

Tentativa, autoría y participación en la trata de personas

Agustín Daniel Sommer¹

SUMARIO: I.- Introducción; II.- Breve abordaje de la normativa penal involucrada; III.- Tentativa y trata de personas; IV.- Crimen organizado y trata de personas; V.- Autoría, participación criminal y crimen organizado; VI. - Planteo del problema; VII.- Conclusión; VIII.- Referencia bibliográfica

RESUMEN: El trabajo trata de un caso práctico sobre el delito de trata de personas y se plantean diversas soluciones desde la utilización de institutos como la tentativa, la autoría y la participación criminal, realizando al mismo tiempo una mirada al tipo penal desde el prisma del crimen organizado.

PALABRAS CLAVE: Trata de personas – autoría – participación criminal - tentativa

I.- Introducción

En delitos como el de trata de personas, cuando este es cometido por un conjunto de sujetos activos, la intervención de alguno de ellos -generalmente, quienes se emplazan en sus últimas etapas- puede verse coartada por la interrupción del iter criminis. Entonces, ¿Cómo responderán penalmente aquellos

¹ Abogado por la Universidad de la Cuenca del Plata. agussommer96@gmail.com

sujetos que no realizaron la actividad típica que les fue asignada? Tentativa, participación criminal o coautoría pueden ser las respuestas a esta incógnita.

II.- Breve abordaje de la normativa penal involucrada

a) El delito de trata de personas

El tipo penal de trata de personas, en su modalidad básica, lo hallamos legislado en el artículo 145 bis del Código Penal Argentino, expresando éste que:

“Será reprimido con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediere el consentimiento de la víctima.”
(Código Penal Argentino, 1984, artículo 145 bis).

La consumación de la figura se da con la realización de cualquiera de las acciones típicas descriptas en la norma (ofrecimiento, captación, traslado, etc.) sin la necesidad de que la explotación ulterior se configure. El tipo penal es de aquellos denominados como “de pura actividad” pues no requiere que se logre resultado alguno para su consumación, o configurando la realización del verbo típico un resultado en sí mismo. En cuanto a los sujetos intervinientes, la trata de personas puede implicar un único sujeto activo o, por el contrario, una cadena de personas que, individualmente, realizan una o varias de las acciones típicas descriptas por la norma (Buompadre, 2018, p. 263).

b) Tentativa

En cuanto al instituto de la tentativa, la misma se halla contemplada en los artículos 42 a 44 del Código Penal Argentino y prevé el caso de aquella persona que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad. (Código Penal Argentino, 1984, artículo 42). En estos casos, la sanción impuesta por la norma implica una disminución de la escala penal -para el delito que correspondiera- de un tercio en el mínimo y de un medio en el máximo.

c) Participación criminal

Este instituto se halla condensado en los artículos 45 a 49 del CPA. En lo que a este trabajo respecta, resulta útil la figura del “cómplice primario”, quien aporta una cooperación sin la cual del delito no hubiera podido cometerse (Código Penal Argentino, 1984, artículo 45). Explica Donna (2002, p. 113) que el cómplice

primario o cooperador necesario es el que en la etapa de preparación o ejecución del hecho aporta una contribución sin la cual el delito no hubiera podido cometerse, agregando, además -con cita a Bacigalupo-, que el elemento que caracteriza a esta forma de complicidad es la intensidad objetiva de su aporte al delito, ya que sin el mismo el hecho no hubiera podido existir de la misma forma en que acaeció.

d) Autoría

Finalmente, el concepto de autor es un elemento importante en cuanto a que el mismo implica un deslinde entre la figura de la participación criminal y la autoría del hecho, siguiendo nuestro texto legal de fondo un concepto restrictivo de autor. Esta definición implica que, según el Código Penal Argentino, solamente serán autores de un hecho aquellos que realicen la acción típica de la parte especial, mientras que a aquellos que únicamente presten auxilio o colaboración para su concreción no les cabera el mote, pues solamente se los persigue penalmente por su participación en el hecho.

