/as de la familia ampliado al dominio sobre las mujeres en la sociedad en general, que se refuerza a través del parentesco, la heterosexualidad obligatoria de las mujeres y el embarazo forzado, que garantiza la reproducción, tal como habíamos apuntado conforme los aportes de la feministas radicales."

Di Liscia, M. H. B. (2015). Violencia sexual y discurso jurídico. Análisis de sentencias penales en casos de delitos contra la integridad sexual. Derecho y Ciencias Sociales, (13), 234-237. (p.11).

⁷⁹ Podemos ver que éste concepto sigue vigente en el imaginario colectivo. En su trabajo periodístico "Traidoras" Juliana Arens (2019) relata las historias de mujeres presas. En estas historias la idea de la maternidad como característica fundamental de la mujer - al igual que la domesticidad - se encuentra arraigada en sus historias y en sus vidas.

doméstico - con una educación moral "elevada" que llevaba a que la mujer "naturalmente" sea menos propensa a delinquir.

En cuanto a mujeres criminales, la mayoría de los estudios categorizaban estas "conductas atípicas" como consecuencia de su fisiología o instintos. Por el otro lado, se suponía que su "pureza congénita" era lo que las hacía más vulnerables a los peligros del mundo y "su debilidad moral y social" las hacía proclives a conductas erradas (Zedner, 1991), llevando a que debieran ser tuteladas. Paralelamente, la criminalidad femenina tendía a ser juzgada con mayor dureza porque se suponía que las mujeres que caían en estas prácticas iban contra la naturaleza femenina - eran "criaturas degradadas" (Larrandart, 2000).80

Lo que se debe analizar es cómo la concepción de la mujer en el derecho penal ha evolucionado, y, a su vez, como ha influenciado nuestro sistema jurídico penal contemporáneo. ¿De qué manera el análisis de la figura penal de la mujer victimaria en las redes de trata conlleva ésta carga respecto a las expectativas y los roles que debe cumplir una mujer según nuestro sistema?

Universidad de

4.2 El derecho penal de acción

La naturaleza propia de nuestro derecho penal de acción (no de autor) también influencia decisiones arbitrarias con respecto a mujeres. Por un lado, vemos como éste limita varias posibles arbitrariedades por medio de garantías constitucionales⁸¹; pero a su vez, "es inevitable que se produzca un distanciamiento existencial en donde el juzgador considera que nunca podrá estar en la situación del juzgado."⁸²

 $^{^{80}}$ Fuller, N. (2008). La perspectiva de género y la criminología: una relación prolífica. Tabula Rasa, (8), 97-110.

⁸¹ Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. (Const. Nacional, 1995, art.18)
⁸² Kalinsky, B. (2003). Una construcción antropológica del tratamiento jurídico-penal de madres imputadas de masacre familiar. En: Gazeta de Antropología, N° 19, 2003, Artículo 16.
http://www.ugr.es/~pwlac/G19_16Beatriz_Kalinsky.html#N_3_

Al mismo tiempo que este distanciamiento produce objetividad en resoluciones⁸³ también,

habilita a una unilateralidad del flujo del diálogo, a una disminución de la incerteza del juzgador (creación de convicciones), a solventar creencias acerca de las madres que cometen este tipo de actos que irían contra la propia naturaleza del "ser madre", dejando en un estado de abandono epistemológico que regresa el conocimiento acerca de este fenómeno al viejo concepto medieval de la infirmitas sexus⁸⁴.

Este distanciamiento - bien identificado por Kalinsky - es particularmente amplio en casos de mujeres, más aún en mujeres que se ven bajo el rol de madre y todo lo que esto conlleva.

Aunque el estudio antropológico de Kalinsky analiza específicamente los crímenes cometidos por mujeres imputadas por infanticidio (similarmente al trabajo citado de Julieta Di Corleto) es capaz de identificar un aspecto del propio tejido de nuestro derecho penal que puede impactar negativamente en victimarias mujeres: el distanciamiento entre el juzgador y el juzgado.

En el delito de trata de personas con fines de explotación sexual este distanciamiento es claro en cuanto a nuestro foco de estudio particular (víctimas de trata "convertidas" en victimarias).

Podemos ver la continuación de las líneas de pensamiento que consideran que la "criminalidad femenina" debería ser juzgada con mayor dureza debido a que actuar criminalmente significaba una desviación de la naturaleza de la mujer - al igual que sus consecuencias y repercusiones en la contemporaneidad - particularmente en el manejo de las victimarias de los delitos de trata. En el fallo "Luna, Leonel Claudio y Luque, María del Carmen s/inf" al evaluar el rol como partícipe necesaria de la

 $^{^{83}}$ Ídem.

