



## Una dogmática penal para el crimen organizado, o cómo imputar penalmente a las organizaciones criminales

Marcelo Colombo

Titular de la Procuraduría de Trata y Explotación de Personas (PROTEX)  
Argentina

Quiero empezar por agradecer a la Academia Pontificia, a sus organizadores la posibilidad de participar de esta magnífica cumbre, es un verdadero honor compartir mis reflexiones en este espacio.

Permítanme continuar por expresar unas pocas palabras acerca de mis antecedentes y trabajo actual. Desde el año 2008 (Año en que se sancionó la primera ley que impuso castigo penal a la trata de personas en la República Argentina) coordino como Fiscal, una Unidad Especial encargada de prestar asistencia a todas las Fiscalías Federales del país en la función de detectar, investigar y sancionar hechos de trata de personas. Todo cuanto se ha venido haciendo, entre ellos, los informes anuales de gestión, aparece difundido en nuestra página web – [www.mpf.gov.ar](http://www.mpf.gov.ar). Centralmente, desde la Unidad Fiscal se reciben y derivan las denuncias ingresadas por una línea de delación gratuita atendida las 24 horas del día (145), se inician investigaciones preliminares por hechos ocurridos en todo el territorio nacional, se litiga en juicio orales, y se elaboran estadísticas propias sobre la aplicación de la ley penal. En la Página web de nuestro organismo[1] podrán encontrar en formato digital la totalidad de sentencias dictadas por este delito, así como informes especiales, que proponen un análisis cualitativo sobre las dinámicas de la trata sexual y laboral en el país. A partir de todo este trabajo hemos podido conocer que, de acuerdo al Informe Global sobre la trata de personas elaborado bianualmente por las Naciones Unidas[2], la Argentina integra el grupo de países que ha obtenido más de 50 condenados por año (sólo un 16 por ciento de países alcanzó dicho objetivo).

Si bien ello permite seguir trabajando con optimismo sobre los muchos desafíos aún pendientes en la materia, mi presentación de hoy buscará abordar uno de esos desafíos; y uno muy importante desde nuestra perspectiva. Esto es, la necesidad de que las más altas jerarquías de las organizaciones criminales de la trata de personas sean alcanzadas por la justicia penal.

Así, buscaré mostrar de qué modo la dogmática penal y sus actuales estructuras conceptuales resultan aptas para imputar penalmente responsabilidad a los actores claves y más gananciosos en las organizaciones que explotan personas.

Señalaré que, a mi juicio, se trata principalmente de un problema de imputación, de un cambio de enfoque o perspectiva en el modo en que usualmente las agencias penales imputan delitos. Es más provechoso pensar cómo organizamos una investigación penal de este tipo, cómo construimos la investigación e imputación de sus miembros superiores, que crear figuras penales de emergencia que no van a salvar los déficits de una mala o limitada investigación.

Cinco puntos serán sintéticamente abordados.

Los primeros dos, esencialmente problemas de imputación penal objetiva y subjetiva, buscarán convencer que para establecer responsabilidad penal a los responsables superiores de una organización será necesario abandonar definitivamente **nociones tendencialmente empíricas** de causalidad, dominio e intención bien propias de los tradicionales delitos dolosos de acción, cometidos individualmente, flagrantes y de mano propia.

Los otros tres puntos resultan presupuestos operativos relacionados con la organización e investigación de este tipo de casos, igualmente necesarios para alcanzar el objetivo de llegar a las más altas esferas de las organizaciones criminales.

La preparación de esta presentación está inspirada en varias lecturas bibliográficas específicas pero ha tenido especialmente en cuenta las obras del jurista español Jesús María Silva Sánchez (*Fundamentos del derecho Penal de la Empresa*[3] y *Delitos de organización*[4], *Intervención a través de la organización o una forma moderna de participación en el delito*).

El crimen organizado puede obtener su definición jurídica en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional que en su artículo 2 (a) lo caracteriza como:

- Un grupo estructurado de tres o más personas que no fue formado de manera aleatoria;

- que ha existido por un periodo de tiempo;
- que actúa de manera premeditada con el objetivo de cometer un delito punible con, al menos, 4 años de encarcelamiento;
- con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero o material.