Teorías aparte, actualmente es aceptada aquella que considera autor (o autores) de un hecho a quien tiene dominio del mismo; en otras palabras, puede decirse que se considera autor a quien puede decidir el sí y el cómo del hecho (González, 2018). Pero ¿cómo diferenciamos estos dos niveles?

Este mismo autor explica que el dato de que el aporte o auxilio al hecho resulte determinante para que suceda, implica de por sí que quien lo realiza tiene un dominio sobre el hecho. Entonces, concluye que la figura de la participación criminal se verá relegada solo a aquellos donde, además del dominio del hecho, se requieren otros elementos objetivos. Esto relega a la figura de la participación criminal a cumplir funciones solamente cuando el delito en cuestión es uno de “mano propia” (la acción debe realizarse por el autor sin intermediarios) o de los denominados “delitos especiales propios” (se requiere una especial característica en el sujeto activo).

También existen diversos “tipos” de autoría. Estas construcciones jurídicas ayudan a abarcar las diversas modalidades delictivas y a mitigar la imposibilidad de sanción de aquellas actividades que no se apegan estrictamente a una concepción clásica de delito donde éste es cometido en su totalidad por una sola persona.

Repasando sucintamente los conceptos que sirven al presente trabajo, podemos mencionar a la autoría directa, individual o de propia mano. En este tipo

de autoría, el sujeto activo comete el hecho por sí mismo -o, incluso, valiéndose de la involuntaria participación de un tercero, señala González (2018)-. La coautoría existe cuando, previo acuerdo de voluntades, el hecho delictivo se comete mediante un accionar conjunto de sujetos activos. Aquí, la coautoría de los intervinientes se sustenta en un codominio del hecho, denominado “dominio funcional” en atención a la repartición de tareas.

Para la existencia de una coautoría funcional deben reunirse cuatro elementos: a) plan criminal / acuerdo de voluntades de los sujetos; b) división de los roles o funciones c) que los sujetos realicen un aporte objetivo esencial al hecho y d) que ese aporte haya sido realizado en la etapa de ejecución del ilícito. Este es el ejemplo clásico de un grupo de delincuentes que, para cometer un robo a un banco, se reparten los roles del hecho, acordando quien reducirá al personal de seguridad, quien tomará el dinero y quien se encarga de intimidar y controlar a los clientes presentes.

Cabe mencionar que la coautoría funcional permite resolver el problema de aquellos hechos donde, al observarse individualmente el accionar de cada sujeto activo, no puede concluirse categóricamente que se reúnen todos los elementos del tipo.

III.- Tentativa y trata de personas

Autores han mencionado que al tratarse de un delito de mera actividad (la consumación se da inmediatamente con la realización de la conducta, no exigiéndose, por ejemplo, algún elemento diferente en el tipo objetivo), en principio, la tentativa resultaría imposible. Sin embargo, también existe un sector de la doctrina que lo considera viable en casos en que el autor ha iniciado el proceso de seducción, pero un tercero descubre el propósito y, frente a ello, el sujeto activo no lo consuma (Barbitta, 2013). Abosso (2014) la considera viable.

Barbitta (2013) cita un caso en la jurisprudencia nacional del Tribunal Oral Criminal Federal N° 2 de Córdoba, (causa N° P-9/09, caratulada “PHR s/ trata de personas menores de edad para su explotación”. Sentencia de fecha 27/04/10) donde se condena al imputado del delito de trata de persona en grado de tentativa por haber intentado entusiasmar a menores de edad para viajar a la ciudad de Mendoza (con fines de explotación), aunque por motivos ajenos a su persona, el plan criminal se vio frustrado.