⁸⁴ "El concepto alude a que la criminalidad femenina se debe exclusivamente a una desviación debida a una particular debilidad de su naturaleza psicológica y biológica." Kalinsky, B. (2003). Una construcción antropológica del tratamiento jurídico-penal de madres imputadas de masacre familiar. En: Gazeta de Antropología, N° 19, 2003, Artículo 16.

imputada María del Carmen Luque, podemos ver que se argumenta que la sociopatía es lo único posible que justifica que una mujer como la imputada [Luque] que ha sufrido pobreza, falta de educación, que ha debido prostituirse, ha consumido drogas y alcohol "(...) no tenga la más mínima empatía ni solidaridad con una mujer que realmente está en un estado de indefensión a la que se presta a explotar (...) concluyendo que "(...) si es indignante que un hombre explote a una mujer, cuanto más intolerable [me] resulta y [me] repugna que una mujer sea la que realiza actividades de este tipo contra otra mujer."

El análisis de la conducta de Luque - identificada como victimaria - es un análisis que presenta una serie de problemas. En un principio, podemos ver que aún se considera que la criminalidad femenina va contra la naturaleza de la mujer - ejemplificado en el argumento que Luque debe ser necesariamente una sociópata para obrar de la manera en que es acusada. ⁸⁵ Asimismo, la idea de que las actividades realizadas por mujeres contra mujeres son más "intolerables" y "repugnantes" que la explotación de un varón hacia una mujer es una visión machista que a su vez sostiene las ideas respecto a la "pureza congénita" de la mujer. Sin embargo, la mayor problemática que podemos ver aquí es la idea de que debido a las experiencias similares respecto a explotación, pobreza y vulnerabilidad que sufrieron la víctima y la victimaria esto necesariamente significa que la victimaria debe sentir empatía por la víctima y, consecuentemente, al no haber clara empatía de parte de la victimaria dicha mujer es necesariamente una sociópata.

Esto último es particularmente importante cuando consideramos el régimen abolicionista argentino. De acuerdo a lo que hemos visto en la sección 2.3 del presente trabaj la versión taquigráfica de la sanción de la ley 26.842 expone la argumentación de la Cámara de Senadores en cuanto consideran que la prostitución es una situación de explotación al igual que la trata de personas. En este punto, por

⁸⁵ Consideramos que ésta idea es acorde a un análisis criminológico del siglo pasado: una mujer debería mostrar una "moral superior" de acuerdo al estándar designado por nuestra sociedad patriarcal y el rol de "la mujer-esposa-madre" dedicada al hogar. Al no actuar de la manera esperada se recurre a un análisis psicológico (posiblemente con falta de fundamento) debido a su conducta atípica; y, a su vez, se castiga a la mujer por no alcanzar las expectativas que se le imponen.

lo tanto, el análisis sobre la situación de la imputada Luque debería referir a su situación como víctima en cuanto a los años que ejerció la prostitución (desde los dieciséis años) como un último recurso debido a su situación de extrema vulnerabilidad y pobreza. Sin embargo, lo que vemos expuesto en el análisis del fallo es una valoración moral en cuanto a cómo debería haber actuado la imputada debido a su condición propia de mujer.

Debemos determinar, por lo tanto, que nuestras cortes eligen arbitrariamente cuando aplicar los argumentos expuestos en la sanción de la ley 26.842 (respaldados por nuestra doctrina) en ciertas causas - y consideramos que ésto es debido a pensamientos patriarcales respecto al rol de la mujer, llevando a valoraciones subjetivas sobre sus conductas, sin considerar como la vulnerabilidad puede llevar a la la vulneración del consentimiendo y la autodeterminación.