Las legislaciones penales internacionales han buscado encuadrar el castigo de estos grupos en dos modos diferentes: creando una figura penal que castigue la pertenencia o afiliación a este tipo de organizaciones para delinquir. El delito de asociación ilícita del Código Penal Argentino, artículo 210 de Código Penal Argentino, o *la associazione para delinquere* del artículo 416 del Código Penal Italiano, representan ejemplos de ello. Son fórmulas de política criminal que, más allá de los reparos constitucionales que les han sido opuestos, lo cierto es que rara vez dan lugar a condenas si es que no logra verificarse que esas asociaciones han cometido delitos concretos y verificables; y no en pocas ocasiones se ha (mal) utilizado este tipo de herramientas legales para castigar *asociaciones de personas* que llevan adelante *delitos de escasa peligrosidad o penalidad*, y no, como propone la citada Convención, delitos que tuvieran cuanto menos cuatro años de prisión como castigo previsto.

Una segunda forma de castigar penalmente al crimen organizado resulta de establecer un **elemento agravante** en la comisión de delitos que son previa y especialmente seleccionados por su gravedad, como ser el comercio de drogas o la trata de personas. A partir de ello, lo que se castiga así es *el modo o la forma* en que alguno de estos graves delitos se realiza. Esto es, se castiga especialmente el obrar organizado y estructuradamente es en la ejecución de estos crímenes, por el plus de antijuridicidad y peligrosidad que exhiben.

En este modelo de imputación, que prefiero, la organización no resulta castigada por su mera existencia o constitución, *sino a partir de los hechos concretos que comete*. El grupo organizado es, en definitiva, el instrumento o el modo, en que, por ejemplo, se explota sexualmente a mujeres en un prostíbulo de cualquier ciudad Latinoamericana previa captación en localidades o países vecinos; el modo en que se somete a servidumbre por deuda a costureros traídos de Bolivia en las ciudades de San Pablo o Buenos Aires.

Este segundo modelo, sin embargo, exige para su aplicación tener presente algunas consideraciones que seguidamente abordaré.

#### A. **Los delitos cometidos por organizaciones criminales presentan una disociación entre acción directa de explotar a otro y la decisión y responsabilidad de sus más altos mandos.**

Existe una distancia temporal y espacial entre la decisión y organización de las circunstancias objetivas que posibilitan la explotación, y la explotación misma. Explotación, cuya ejecución directa es generalmente reservada a un actor subordinado de bajo nivel de la organización.

El cuadrillero que recluta operarios para levantar y embolsar la hoja de yerba mate o la caña de azúcar en las haciendas de Argentina o Brasil, y les impone condiciones de trabajo análogas a la esclavitud, es un actor de muy baja relevancia en la organización. Es un actor que carece de autonomía decisoria respecto de la programación y organización del ciclo de producción del que participa con el aporte de su recortada tarea, lo cual lo coloca al borde de la irresponsabilidad penal, a veces por estado de necesidad, otras por coacción o porque resultan victimarios dentro de un sistema de producción que también a ellos los explota en términos de pago, extensión de jornadas, multas, condiciones de vivienda, higiene y seguridad. Estos autores directos, de propia mano, en la captación y explotación de personas, que en ocasiones condensan la paradójica condición de víctimas-victimarios, son actores perfectamente fungibles para los propósitos superiores de las altas esferas de la organización criminal.

Una adecuada interpretación dogmática que pretenda captar la responsabilidad penal de quienes son los verdaderos responsables de estas explotaciones, en tanto poseen la información, la logística, el financiamiento y la capacidad de decisión, debe acudir a criterios de imputación basados en conceptos de autoría por *“intervención a través de la organización”*, que constituye una categoría complementaria del conocido autor por dominio de un *“aparato organizado de poder”*, u otras categorías familiares que aborden la posibilidad de adjudicar la autoría por un dominio del hecho por infracción a deberes de vigilancia y control.

Debe recordarse que los hechos cometidos desde organizaciones se producen en contextos de división funcional del trabajo, tanto horizontal como vertical, en donde la ejecución material, la posesión de información relevante, la capacidad de decisión pueden hallarse en personas diferentes de la organización y *en diferente tiempo y espacio*. El aporte favorecedor de un miembro, *puede haberse efectuado de modo genérico para la organización y con mucha antelación*, y ese aporte es actualizado y concretado por la organización en el momento de la ejecución del hecho delictual. La organización en ese sentido garantiza la pervivencia del

riesgo creado por el aporte de aquél miembro y por otro lado garantiza la conexión de dicho riesgo con el generado por el interviniente directo del hecho delictivo concreto[5].

b) La configuración del **DOLO de los más altos responsables, en su sentido tradicional de intención y voluntad de participar del delito, suele resultar un obstáculo y precisa de una interpretación más actual.**

Otro factor importante, que entiendo consecuencia del señalado anteriormente, es la dificultad en la acreditación del dolo o intención de explotar a quienes no son sus ejecutores directos aun cuando realizaron aportes o contribuciones centrales a la organización que explota personas como parte de su organización empresarial.