Tal como se ha aclarado anteriormente, el delito de trata de personas puede incluir diversas fases como el ofrecimiento, captación, traslado, etc. No resulta ilógico elucubrar una situación donde el sujeto pasivo del delito de trata de personas se halla dentro de una de estas fases (por ejemplo, el traslado) y, en ese momento, por el motivo que fuere, la víctima logra huir o, existiendo consentimiento de esta última, un tercero impide la continuación del delito. En este escenario y en principio, el accionar de la persona que tenía previamente acordado un futuro acogimiento de la víctima del delito se hallaría en condiciones de ser investigado y juzgado por el delito de trata de personas, en su modalidad de acogimiento o recepción en grado de tentativa. El mismo escenario puede darse si el iter criminis se corta en la etapa de la captación y la persona que debía trasladar a la víctima no logra hacerlo por el motivo que fuere. En tal sentido, podría decirse que la posibilidad de la tentativa en el delito estudiado resulta cristalina, aunque veremos que en casos como el descrito la lógica propia del tipo penal hará variar esta solución.

Cabe mencionar también que la conclusión a la que se arriba previamente obedece a la lógica de que, cuando observamos al delito de la trata de personas en aquellas oportunidades en que el mismo es cometido por más de una persona, desde una óptica individualista, llegamos a la conclusión de que la criminalidad de todos los sujetos intervinientes, en sus distintas fases, puede o debe de ser analizada de forma separada.

Este tipo de razonamiento rememora el abordaje que realiza el método científico al momento del estudio de algún área en particular, dividiendo al objeto en todas sus partes para ser comprendidas de manera diferenciada, facilitando una eventual catalogación o reorganización de sus componentes.

Sin embargo, esta suerte de escisión de la responsabilidad penal difiere de la misma naturaleza del delito que, desde la lógica que se expone posteriormente, ha de observarse de manera conglomerada. Y es que, desde la óptica de los compromisos internacionales consignados por el Estado, la trata de personas no puede ser considerado como un delito del montón. El protocolo de Palermo (2000) o Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional permite que la óptica desde la que se aborda, previene, investiga, juzga y sanciona el delito de trata de personas sea diferente de aquella con la que el Estado imparte justicia ante

cualquier otro tipo de crimen. Asimismo, la Ley 26.364 prevé en su artículo 1 la implementación de medidas para sancionar el delito de trata de personas.

Entonces, cuando el tipo penal de estudio es visto desde el prisma del “crimen organizado”, cabe preguntarnos si una perspectiva meramente individual agota la lógica jurídica construida para la sanción de estos hechos. Desde ya, adelantamos que nuestra opinión es que no. Pero, al fin y al cabo ¿de qué se trata la nueva perspectiva planteada?

IV.- Crimen organizado y trata de personas

El concepto de crimen organizado, dentro del cual puede suscribirse al delito de la trata de personas, implica también entender que las modalidades comisivas del tipo penal obedecen a un proceso delictivo sistematizado que adquiere tintes similares al de la producción fordista de bienes donde el bien (delito), en su producción, atraviesa diferentes etapas (modalidades comisivas) en las que intervendrán sujetos enteramente dedicados a la etapa de producción que le corresponde a cada uno, lo que en principio presume cierta autonomía que en realidad no existe, pues la finalidad de cada etapa es la concreción de un resultado único: la explotación de la persona, que como puede vaticinarse con facilidad, adquiere un paralelismo con el bien o producto que egresa de la cadena de producción ya finalizado.

La técnica legislativa utilizada por el legislador al regular este tipo particular de delitos, entre los cuales también podemos incluir al tipo penal del artículo 128 del C.P.A., resulta llamativa y merece mención. Abosso (2020) al referirse a ella los denomina como “delitos corporativos” o “delitos de organización” y resalta un equiparamiento de todas las conductas descriptas por la norma con fundamento en la necesidad y merecimiento de pena. Abordaremos posteriormente el trabajo del Dr. Abosso en materia de autoría y participación en este tipo de delitos.

La automatización de los mecanismos a través de los que se van gestando las distintas etapas del delito y como ellas forman parte de un complejo único delictivo implican necesariamente una estructura o red organizada y que solamente funciona -y se pone en marcha- gracias a la previa armonización de todas sus fases y los sujetos que allí intervienen.

Desde esta perspectiva y en cuanto al delito de trata de personas, puede afirmarse lo siguiente: una persona difícilmente busque captar a otra para explotarla sin un acuerdo con otra persona que pueda encargarse del transporte de la víctima,

ni esta última transportará a la víctima si no existe alguien dispuesto a recibir o acoger a la víctima.