El hecho de que ambas mujeres - la víctima y la imputada Luque - hayan padecidos circunstancias similares, en todo caso, debería ser razón por la cual la Corte tendría que analizar ambos casos bajo los mismos estándares. Es decir, nos preguntamos, cómo es posible que haya tal falta de conexión entre el análisis respecto a la estructura patriarcal que afecta a la víctima pero dicha estructura, también padecida por la victimaria, se desestima. Creemos que la respuesta se encuentra en la ruptura de los roles patriarcales por parte de la imputada: actuó de manera opuesta a la construcción "la mujer-la esposa-la madre" identificada por Di Corleto (2017). A su vez, desestima la línea argumental expuesta en el caso JHA por el *ad quem.*86

El fallo citado funciona como un ejemplo de las consecuencias que deja el legado de un derecho penal androcentrista. A pesar de que la legislación argentina aboga por un derecho abolicionista con respecto a la trata, y comprende la necesidad de una cláusula absolutoria en una situación de víctimas-victimarias, aún hay una desetimación e invisibilización de la experiencia de la mujer.

⁸⁶ Véase fallo JHA.

Como hemos citado anteriormente, en este mismo fallo se entiende que la víctima vivía en un "contexto patriarcal." Sin embargo, este análisis no se extiende a las circunstancias de Luque. Es más, podríamos argumentar que en su decisión la Corte está utilizando una noción patriarcal del rol de la mujer, al considerar que las experiencias pasadas y su condición misma de mujer debería llevarla a tener una moral superior que un hombre en la misma situación. A su vez, consideramos que la nuestra justicia erra, al obviar las condiciones de extrema vulnerabilidad a las que se enfrenta la imputada Luque. De manera más amplia, consideramos que nuestras cortes erran seguido, debido a todos estos factores que conforman nuestra sociedad desigual.

CONCLUSIÓN

Como expone la sobreviviente de trata, Alika Kinan, "allí [en la trata] se da la violencia económica, psicológica, sexual y física. Se dan las formas de violencia más típicas que hay dentro de la problemática de la violencia de género y las vemos todas juntas."⁸⁷

Universidad de

Las estadísticas, estudios y casos presentados en nuestro trabajo dibujan una realidad clara en cuanto al delito de trata de personas con fines de explotación sexual: es una de las iteraciones de esclavitud moderna más presentes en la argentina y en el mundo; y, a su vez, es principalmente una expresión de violencia machista que busca la remuneración económica por medio de la explotación de los cuerpos de mujeres y niñas. Ésta realidad coincide con lo argumentado por Julieta di Corleto⁸⁸: vivimos en una sociedad patriarcal que influencia todas nuestras instituciones - incluyendo al derecho - de manera tal en que hay una retroalimentación que lleva a que nuestro derecho introduzca también sus nociones androcentristas nuevamente dentro de la sociedad.

⁸⁷ La Primera Piedra. Entrevista a Alika Kinan: "La prostitución es una de las instituciones opresivas creadas por el patriarcado". https://www.laprimerapiedra.com.ar/2018/03/entrevista-alika-kinan-prostitucion/

⁸⁸ Véase la sección de Introducción del presente trabajo.

ENTREVISTA A ALIKA KINAN: "LA PROSTITUCIÓN ES UNA DE LAS INSTITUCIONES OPRESIVAS CREADAS POR EL PATRIARCADO"

A pesar de que nos encontramos con jurisprudencia y doctrina que favorece una perspectiva de género, ésta no es la norma. A su vez, consideramos que una ideología abolicionista anti-trata es necesariamente un concepto que sí, en efecto, aplica la perspectiva de género. Consecuentemente, resulta inevitable que nos encontremos con fallos que no sean capaces de identificar las matices que hay dentro de la dinámica de mujeres víctimas y victimarias de la trata de personas con fines de explotación sexual.

Muchas veces, las mujeres que son identificadas como victimarias son en realidad víctimas responsabilizadas por sus propias situaciones y/o condiciones de extrema vulnerabilidad. Ésta es una realidad que, hemos notado reiteradamente, no se reconoce por nuestro derecho, por nuestros medios y por nuestra sociedad. Mientras se mantengan los conceptos de "malas chicas" y "malas víctimas", difícilmente podremos utilizar una visión abolicionista que verdaderamente sujete el ideal de que ninguna persona puede consentir a su propia explotación.