Es el caso de, por ejemplo, el titular de una marca de pantalones que decide que su colección de primavera verano tendrá cuatro diferentes modelos, decide el tipo de tela, la compra, decide la cantidad de unidades que necesita producir, calcula y decide el costo que desea pagar por prenda. Luego de eso entrega la producción y confección de esas prendas a otras personas, a las que, pese a la obligación legal que tiene, no controla ni supervisa respecto del cumplimiento de las mínimas regulaciones laborales. Finalmente son estas terceras personas las que finalmente reclutan ciudadanos pobres de un país vecino y los someten a condiciones de servidumbre.

El titular de la marca suele esgrimir que aquella tercerización no le permitió conocer las concretas circunstancias de explotación que atravesaron las víctimas. Alegando que actuó sin el dolo, a lo sumo con imprudencia.

Para enfrentar este tipo de argumentos, tan superficiales como exitosos, es importante abandonar la idea de un concepto de dolo como estado mental de conocimiento o psicológico. Especialmente en supuestos en donde los altos responsables de la explotación se valen de ejecutores directos que actúan alejados temporal y espacialmente del momento en que la explotación se consume, es irrazonable exigir por parte de los decisores y organizadores de las condiciones de elaboración de esas prendas un conocimiento psicológico preciso de las circunstancias de la explotación, que por la propia lógica de la división funcional de la organización, ellos no ejecutan de mano propia. Una sensata respuesta a este difícil problema puede encontrarse en el derecho penal anglosajón a partir de las denominadas doctrinas de la ignorancia deliberada (*willful blindness*) y su base radica en que habrá que sostener la existencia de dolo allí donde al sujeto (en nuestro caso, el titular de la marca) pueda imputársele que debería haber conocido la situación de explotación, y que si no la conoció, fue porque provocó ese desconocimiento por acción u omisión[6].

La acreditación de este aspecto subjetivo, siempre esquivo para la administración de justicia, deberá apoyarse en la existencia de indicios objetivos que muestren la altísima *probabilidad* de que la explotación pudiera producirse. Entre esos indicios, para mencionar quizá el más importante, estará el *ínfimo precio pagado* por cada prenda cuyo conocimiento es inevitable para el dueño de la marca a partir de la ecuación económica financiera que debió proyectar para sustentar su producción y actividad. Ello resulta una inmejorable alerta del riesgo de que la explotación de personas era inevitable bajo tales condiciones. Debe recordarse que la propia Convención de Palermo en su artículo 5.2 propone que “*el conocimiento, la intención, la finalidad, el propósito... podrá inferirse de circunstancias fácticas objetivas*”.

c) **Investigación de Grupos vs investigación del caso por caso. Investigaciones Genéricas.**

Ya en un plano organizacional de la administración de justicia, resulta imprescindible que los actos delictivos cometidos por la organización no sean juzgados aislada y descontextualizadamente en expedientes comunicados entre sí.

De ese modo jamás podrá visualizarse la actuación de una organización criminal, pues a diferencia de lo que sucede con la inmensa mayoría de delitos que alimentan las agencias criminales, la existencia de una organización criminal es invisible a los ojos. Un agente policial no se tropieza con una organización criminal a la vuelta de la esquina. Su existencia seguramente se descubre a partir de una mirada integradora de varios casos, de la repetición de ciertos autores, sociedades, mismo patrón de comportamiento, identidad del lugar de captación de víctimas o de mecanismos de traslado. La organización de este tipo de investigaciones debe romper con la habitual limitación que impone la construcción de la hipótesis a partir del expediente, atado a la lógica del caso a caso. Para esto último es especialmente útil el trabajo de fiscalías especializadas y temáticas, direcciones de análisis criminal, o incluso Tribunales especializados temáticos, que concentren información y la sepan leerla en conjunto.

d) **Investigación patrimonial como instrumento para conocer al autor detrás del autor y sus grupos económicos.**

Más allá de la evidente utilidad y necesidad que pudiera tener la investigación patrimonial de los miembros superiores de la organización para fines de decomiso de bienes o incautación preventiva, circunstancia que

fue suficientemente tratada en anteriores intervenciones, o para cumplir con la obligación de perseguir a las organizaciones criminales en función del lavado de los activos que se generan (la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, artículos 6 y 7) este tipo de investigaciones patrimoniales es también crucial para conocer a los responsables más importantes de la explotación de personas, a quienes organizan los circuitos de explotación, quienes se enriquecen con ellos, quienes pagan la logística de transporte y alojamiento.