En este contexto, intentar sancionar a un conjunto de personas que cometen el tipo penal dividiendo sus comportamientos como si los mismos actuaran individualmente y sin el respaldo que la red de trata puede ofrecer conlleva a un desfasaje que coarta la -al menos, en parte- la capacidad sancionatoria de la justicia. Incluso, este razonamiento podría implicar el apartamiento del marco normativo internacional que actualmente brinda el contexto político criminal ideal para una mayor persecución y sanción de la actividad criminal tratada.

Desde esta construcción puede cimentarse la necesidad de que estos delitos de organización sean observados por el juzgador como un delito que, por sus características, engloba una red compleja de aportes, pero que decantan en un único injusto penal. En esta inteligencia, el iter criminis del delito posee un nivel “macro” donde yace aquella red, mientras que la misma se compone de forma “micro” por pilares que sostienen a una totalidad y que no pueden ser escindidos unos de otros, pues ello implicaría la inexistencia de la faz macro del tipo penal.

V.- Autoría, participación criminal y crimen organizado

La mera existencia de los denominados delitos de organización o corporativos requiere, como ya se mencionó, un punto de vista que contemple las complejidades de los tipos penales, permitiendo una congruencia entre el juzgamiento, la técnica legislativa utilizada y los compromisos internacionalmente afianzados.

En cuanto a la autoría y participación en los delitos corporativos, surge un interesante resultado a partir de la aplicación del citado punto de vista. La autoría, en muchos casos, extiende su marco de actuación, mientras que la participación criminal lo reduce. Abosso (2020) contempla esta particularidad y explica que se da “(...) una huida silenciosa, pero progresiva, de la aplicación de las reglas de participación acuñadas en la Parte General del Código Penal hacia la aceptación de un concepto unitario o extensivo del autor.”.

Cuando nos referimos a un concepto unitario o extensivo del autor, amén de las diferencias de estas definiciones, hablamos de una concepción político criminal o legislativa que conlleva a borrar los límites existentes entre el autor de un hecho delictivo y aquellos que simplemente participan colaborando o prestando auxilio en él. Puede divisarse aquí cierto roce con el contenido de la normativa relativa a la participación criminal de la parte general del Código Penal, atento a

que la misma marca tajantemente un concepto restrictivo de autor, diferenciando a éste del que solamente “participa” en la comisión. Tal vez el desafío en puerta implica lograr un equilibrio entre esta interpretación extensiva de autor y los principios de legalidad y de lesividad.

Explica el Dr. Abosso que existe otra corriente que, sin referirse a las reglas de la autoría, posa su mirada en el contenido del injusto penal en los delitos de organización, respaldando de esta forma toda política criminal que, con fundamento en la afectación de bienes jurídicos diferentes de los denominados “individuales”, pregona la penalización de la simple pertenencia a este tipo de organizaciones.

Entiendo que desde el punto de vista de la normativa que regula la participación criminal, este instituto no puede simplemente ser desplazado del todo, al menos, sin ignorar los principios constitucionales de mención. Y con ello no me refiero simplemente a la necesaria diferenciación entre los sujetos que integran la red organizada del tipo penal y aquellos que no, sino a los mismos sujetos que pueden circunscribirse a ella. La amplitud que hallamos en la concepción de autor en este tipo de delitos de organización se ve auspiciada por la misma letra de la norma que, en su redacción, abarca los diferentes modos en que la misma construye un injusto penal global. Ahora bien, cabe mencionar que ello no debiera implicar que todo aporte realizado en el marco del delito de trata de personas implica autoría, incluso si este aporte es realizado por uno de los eslabones de la cadena delictiva, pues las reglas o presupuestos de la coautoría exigen ulteriores requisitos.