1

BIBLIOGRAFÍA

- Arduino, I. *Melina Romero*. *La Mala Victima*. Revista Anfibia. http://revistaanfibia.com/ensayo/la-mala-victima/ Consultado el 11/06/19
- Arduino, I. *Ultraviolento*. Revista Anfibia. http://revistaanfibia.com/ensayo/ultraviolentos/ Consultado el 11/06/19
- ALLAIN, J., Slavery in international law: of human exploitation and trafficking,
 Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2013, p. 10.
- Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1963, vol. II, p. 232.
- "Assat, Alejandro Ariel y otros s/recurso de casación".
- INECIP "La Trata Sexual en Argentina" UFASE. 2017. http://inecip.org/wp-content/uploads/Inecip-Trata-Sexual-en-Argentina-Din%C3%A1mica-del-Delito.pdf
 Consultado el 11/06/2019

- Azaola, E. (2013). Mujeres Presas por delitos del fuero federal en México. *Cruz Parcero, Juan A. y Rodolfo Vázquez. La mujer a través del derecho penal*.
- Barbitta, M. Trata de personas. Buenos aires. 2012
- "BATISTA, TERESA ISABEL S/ INFRACCIÓN ARTT. 145 BIS-CONFORME 26.842.
 INFRACCIÓN Art.145 TER CONFORME Art. 26 Ley 26842. PROSTITUCIÓN DE MAYORES
 (ART. 126) (SUSTITUIDO CONF. ART. 22 LEY 26.842)", Expte. No FCT 33021901/2012/TO1.
- BASSIOUNI, Ch., "Enslavement as an International Crime"..., op. cit., p. 448.
- Berdud, C. E. (2014). La definición de esclavitud en el Derecho Internacional a comienzos del siglo XXI. Revista electrónica de estudios internacionales (REEI), (28), 4-36., (p.1).
- Bravo, A. B. (2013). La trata de personas, esclavitud del siglo XXI.
- Colombo, M. y Mángano M. A. "Sobre víctimas y victimarias." El Delito de Trata de Personas. Herramientas para los defensores públicos. 2013
- Causa Nro. 13.780, "Aguirre López, Raúl M. s/rec. de casación" Reg. Nro. 1447/12, rta. 28/08/2012) y causa Nro. 12.479 "Palacio, Hugo Ramón s/rec. de casación", Reg. Nro. 2149/12, rta. 13/11/2012.
- Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29) de la OIT. https://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/definition/lang--es/index.htm
 Consultada el 10/06/2019
- Centro de Información Judicial (CIJ), Caso Marita Verón: el tribunal absolvió a todos los acusados. (2012) https://www.cij.gov.ar/nota-10440-Caso-Marita-Veron-el-tribunal-absolvio-a-todos-los-acusados.html
- UNODC: Global Report on Trafficking in Persons (2016).
 https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf
- Causa nº FSA 2699/2013/CFC1 caratulada: "LAMAS, Marina del Valle y TERAGUI, Héctor Nazareno s/ recurso de casación", Registro 939/2015.4 rta. 21/5/15, Sala IV de la CFCP.
- Di Liscia, M. H. B. (2015). Violencia sexual y discurso jurídico. Análisis de sentencias penales en casos de delitos contra la integridad sexual. Derecho y Ciencias Sociales, (13), 234-237. (p.11).
- Di Corleto, J., "La Construcción legal de la violencia contra las mujeres," en Di Corletto, J. (Comp.), Justicia Género y Violencia, Buenos Aires: Librarias, 2010, p.
 9.

- Di Corleto, J. (2017). Malas madres: aborto e infanticidio en la Ciudad de Buenos Aires: (fines del siglo XIX-principios del siglo XX).
- de Derechos Humanos, D. U. (1948). Declaración Universal de los Derechos humanos. *Declaración Universal de los derechos Humanos*. *Artículo 4º*.
- Fiscalia Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nro. 5, en la causa nro. 15278/17 (Fiscalnet 104649), caratulada "Pezo Silva Erika Paola y otros s/ infracción ley 23.737".
- Fuller, N. (2008). La perspectiva de género y la criminología: una relación prolífica. Tabula Rasa, (8), 97-110.
- Glickman, N. (2012). The Jewish White Slave Trade and the Untold Story of Raquel Liberman. Routledge.
- "Justino, Horacio Abel, Fernández Castillo Celia Aurora y Ledesma Ruben Lino Ezequiel s/recurso de casación".
- La Primera Piedra. Entrevista a Alika Kinan: "La prostitución es una de las instituciones opresivas creadas por el patriarcado". https://www.laprimerapiedra.com.ar/2018/03/entrevista-alika-kinan-prostitucion/ Consultada el 11/06/19
- Kalinsky, B. (2003). Una construcción antropológica del tratamiento jurídico-penal de madres imputadas de masacre familiar. En: Gazeta de Antropología, N° 19, 2003, Artículo 16.
- MacKinnon, C. A. (1982). Feminism, Marxism, method, and the state: An agenda for theory. Signs: Journal of women in culture and society, 7(3), 515-544. p. 23.
- MacKinnon, C. A. (2011). Trafficking, prostitution, and inequality. HARv. cR-cLL REv., 46, 271.
- "MARTÍNEZ HASSAN, Lourdes Silvana s/recurso de casación" causa Nro. FSA 7158/2016/TO1/CFC1
- Napolitano, S. S. G. (Ed.). (2015). Lecciones de derecho internacional público.
 Erreius.
- OIT, Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la ILO sobre la justicia social para una globalización equitativa_, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, 2012, CIT.101/III/1B, párrafo 272
- Olmedo, C. A. (2007). El tráfico ilegal de seres humanos para la explotación sexual y laboral: la esclavitud del siglo XXI. Nómadas, 15(1), 3.
- OHCHR, La Abolición de la Esclavitud y sus Formas contemporáneas (2002).

- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Protocolo de Palermo (2000)
- Ripoll, A. (2008). Colombia: semillero para la trata de personas. Revista de Relaciones internacionales, estrategia y seguridad, 3(1).
- Sbdar, C. Repensando la violencia de género desde una perspectiva sociológica.
 Centro de Información Judicial (CIJ), 2016. https://www.cij.gov.ar/nota-24489 Repensando-la-violencia-de-g-nero-desde-una-perspectiva-sociol-gica.html
 Consultada el 15/07/19
- Simpson, S. S. (1989). Feminist theory, crime, and justice. *Criminology*, 27(4), 605-632.
- "Un Crimen Conmocionante. Caso Angeles: el juez rechazó declarar nula la investigación" Diario Clarín. (2013) https://www.clarin.com/policiales/caso-angeles-rechazo-declarar-investigacion_0_BJC5llivmg.html Consultada el 11/06/19
- Vázquez, Santiago M. La trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual: una urgencia en la agenda feminista (2017): https://www.eldiario.es/catalunya/opinions/trata-explotacion-sexual-mujeres-patriarcado 6 689491067.html Consultada el 12/06/19
- Varela, C. I., & Daich, D. E. (2016). Entre el combate a la trata y la criminalización del trabajo sexual: las formas de gobierno de la prostitución;
- "Dossier: Violencia Contra las Personas." Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2015.
- http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/violencia_personas.pdf#page=1
 30 Consultada el 9/06/19
- "Qué es el trabajo forzoso, las formas modernas de esclavitud y la trata de seres humanos." Organización Mundial del Trabajo (OIT). https://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/definition/lang--es/index.htm.
 Consultada el 10/06/2019
- Valencia, L. A., Dos casos paradigmáticos en la lucha contra las redes de trata en la Argentina: Raquel Liberman y Marita Verón. (2012)
 http://www.rebelion.org/noticia.php?id=161511
- Varela, C. I., & Daich, D. E. (2016). Entre el combate a la trata y la criminalización del trabajo sexual: las formas de gobierno de la prostitución
- La Justicia de Alperovich absolvió a los imputados por el caso de Marita Verón.
 (2019). https://www.lapoliticaonline.com/nota/nota-87332/Consultado el 10/06/19

- "Trata de Personas y competencia federal" (Nota a fallo). Por Alejandro O. Tazza. (La Ley. Buenos Aires, 17 diciembre 2013)
- La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979)
- "LUNA, Leonel Claudio y LUQUE, María del Carmen s/ inf. arts. 145 bis y 145 ter inc. 1° y penúltimo párrafo- del C.P."
- "Scioli aceptó las renuncias de los jueces Piombo y Sal Llargués tras reducir pena a violador de un niño." Telam. (2015).
 http://www.telam.com.ar/notas/201507/111485-scioli-renuncias--jueces-piombo-y-sal-llargues-tras-reducir-pena-a-violador-de-un-nino.php Consultada 20/07/19
- "Hallaron muerta a Melina Romero". La Nación. (2014) https://www.lanacion.com.ar/seguridad/melina-romero-nid1729674 Consultada el 20/07/19
- UNICEF Bolivia. Forma de esclavitud moderna: la trata de personas, "La esclavitud en el siglo XXI: el flagelo de la Trata de personas" Centro Latinoamericano de Análisis Estratégico https://www.pressenza.com/es/2018/07/la-esclavitud-en-el-siglo-xxi-el-flagelo-de-la-trata-de-personas/ Consultada el 11/06/19

Universidad de SanAndrés