En la práctica forense se los conoce como los autores detrás del autor (directo), aunque resultaría preferible la de autor por arriba del autor.

#### **e) Investigación de la corrupción administrativa y de los actos dirigidos a la obstrucción de la investigación judicial en los crímenes organizados.**

La propia Convención sobre crimen organizado establece que la investigación y penalización de la corrupción es un aspecto esencial de la investigación del crimen organizado[7]. A partir de su propia definición, la permanencia en el tiempo de la organización sólo resulta explicable, en la mayoría de las ocasiones, a partir de los lazos de protección y connivencia que se han sabido construir. De allí que el castigo a esos actores ha de ser un objetivo primordial de cualquier investigación de que involucre una organización criminal de trata de personas. La protección sobre el funcionamiento de prostíbulos o lugares no habilitados para la realización de actividades que llevan a la explotación representa el hilo desde donde empezar a tirar.

Se suma a ello, la necesidad de cumplir con la persecución penal de los *actos delictivos colaterales o auxiliares* que este tipo de organizaciones suele cometer para sostener su impunidad. Entre ellos, muy especialmente, aquellos delitos cometidos para *obstruir la investigación*, otra obligación que también emana de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada transnacional –artículo 23- entre los que se destaca, en los casos de trata de personas, el amedrentamiento de testigos y testigos víctimas. En las organizaciones dedicadas a la trata de personas, como sobradamente se conoce, estas últimas son especialmente vulnerables a la coacción.

#### **f) Reflexiones finales.**

Para concluir, la lucha contra la criminalidad organizada no implicará en todos los casos perseguir a la camorra italiana, la Yakusa Japonesa, o las triadas chinas, para citar ciertos conocidos ejemplos, pues este tipo de criminalidad aparece también en estructuras organizativas más pequeñas, más parcializadas, de actuación más acotada y que no tienen necesariamente como propósito disputar el poder político de quienes gobiernan, sino la finalidad de obtener ganancias económicas.

También sirve comprender que existe criminalidad organizada en la actuación de sociedades comerciales que comparten finalidades lícitas con ilícitas. La explotación de personas en el sector agrario por parte de grandes corporaciones, o en el sector textil por parte de las empresas de indumentaria, son sólo algunos ejemplos de cómo determinadas empresas incluso de un alto crédito y prestigio social pueden derivar parte de su línea de producción hacia circuitos de explotación y criminalidad.

Algunas ideas para mejorar la imputación penal y la organización judicial de los casos para alcanzar a sus máximos responsables, intentaron ser abordadas en esta corta presentación. Implica un cambio de enfoque respecto del juzgamiento e imputación tradicional de los hechos delictivos que habitualmente nutren los sistemas penales. Y un cambio de paradigma, a partir del cual se propone dedicar menos energía a la persecución de hechos caracterizados por su simpleza, su flagrancia e imputados con escaso acceso positivo al poder, para concentrarla en quienes representan una amenaza mucho mayor para el sistema social.

Una administración de justicia penal desigual, que golpea repetidamente sobre las mismas castigadas cabezas no puede llamarse así misma justicia. De los hombres y mujeres que la integramos dependerá cambiarla.

[1] [www.mpf.gob.ar/protex](http://www.mpf.gob.ar/protex)

[2] Informe Mundial sobre trata de personas, de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el delito, UNODC, del año 2014, [www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Executive\\_Summary\\_Spanish.pdf](http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Executive_Summary_Spanish.pdf).

[3] Editorial B de F, Montevideo –Buenos Aires, 2003,

[4] Libro en coautoría con Manuel Cancio Meliá, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, Buenos Aires, 2008.

[5] Silva Sánchez, obra citada, página 108.

[6] Silva Sánchez, ob. cit. Páginas 25 y siguientes.

[7] Artículo 8 y 9 de la citada Convención.