VI.- Planteo del problema

La conjunción de los institutos penales tratados fue desarrollada a los fines de poder plantear el problema que implica la interrupción del iter criminis del delito de trata de personas. Veamos el siguiente caso práctico del delito de trata de personas:

“A” es el encargado de captar personas; luego, “B” se encarga de su traslado y las lleva hasta el burdel de “C”, quien recibe a las personas y se encarga de la explotación de ellas. Para el caso de que el delito se desarrolle y culmine con el cumplimiento de las tres fases, estamos en posición de afirmar que existe una coautoría funcional por parte de los sujetos activos, pues hay acuerdo de

voluntades, división de tareas y aportes esenciales realizados en la fase ejecutiva del ilícito.

Sin embargo, puede suceder que durante el traslado que realizare B, la situación es advertida por un tercero e interviene personal policial, poniendo en resguardo a la víctima. ¿Cómo tratamos la responsabilidad penal de los diferentes autores?

En recepción del marco brindado por el contexto de criminalidad organizada en el que se legisla el tipo penal, una solución posible es la de considerar a todos los sujetos intervinientes (A, B y C) como **coautores** del delito de trata de personas, independientemente de que uno de ellos no haya realizado la actividad típica. Esta fundamentación puede sustentarse en la complejidad que conlleva un delito de organización donde, como un mecanismo aceitado, las fases del injusto penal requieren de la armonización de todos sus intervinientes para la concreción de un fin ulterior, la explotación económica de una persona.

A modo de observación, A y B han realizado los tipos penales descriptos en la norma (captación y traslado, respectivamente), mientras que C no. También es verdad que las particularidades de los delitos de organización contemplan tres instancias: división de tareas que, aunque futura (en el caso del rol de C), es un requisito previo para el mismo comienzo del hecho; acuerdo de voluntades y, finalmente, un aporte esencial en la etapa de ejecución. ¿Cómo fundamos la coautoría entonces?

Podemos aproximarnos a un intento de solución mediante la variación del caso práctico planteado: A es el encargado de la captación de personas. B es el encargado de trasladarlas, mientras que J y K son dueños de diferentes burdeles en la ciudad de Posadas, y serán quienes acojan a las víctimas de la red de trata. El iter criminis se desarrolla con normalidad. B, encargado del traslado de dos personas (víctimas), lleva a la primera al burdel de J, quien la recibe y acoge en su comercio; luego, al dirigirse B hacia el local de K, una persona advierte la situación delictiva y da aviso a las autoridades, quienes intervienen poniendo en resguardo a la segunda víctima, la cual se hallaba en proceso de traslado acompañada de B; posteriormente, la red de trata es desmantelada en su totalidad.

Hallar una respuesta a la última incógnita propuesta significaría que la sola realización de una de las modalidades comisivas del delito extendería sus efectos a todos aquellos que intervienen en la concreción de las distintas fases (a pesar de

que no se hayan cumplido aún), existiendo una coautoría funcional entre ellos. De esta forma, resultaría indiferente si el iter criminis se ve interrumpido antes de que la víctima pueda ser recepcionada por K, puesto que la atribución recíproca de las consecuencias propia de la coautoría le asigna un mismo tratamiento penal en ambos casos.

¿Coautoría o participación criminal?

Una de las principales consecuencias derivadas de la aplicación de la coautoría es la citada aplicación recíproca de las consecuencias. En otras palabras, todos los coautores responden en la misma medida por la comisión del ilícito, independientemente del rol asumido.

En cuanto a la cuestión de la autoría en los delitos corporativos o de organización, explica Abosso (2020) que existen dos corrientes destinadas a tratar el problema; la primera -tal como ya se ha reseñado- implica la solución del problema mediante el dominio funcional del hecho que realizan todos los sujetos que actúan orgánicamente en la actividad delictiva, lo que podría llevar al desuso de la figura de la participación criminal en contraposición con un auge en la utilización del instituto de la autoría, en este tipo particular de delitos.

Desde luego, una respuesta o resolución del conflicto fundada en esta primera corriente tratada resulta a todas luces procedente cuando nos referimos a un hecho delictivo de trata de personas en el que todos los sujetos de la cadena han intervenido en la realización de sus roles. La coautoría funcional de los miembros de esta mancomunidad se sustenta en la cooperación de los sujetos para la concreción del fin común a todos, la explotación.

Sin embargo, ¿cómo hacemos armonizar los requisitos de la coautoría funcional en un caso práctico donde uno de los sujetos (“K”) no ha realizado ninguno de los verbos típicos de la norma? Pues como se ha mencionado, además del acuerdo de voluntades y la división de los roles (elementos claramente existentes en el caso), se requiere un aporte objetivo y esencial realizado en la etapa de ejecución del hecho.

En cuanto al “aporte objetivo” requerido, desde el particular punto de vista de los delitos de organización, la mera preexistencia de todas y cada una de las fases organizacionales de la actividad delictiva resultan una condición sin la cual el ilícito no podría siquiera ponerse en marcha. Pero diferente es el hecho de encasillar este aporte, que se cumple con la mera pertenencia a la organización criminal, a la etapa

de la ejecución del hecho, cuando el sujeto al que intenta juzgarse como coautor del hecho no ha llegado a desempeñar el rol asignado. Entonces, es esta necesidad de que el aporte se de en la etapa de ejecución lo que nos causaría conflictos. Tal vez podría darse respuesta a esta problemática mediante la segunda corriente citada por el Dr. Abosso, donde se aboga por evitar realizar construcciones jurídicas desde la autoría en este tipo de delitos, poniendo atención en cambio a la especialidad del injusto penal y de los bienes jurídicos lesionados, justificando la tipificación de la sola pertenencia o participación en este tipo de asociaciones. Pero ello, en todo caso, podría ayudarnos a resolver el problema a futuro, mas no en un caso actual.

Una posible solución puede proponerse desde el tratamiento del instituto de la tentativa en la coautoría de delitos, atento a que el problema que nos ocupa pareciera ser el mismo, aunque la situación problemática se da en un estadio más avanzado que en casos de tentativa en la coautoría. Nuevamente puede hablarse aquí de dos corrientes, la “solución global” y la “solución individual”. A grandes rasgos, la solución global extiende la responsabilidad penal del coautor que inició la ejecución a todos los demás codelincuentes, aunque estos últimos no hayan realizado actividad alguna. La solución individual, por el contrario, concluye que el comienzo de ejecución debe valorarse separadamente para cada sujeto.

En cuanto a la llamada solución global, la punibilidad de todos los sujetos se sustenta en que su intervención se habría dado en el marco de una “acción colectiva” que crea un riesgo jurídicamente desaprobado que quebranta la norma. Concordando entonces con una concepción global o colectiva del delito, se busca posar la mirada más allá de un ámbito individual, es decir, en la faz comunicativa de la conducta que, desde el punto de vista normativo, deben ser interpretadas según el significado que comuniquen (García Roman, 2017).

Transpolando esta solución global al caso práctico, puede concluirse lo siguiente: No caben dudas de la consumación de uno o varios de los verbos típicos del tipo penal de la trata de personas -mas no todos-, pues la captación y el traslado sí se cumplen. Esta consumación permite argumentar que el delito de trata de personas, en su modalidad de captación y traslado ya se halla consumado, sin perjuicio de sus futuras fases. Esta consumación no es individual para cada sujeto que realiza el verbo típico, ya que como se ha mencionado, todos ellos actúan bajo una modalidad delictual organizacional donde la existencia de sus miembros brinda el sustento necesario para que el ilícito ocurra. Esta dependencia del esquema delictual de la existencia de sujetos que lo sustenten podría permitir superar la

problemática del “aporte esencial durante la ejecución del hecho” si argumentamos que el aporte que cada miembro realiza al hecho con su mera pertenencia al sistema es constante y global en el suceso, resultando imputable a todos, todo lo ocurrido en el iter criminis (sin perder de vista el previo y necesario acuerdo de voluntades).

Con esta concepción, el mero emplazamiento de un sujeto en la organización, aunado con el acuerdo de voluntades para realizar un aporte objetivo a la concreción del ilícito, permite una red compleja de colaboración y aportes que, aunque futuros, garantiza el comienzo de ejecución y la consumación del tipo penal. Puede decirse entonces que formar parte de una organización delictual, sumado a un acuerdo de voluntades y división de funciones implicaría necesariamente, en los casos donde ha comenzado su ejecución, un aporte esencial que surte efectos durante toda la vida del delito; en cualquiera de los denominados del tipo corporativo, sustentando así la existencia de una coautoría funcional de A, B, J y K en el caso puesto en análisis.

Roxin (2000) explica con relación a la diferenciación entre coautoría y participación que tal y como para la teoría objetivo individual (en materia de diferenciación de actos preparatorios con actos de ejecución), todo lo que aparece como conectado inseparablemente a la acción típica formara parte de ella, todo lo que está unido al acto de realización de la acción típica pertenece, desde el sentido de la teoría del dominio del hecho, a la fase ejecutiva. Concluye diciendo entonces que existirá la coautoría cuando la aportación al hecho se revele funcionalmente trascendente en el marco del complejo unitario de acción. Este carácter trascendente es la dimensión que puede asignarse a la pertenencia a una organización delictiva, si le agregamos un acuerdo de voluntades y la división de roles en un ilícito por venir, por supuesto, siempre y cuando pueda comprobarse que su funcionamiento esquemático así lo requiere.

En lo relativo al dominio del hecho, buscando fundamentar el dominio funcional del hecho de aquellos sujetos que no pudieron realizar su parte en el plan criminal, debe de moverse el foco del momento en que se analiza este dominio para que sea compatible con la coautoría funcional. Desde luego que K no posee el dominio del hecho si observamos solamente el rol que debía cumplir en el camino del delito, pues no comienza ni llega a concretarlo. Sin embargo, y nuevamente desde el punto de vista de un delito organizacional, si centramos nuestra atención en la especial influencia que cumple la función que cada sujeto se compromete a ejecutar en las etapas venideras del delito, concluiremos lo mismo que al verter las

consideraciones relativas al aporte realizado en la etapa ejecutivo del hecho. Esto es que, si el aporte esencial realizado por los sujetos es constante o global en el complejo unitario del delito y se da por su simple pertenencia a la organización, también debe considerarse constante y global el dominio que todo sujeto ejerce o ejercerá, pues el retiro de su intervención impide la continuación del delito colectivamente concebido.

Empero, las posibilidades de utilizar análogamente la solución global en el tema central también acarrearán las críticas que a esta solución se le enrostran. Por ejemplo, se ataca a la solución global, justamente, por la incompatibilidad con los postulados de la coautoría. Resulta que en el campo de la coautoría -como ya se dijo- se exige que los aportes esenciales se realicen en la etapa de ejecución del hecho; por ello, en materia de tentativa, siguiendo esta lógica, puede exigirse un aporte efectivo que debiera manifestarse en el comienzo de la ejecución.

Traduciendo esta suerte de defecto al caso en análisis, es criticable que el aporte que realiza K no se da en la etapa de ejecución del hecho. Sin embargo, entiendo que esta observación ya se ha superado cuando decimos que el aporte de los intervinientes en el delito de tipo organizacional es omnipresente al mismo con la mera pertenencia al esquema delictual, existiendo en todas sus etapas.

También se ataca a la solución global por considerar que violenta el derecho penal de acto, pues busca imputar la tentativa a quien aún no ha realizado ningún acto penalmente relevante (García Roman, 2017). No puede negarse que K estaría siendo condenado como coautor de un hecho cuyo rol asignado no ha sido realizado, debiendo además forzar la interpretación de lo que consideramos un aporte esencial en la etapa de ejecución.

Otra cuestión para tener en cuenta si adoptamos esta solución es la relativa a la graduación de pena que podría caberle a K. Volviendo a los hechos del problema práctico, pareciera lógico que K no puede recibir la misma pena que J, atento a que no ha realizado la acción típica que le fuera asignada en la división de tareas; J, en cambio, sí consuma la recepción de la víctima. Caso contrario, podría materializarse un conflicto con el principio de lesividad, pues estamos definitivamente ante un menor grado de injusto penal cuando K no realiza el aporte que le fue asignado. Zaffaroni (2007) explica que *“mientras no hay una lesión no hay un conflicto; mientras no hay un conflicto no puede haber un delito y, por ende, sería absurdo que el poder punitivo pretenda entrometerse”*. En este mismo sentido, mientras menor es la lesión al bien jurídico, menor es el conflicto; mientras menor es el

conflicto, también deberá ser menor la medida en que el poder punitivo se entrometa.

En síntesis, la pena de este último, a pesar de ser considerado coautor al igual que todos, deberá verse reducida (desde luego, obviando posibles cuestiones personales que hagan variar esta situación).

La conclusión no debiera variar si la existencia de J fuera completamente quitada, puesto que K aún seguiría siendo coautor en conjunto con A y B, habiendo estos dos realizado el verbo típico asignado en función a la división de tareas, mientras que K no.

En fin, el dato de que la interpretación y adaptación de los sucesos a la teoría del dominio del hecho y los requisitos de la coautoría se desenvuelven forzosamente parecieran ser, al menos, atendibles.

Otra solución que permitiría apartarnos del centro del conflicto generado en caso de defender la coautoría funcional de K viene dada por el instituto ya tratado de la participación. Juzgar a K como cómplice primario del delito permite distender la rigurosidad de la fundamentación con relación a los aportes realizados en la etapa ejecutiva del hecho, evitando también la crítica que catalogaría a aquella solución como propia de un derecho penal de autor.

En cuanto a la escala penal, le corresponderá la misma que a los autores del hecho, con la necesaria reducción que por el principio de afectación mínima o lesividad debiera practicarse; esta arista tampoco difiere de la solución que intenta imputar a K la coautoría del hecho delictivo, por lo que no debiera considerarse una contraindicación, toda vez que debe ser tenido en cuenta en ambos supuestos, sin perjuicio del monto de pena que finalmente correspondería en un caso y otro.

VII.- Conclusión

Sea cual sea la solución asumida para encarar el caso, existirá una lucha constante entre dos ejes fundamentales en el análisis de casos. Por un lado, respetar los principios y garantías del derecho y proceso penal y, por otro, sancionar de manera contundente esta estirpe de delitos cuya complejidad trae aparejada un desafío institucional. Hallar una solución adecuada podría, como en muchos otros casos, determinarse mediante la forma menos dañosa para estos ideales perseguidos por la justicia.

En cuanto a lo que el futuro importa, el desafío que implican los delitos de organización urge al Estado la adecuación de sus funciones para su prevención, persecución y eventual sanción. Considero cuanto menos interesante la corriente que aboga por la tipificación de la participación en este tipo de organizaciones más o menos organizadas y esquematizadas, evitando así recurrir a intrincadas construcciones dogmáticas que en su afán de abarcar una mayor cantidad de supuestos puede rozar en vulneraciones de principios rectores.

VIII.- Referencias bibliográficas

- Abosso, G. E. (2014). El delito de trata de personas. *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*.
- Abosso, G. E. (2020). TRATA DE PERSONAS Y EXPLOTACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN COMO FORMAS DE EXPLOTACIÓN HUMANA EN EL MARCO DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA: A 20 AÑOS DE LA CONVENCION DE PALERMO CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL Y SUS PROTOCOLOS. *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*.
- Buompadre, J. E. (2018). *Derecho penal: parte especial*. Resistencia: ConTexto.
- Congreso de la Nación Argentina. (1984). Código Penal Argentino. Argentina.
- Donna, E. A. (2002). *La autoría y participación*. Rubinzal - Culzoni.
- García Roman, C. (Julio de 2017). La tentativa en la coautoría. Un acercamiento a la solución global e individual. *La tentativa en la coautoría. Un acercamiento a la solución global e individual*. Argentina.
- Gonzalez, R. L. (2018). *Derecho penal: parte general*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea.
- Roxin, C. (2000). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Zaffaroni, L. E., Slokar, A., & Alagia, A. (2007). *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar.