

MANUAL de CAPACITACIÓN

Para operadores de justicia durante
la investigación y el proceso penal
en casos de trata de personas



MANUAL de CAPACITACIÓN

**Para operadores de justicia durante
la investigación y el proceso penal
en casos de trata de personas**

**MANUAL de CAPACITACIÓN
Para operadores de justicia durante
la investigación y el proceso penal
en casos de trata de personas**

© Organización Internacional
para las Migraciones (OIM)
Instituto de Democracia y Derechos
Humanos de la Pontificia Universidad
Católica del Perú (IDEHPUCP)

ISBN: 978-612-45626-6-2

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N° 2012-03181

Coordinación:

Dolores Cortés y Melissa Gamarra (OIM)

Autor:

Yván Montoya Vivanco

Colaboradores:

Renata Bregaglio

José Alejandro Godoy

Rafael Chanjan

Fanny Quispe

Diseño y diagramación:

Renzo Espinel y Luis de la Lama

Impresión:

Gráfica Columbus S R LTDA

Edición a cargo de la Organización
Internacional para las Migraciones (OIM)
Calle Miguel Seminario 320 - piso 14
San Isidro, Lima
Página Web: www.oimlima.org.pe

ÍNDICE

Introducción	7
Capítulo 1	
PRECISIONES Y DIFERENCIACIONES CONCEPTUALES DEL DELITO DE TRATA	9
1.1 La trata de personas	10
1.2 El tráfico ilícito de migrantes	13
1.3 La prostitución de personas	14
1.4 El proxenetismo	16
1.5 La explotación sexual o laboral de personas	17
1.6 El rufianismo	19
Capítulo 2	
EL FENÓMENO DE LA TRATA DE PERSONAS A NIVEL INTERNACIONAL Y NACIONAL	21
2.1 El fenómeno de la trata de personas	21
2.1.1 El fenómeno de la trata de personas en el plano internacional	21
2.1.2 El fenómeno de la trata de personas en el plano nacional	24
2.1.3 Comparación estadística entre la trata de personas a nivel internacional y nacional	28
2.2 El proceso de la trata de personas, sus elementos y contexto criminológico	29
2.2.1 El proceso de la trata de personas y sus elementos	29
2.2.2 Contexto criminológico de la trata de personas	32
2.2.2.1 La perspectiva internacional	32
2.2.2.2 La perspectiva nacional	34
Capítulo 3	
LA APLICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNO: ESPECIAL CONSIDERACIÓN PARA LA INTERPRETACIÓN DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS	37
3.1 Relación entre el Derecho internacional y el Derecho interno de cara a la aplicación de aquel por los operadores del sistema penal	39
3.2 Los convenios internacionales de protección frente a la trata y otros convenios conexos como criterios interpretativos del tipo penal nacional de trata de personas	44
3.2.1 Interpretación del bien jurídico	44
3.2.2 Interpretación de los elementos normativos del tipo penal de trata de personas	44
Capítulo 4	
EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS Y EL PROBLEMA CONCURSAL CON OTROS DELITOS CONEXOS	49
4.1 Análisis del delito de trata de personas tipificado en el Código Penal peruano	50
4.1.1 Bien jurídico protegido	50

4.1.2	Tipo objetivo	52
4.1.2.1	Los sujetos del delito	52
4.1.2.2	La(s) conducta(s) típica(s)	53
4.1.3	Tipo subjetivo: dolo y finalidad de explotación	60
4.2	El delito de trata y las relaciones con otros tipos penales conexos	61
4.2.1	Respecto del delito de favorecimiento a la prostitución	64
4.2.2	Respecto del delito de rufianismo	67
4.2.3	Respecto del delito de violación sexual	69
4.2.4	Respecto del delito de usuario-cliente	70
4.2.5	Respecto del delito de explotación sexual comercial infantil y adolescente en el ámbito del turismo	71
4.2.6	Respecto del delito de inducción a la prostitución	73
4.2.7	Respecto del delito de explotación laboral	74
4.2.8	Respecto del delito de tráfico ilícito de migrantes	75

Capítulo 5

	LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS	79
5.1	La investigación proactiva y reactiva	79
5.2	Diligencias de búsqueda de pruebas	81
5.2.1	Allanamiento	81
5.2.2	Incautación	86
5.2.3	Aseguramiento e incautación de documentos privados	87
5.2.4	Exhibición forzosa de documentos	87
5.2.5	Clausura y vigilancia de locales	88
5.3	Técnicas especiales de investigación	88
5.3.1	La vigilancia electrónica	88
5.4	Otros medios de prueba	90
5.4.1	La declaración de la víctima	90
5.4.2	Reconocimiento	91
5.4.3	Prueba anticipada	92
5.5	Asistencia de víctimas y testigos	92
5.5.1	La víctima como sujeto de derechos	93
5.5.2	Derechos de las víctimas	94
5.5.3	La información a las víctimas	94
5.5.4	La asistencia a las víctimas	95
5.5.5	Protección de víctimas y testigos	97

Anexo

	CASOS PARA TRABAJAR EN EL CAPÍTULO 4	101
--	---	-----

INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la trata de personas y su problemática, así como la concurrencia con otras figuras penales afines, vienen siendo estudiados tanto por especialistas de los instrumentos internacionales vinculados a la prevención y represión de este delito como por la doctrina penal comparada. Esta situación contrasta con su incipiente tratamiento en la doctrina y la jurisprudencia penal nacional.

Por ello, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEH-PUCP) han considerado importante, dentro de sus fines y objetivos institucionales, contribuir con una mejor persecución del delito de trata de personas y otras conductas criminales concurrentes a través de la producción de un manual de capacitación dirigido a jueces y fiscales, para un mejor tratamiento judicial de este tipo de conductas delictivas.

Dado que uno de los principales obstáculos que enfrentan los operadores de justicia es la difícil comprensión del tipo penal de trata de personas, previsto en el artículo 153 del Código Penal, este manual inicia su capítulo 1 con un análisis de la literatura sobre trata de personas y se refiere a la polisemia de algunos de los conceptos y nociones que se utilizan en este delito y en otros tipos penales concurrentes con la trata.

En este punto se podrá constatar entonces que la propia expresión de «trata de personas» incluye, para algunos autores, la efectiva explotación (sexual o laboral) de las víctimas, mientras para otros especialistas esta última situación es sólo el objeto o finalidad de la trata. Incluso el propio concepto de explotación (sexual o laboral) puede tener, como veremos posteriormente, diversos alcances dependiendo de la perspectiva que se utilice. De la misma manera, resulta necesario esclarecer el concepto común de prostitución que puede aplicarse tanto a mayores como al caso de menores de edad. De otro lado, hay quienes incluyen dentro del concepto de trata el elemento «desarraigo» de la víctima, mientras que otros autores consideran que este elemento no resulta necesario para configurar una situación de trata de personas.

Finalmente, y sólo a manera de ejemplo, existe también confusión sobre los elementos que integran el concepto de proxenetismo. Nos referimos, por ejemplo, a la habitualidad o promiscuidad que algunos autores exigen para que nos encontremos ante un caso de prostitución o la dilucidación sobre el tipo de actividades que esta práctica supone, en particular, si la misma sólo implica actos de acceso carnal. Asimismo, es importante dilucidar si la prostitución presupone una situación de explotación de la persona prostituida, incluso en casos de que sea una conducta consentida, o si este tipo de explotación no es necesaria.

El esclarecimiento de estos y otros conceptos resulta esencial para comprender el alcance de la prohibición del delito de trata de personas y de las conductas prohibidas en otros tipos penales concurrentes tales como proxenetismo (art. 181 CP), rufianismo (art. 180

CP), explotación sexual comercial infantil y adolescente (art. 181-A CP), favorecimiento a la prostitución (art. 179 CP), penalización de la relación usuario – cliente cuando la víctima es menor de edad (art 179-A CP), tráfico ilícito de migrantes-(art. 303-A CP).

Aclarados los conceptos, sobre la base de las definiciones y prohibiciones normativas establecidas en la legislación nacional y en algunos instrumentos internacionales de prevención y represión de la trata de personas y figuras afines, corresponde hacer, en el capítulo 2, un breve análisis sociológico del referido fenómeno de la trata. Esta sección presentará a fiscales y jueces el contexto criminológico en el que se manifiestan estos delitos en el Perú. En concreto, se analizará si la trata como fenómeno criminal debe presuponer necesariamente la existencia de grandes organizaciones criminales o si la realidad criminológica peruana es predominantemente diferente.

Al enfrentarnos a la temática de la trata, no basta con analizar la normativa nacional. Existen, por el contrario, numerosos tratados e instrumentos internacionales de prevención y represión de la trata de personas y de otras prácticas ilícitas concurrentes, que se suman a los ya existentes convenios para reprimir el crimen organizado vinculado a estos delitos, algunos de los cuales han sido firmados y ratificados por el Perú. El capítulo 3 aborda la problemática de la coexistencia de estos instrumentos, esclarece el ámbito de protección específico de estos tratados y, sobre todo, precisa el valor que nuestros jueces pueden apreciar en tales instrumentos internacionales para tratar este tipo de conductas.

Asimismo, resulta necesario analizar la tipificación realizada por el legislador penal peruano frente a la trata y otros comportamientos concurrentes. Este análisis, que será desarrollado en el capítulo 4, se verá facilitado con las delimitaciones conceptuales presentadas en la primera parte del presente trabajo. Será el objetivo de este capítulo determinar cuál o cuáles tipos penales – si existe un concurso de delitos – se aplican frente a un hecho concreto. A manera de ejemplo, resulta importante dilucidar las diferencias y relaciones que se pueden presentar entre el nuevo delito de trata de personas y el delito de proxenetismo. Igualmente resulta necesario detenernos brevemente en los aspectos dogmático-penales del delito de trata de personas y de los demás posibles delitos concurrentes. Ello supone evaluar la naturaleza de los tipos penales, la calidad de sujeto activo y pasivo, el momento en que se consuma cada uno de dichos delitos y las formas de participación delictiva, entre otros temas del Derecho Penal aplicables a estos tipos penales.

Finalmente, el capítulo 5 presenta algunos aspectos procesales relacionados con la investigación y procesamiento de estos delitos. Aquí se esclarecerán algunos aspectos vinculados a la teoría de la prueba en el tratamiento de este tipo de conductas.

El documento, realizado con un alto rigor académico y presentado en un lenguaje amigable para su uso, es una herramienta valiosa para incidir en un mejor tratamiento de este tipo delictivo. La OIM y el IDEH-PUCP agradecen al Gobierno de Canadá por el invaluable apoyo para la realización de esta publicación. Ambas instituciones esperan que el presente manual contribuya a que los agentes del sistema de justicia encargados de la investigación de la trata de personas puedan procesar con mayor precisión conceptual este tipo de crímenes, que vienen siendo materia de análisis y persecución en todo el mundo y que, en el Perú, deben motivar una mejor actuación de todos los estamentos estatales.

CAPÍTULO 1

PRECISIONES Y DIFERENCIACIONES CONCEPTUALES DEL DELITO DE TRATA

Para comprender a cabalidad el delito de trata de personas, en particular los aspectos referidos al análisis dogmático de este tipo penal y de los tipos penales concurrentes¹, debemos iniciar el desarrollo de este manual con precisiones y delimitaciones conceptuales de los principales términos o elementos utilizados en la descripción de las conductas prohibidas por estos tipos penales indicados.

Los términos y elementos que explicaremos brevemente en este capítulo son los siguientes:

- Tráfico ilegal de migrantes
- Trata de personas
- Proxenetismo
- Prostitución
- Rufianismo
- Explotación sexual o laboral

Cabe señalar que la discusión sobre estos conceptos implica una valoración social sobre los mismos, lo que puede conllevar varios significados.² Sin embargo, estos conceptos han pasado a integrar rápidamente las normas de diversos tratados internacionales de protección de los derechos humanos de los cuales el Perú es parte y que han sido implementados a través de normas internas, en particular, las normas del Código Penal peruano. Es por ello que, además de estos instrumentos internacionales, resulta pertinente referirse a los conceptos establecidos en la norma penal para el delito de trata de personas y las figuras

Los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos que inciden de manera fundamental en la delimitación de los conceptos que son objeto del presente trabajo son:

- El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones contra la Delincuencia Organizada Transnacional, denominado **Protocolo de Palermo sobre trata de personas**.
- El Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, denominado **Protocolo de Palermo sobre tráfico de migrantes**.
- El *Protocolo facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*.
- El Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación (Convenio OIT 182).

penales concurrentes. Asimismo, resultará necesario revisar las definiciones establecidas en el artículo 3 del Reglamento de la Ley N° 28950,³ la Ley N° 28950,

1 Nos referimos a los delitos de proxenetismo (artículo 181 del Código Penal), rufianismo (artículo 180 del Código Penal), explotación sexual comercial infantil (artículo 181-A del Código Penal), favorecimiento a la prostitución (artículo 179 del Código Penal), penalización de la relación usuario – cliente cuando la víctima es menor de edad (artículo 179-A del Código Penal), y tráfico ilícito de migrantes (artículo 303-A del Código Penal).

2 Ver ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 361.

3 Aprobado por Decreto Supremo N° 007- 2008-IN.

Ley contra la Trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes.

En ese sentido, teniendo en cuenta que este manual está dirigido a operadores del sistema de justicia, las definiciones o delimitaciones conceptuales propuestas se basan, en primer lugar, en las definiciones contenidas en las fuentes normativas antes indicadas, priorizando las disposiciones penales internas. En defecto de lo anterior, sea por ausencia de definiciones normativas o por la imprecisión de las mismas, acudiremos al desarrollo jurisprudencial nacional si lo hubiere. Finalmente, se considerará la doctrina penal comparada y nacional más reconocida, en la medida que sea pertinente en nuestro marco normativo penal interno.

1.1 LA TRATA DE PERSONAS

La entrada en vigencia para el Perú del **Protocolo de Palermo sobre Trata de Personas** motivó la necesidad de revisar el concepto de Trata de personas contenido en nuestro Código Penal⁴, modificando el artículo 153°.

De acuerdo con dicho Protocolo, se entiende por Trata de personas

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. Este fin 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;

De acuerdo con esta definición podemos identificar tres elementos básicos que caracterizan la trata de personas⁵:

1. Un comportamiento referido a alguna etapa del proceso de captación, traslado o establecimiento de la víctima,
2. Los medios que privan la libertad o vician el consentimiento de la víctima y
3. Los fines de explotación de la misma.

Atendiendo a estos tres elementos que integran ambos textos normativos, éstos coinciden en varios elementos comunes pero, a diferencia de la definición establecida por el Protocolo de Palermo⁶ sobre Trata

4 La Ley N° 28950, de enero de 2007 modificó el artículo 153 del Código Penal que regulaba la trata de personas desde 1991. El actual artículo 153° dispone:

"El que promueve, favorece, financia o facilita la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país, recurriendo a: la violencia, la amenaza u otras formas de coacción, la privación de libertad, el fraude, el engaño, el abuso del poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión de pagos o beneficios, con fines de explotación (venta de niños) para que ejerzan la prostitución, someterlo a esclavitud sexual u otras formas de explotación sexual, obligarlo a mendigar, a realizar trabajos o servicios forzados, a la servidumbre, la esclavitud u prácticas análogas a la esclavitud u otras formas de esclavitud laboral o extracción o tráfico de órganos o tejidos humanos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.

La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considerará trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios señalados en el párrafo anterior."

5 Sobre estos tres elementos ver GERONIMI, Eduardo. *Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores migrantes, Perspectiva sobre migraciones laborales*, Ginebra: OIT, 2002, p. 20. y también CORTES TORO, Dolores. *El concepto de la trata de personas y su lugar en la agenda migratoria: el caso de los países andinos*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006. p. 4-6.

6 Artículo 3° del Protocolo de Palermo sobre trata de personas:

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.

de Personas, nuestra legislación penal incluye algunos elementos adicionales que implican un mayor alcance de protección en comparación con el estándar establecido por esta norma internacional⁷. Estas similitudes y diferencias son las siguientes:

CONDUCTAS

Para el Protocolo de Palermo sobre trata de Personas, las conductas alternativas que describen la trata de personas son la captación, transporte, traslado, acogida o la recepción de personas.⁸ Por el contrario, el artículo 153º del Código Penal añade a estas modalidades típicas una nueva: la "**retención**", esto es, **la privación de la libertad de una persona, sea para que ésta permanezca en el territorio nacional o para su salida o entrada del territorio nacional.**

Cabe resaltar que ni el mencionado Protocolo de Palermo ni el Código Penal establecen como requisito de la trata de personas la movilidad transnacional o el elemento transfronterizo de personas. No obstante, esta no es una característica necesaria de la trata de personas.

MEDIOS

Los medios son los mecanismos que utiliza el tratante para suprimir o viciar la voluntad de la víctima con el fin de explotarla. El Protocolo de Palermo sobre Trata de personas reconoce varios medios y cualquiera de ellos puede verificar la existencia de una conducta típica de trata de personas:

- la amenaza,
- el uso de la fuerza,
- la coacción,

- el rapto,
- el fraude,
- el engaño,
- el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad
- la concesión de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra.⁹

El Código Penal peruano, por su parte, coincide casi íntegramente con dichos medios, pero mejora el empleo de los términos. Así, en lugar del término "**rapto**" utiliza la expresión más omnicomprendiva de "**privación de la libertad**" o, en lugar de "**uso de la fuerza**", emplea el término "**violencia**".

Ninguno de los medios coercitivos indicados es necesario en el supuesto que la víctima sea un menor de edad.

FINES

Los fines de la trata de personas constituyen la nota característica de este tipo penal que permite una distinción clara con la figura del tráfico ilícito de inmigrantes. Si bien ambos constituyen una acción de "tráfico de personas", es posible plantear una diferencia en cuanto a los fines de esa transacción.

Así, en el caso de la trata de personas, el fin del tráfico de personas está determinado por la explotación de éstas (explotación humana). El Protocolo de Palermo sobre Trata de personas señala una relación mínima de formas de explotación humana, por lo que es posible considerar supuestos de explotación diversos a los no previstos en la definición del mencionado Protocolo, como son la explotación de la pros-

7 Dado que la intervención penal implica una forma de protección de los derechos de las personas frente a este tipo de prácticas, consideramos que el mayor alcance que esta legislación manifieste en su protección debe evaluarse positivamente puesto que la norma internacional establece sólo una base mínima a partir del cual los Estados pueden establecer estándares más altos de protección de los derechos humanos.

8 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). *La trata de personas: una realidad en el Perú. Diagnóstico y Módulo de capacitación para capacitadores*. Lima, Mayo 2007, pp. 13 y 14. También OIM y otros. *La trata de personas. Aspectos básicos*. México, 2006, pp. 19 y 20.

9 Este es el caso de los padres o tutores que aceptan dinero o alguna ventaja patrimonial a efectos de autorizar a un tercero la explotación de su hijo o hija.

titución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o formas análogas, la servidumbre o la extracción de órganos.

En el caso peruano, el Código Penal coincide con los fines de explotación señalados por el Protocolo de Palermo sobre Trata de Personas, pero agrega y precisa algunos otros tipos de explotación. Si bien nuestra legislación no denomina explícitamente dichas formas de explotación como "explotación humana", consideramos que deben entenderse como tales.

Así, la ley penal peruana resalta explícitamente la modalidad de **esclavitud sexual** (aunque consideramos que esta referencia resultaba innecesaria dado que se encontraba subsumida en las otras formas de explotación sexual) **venta de niños, sometimiento a la mendicación** o la **extracción o tráfico de tejidos humanos**. Reiteramos nuevamente que, a pesar que el Código Penal no considera estos últimos fines explícitamente como formas de explotación humana, éstos son susceptibles de ser considerados como tales por las razones que explicaremos en el acápite referido al elemento "explotación".¹⁰

COMPARACION ENTRE MARCO DE PROTECCIÓN DEL PROTOCOLO DE PALERMO Y EL CÓDIGO PENAL PERUANO

BANDAS DEFINICIONALES	PROTOCOLO DE PALERMO SOBRE TRATA DE PERSONAS	LEY PENAL PERUANA
CONDUCTAS	<ul style="list-style-type: none"> • Captación • Transporte • Traslado • Acogida o la recepción de personas 	<ul style="list-style-type: none"> • Captación • Transporte • Traslado • Acogida o la recepción de personas • Retención de personas
MEDIOS	<ul style="list-style-type: none"> • Amenaza • Uso de la fuerza • Coacción • Rapto • Fraude • Engaño • Abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o concesión de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra 	<ul style="list-style-type: none"> • Amenaza • Violencia • Coacción • Privación de la libertad • Fraude • Engaño • Abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o concesión de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra
FINES	<p>Relación mínima de tipos de explotación humana:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual • Trabajos o servicios forzados • Esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud • Servidumbre • Extracción de órganos 	<p>Se añade:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Esclavitud sexual • Venta de niños • Sometimiento a la mendicación • Extracción o tráfico de tejidos humanos

10 Ver pag. X

Sobre la base de estas consideraciones, podemos entonces definir a la Trata de personas como **Cualquier comportamiento de una persona relacionado con el proceso de captación, movilidad o establecimiento de otra persona, utilizando o aprovechando sobre esta última algún medio que anule o vicie su capacidad de autodeterminación con la finalidad de explotarla sexual o laboralmente.**

Nótese que no se incluye en esta definición ningún elemento que exija al desplazamiento o traslado de la víctima un carácter transnacional de la víctima o la finalidad mercantil o lucrativa de la trata de personas. Tampoco constituye un elemento de este concepto el desarraigo de la víctima o que ésta haya sido efectivamente explotada. La explotación de la persona se plantea en la definición como una finalidad o un propósito de los tratantes al momento de la comisión de las conductas típicas de captación, traslado o recepción.

nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material;

Al igual que la trata, a partir de esta definición pueden evidenciarse tres elementos esenciales:

1. El carácter necesariamente transfronterizo de la movilidad o traslado de las víctimas
2. La afectación de la política migratoria de un país¹²
3. El propósito subjetivo de obtener lucro o una ventaja patrimonial con el traslado de personas.

1.2 EL TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES

El **Protocolo de Palermo sobre Tráfico de Migrantes** ha promovido la inclusión en el Código Penal peruano de este delito.¹¹ Esta conducta delictiva, si bien mantiene algún elemento común con la trata de personas, se diferencia de ésta en algunas características.

De acuerdo con dicho Protocolo, se entiende como tráfico ilícito de migrantes a

la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea

Como podemos observar, no se incluyen dentro de la definición de tráfico ilícito de personas elementos como el fin de la explotación de personas ni se exige necesariamente la privación o restricción de la libertad de las víctimas. Incorporar a esta definición un ánimo de lucro por el servicio prestado al migrante no implica la presencia de una situación de explotación del sujeto pasivo. Como analizaremos más adelante, debe distinguirse entre la obtención de un provecho económico por un servicio que se presta y la explotación misma de la persona entendida como abuso o violación de sus derechos fundamentales.

Para concluir:

Sobre la base de estas consideraciones, podemos entonces definir al tráfico ilícito de migrantes como **La promoción o facilitación del desplazamiento irregular de una persona a un país distinto al suyo con el fin de obtener un provecho económico de dicho servicio de desplazamiento***

* DAUNIS RODRIGUEZ, Alberto. Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas. En *Revista para el análisis del Derecho INDRET*, enero, 2010, pp. 20-21.

11 Artículo 303-A del Código Penal: "El favorecimiento o facilitación de la entrada o salida ilegal del país de una persona por parte de otra con el fin de que ésta directa o indirectamente obtenga lucro o cualquier otro beneficio para sí o para tercero, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años."

12 PEREZ CEPEDA, Ana Isabel. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*. Granada: Editorial Comares. 2004, p. 30.

El término común para la delimitación posterior entre tráfico ilegal de migrantes (artículo 303-A° del CP) y trata de personas (artículo 153° del CP) es el de "tráfico de personas"¹³ o "traslado de personas". Debe entenderse como tal a toda conducta que promueve, favorece o facilita la posibilidad de movimiento o tránsito de personas de un ámbito geográfico a otro. Nótese que no hemos añadido en esta definición la finalidad de explotación ni el carácter transfronterizo o interno del movimiento de personas. Tampoco hemos incluido el carácter lucrativo de dicho servicio de tránsito.

Se trata, entonces, de un concepto base que en sí mismo no tiene una connotación ilícita o penalmente relevante, sino que sirve de elemento común a ambas prácticas ilícitas, tal como veremos seguidamente. En cambio, las diferencias entre el delito de tráfico ilícito de migrantes y el de trata de personas son múltiples como se aprecia a continuación:

- a. **El carácter no necesariamente transfronterizo de la trata de personas:**¹⁴ La trata de personas no necesariamente supone el cruce de fronteras de una persona hacia otro Estado (lo que se conoce como *trata externa*). Por el contrario, la trata de personas puede presentarse también en los casos de movilidad o tránsito de una persona dentro del propio territorio nacional (denominada *trata interna*) y también en los casos de movilidad o tránsito de una persona en la propia localidad, provincia o departamento (llamada *trata local*).
- b. **Violación de la política migratoria:** Vinculado a lo señalado líneas arriba, el tráfico ilícito de migrantes supone el acto mediante el cual una persona traslada o transporta a otra con el fin de que entre o salga del país, vulnerando la política migratoria del mismo y así obtener una ventaja patrimonial. En el caso de la trata de personas,

por el contrario, no siempre se producirá la vulneración de la política migratoria del país receptor, salvo en los casos de trata externa.

- c. **El fin que se persigue con la movilidad de personas:** En el caso de la trata de personas estamos ante un fin de explotación de la persona transportada o movilizada (explotación sexual, laboral, etc.). Por el contrario, en el caso del delito de tráfico ilícito de inmigrantes el fin es esencialmente el lucro o cualquier otra ventaja patrimonial, pero no la explotación de la persona en sí misma.
- d. **El consentimiento:** Mientras el tráfico ilícito de inmigrantes presupone el consentimiento de la persona que es objeto de transporte o traslado¹⁵, en la trata de personas la víctima nunca ha expresado consentimiento o si lo hizo dicha aceptación devino en viciada o sin valor alguno, dado los medios coactivos utilizados en su contra.¹⁶ Sin embargo, esta diferencia debe ser parcialmente matizada. Como señala Pérez Cepeda los factores que motivan que un sujeto abandone su país para asentarse en otro son, en la mayoría de los casos, situaciones extraordinarias que determinan una suerte de contexto coactivo: dictaduras, desastres, crisis económicas, conflictos internos que los imposibilita a ver horizontes mínimamente dignos en sus países. De cualquier forma, para nuestro Código Penal, el tráfico ilícito de inmigrantes no presupone como elemento necesario la privación o restricción de la libertad ni tampoco algún tipo de vicio del consentimiento.

1.3 LA PROSTITUCIÓN DE PERSONAS

El término prostitución es utilizado por el Código Penal en varias oportunidades: en la definición de la trata de personas (artículo 153°), en el delito de fa-

13 Idem. p. 32. Señala esta autora que se trata de una expresión genérica que comprende dos tipos de situaciones: por un lado la trata de personas (trafficking in human being) y por el otro el favoritismo de la inmigración clandestina o ilícita.

14 GERONIMI, Eduardo. *Perspectivas sobre migraciones laborales. Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores migrantes*. Ginebra: OIT, 2002. p. 16.

15 VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de Trata de personas: Análisis del nuevo artículo 177 BIS CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. La Coruña, 2010, N° 14. p. 823.

16 En el mismo sentido DAUNIS RODRIGUEZ, Alberto. Op. Cit. p. 8.

vorecimiento de la prostitución (artículo 179º) y en el delito de rufianismo (artículo 180º). A pesar de ello, debe quedar claro que nuestro legislador penal no criminaliza la prostitución como actividad en sí misma sino a los terceros que intervienen en dicha actividad, tal como veremos en el Capítulo 4.

Podemos definir la prostitución (ya sea de personas mayores o menores de edad) como la **prestación de servicios de naturaleza sexual a cambio de una retribución, con cierta habitualidad y promiscuidad**.¹⁷

Se identifican así cuatro elementos de la definición:

1. Prestación de servicios de naturaleza sexual
2. Retribución económica
3. Habitualidad
4. Promiscuidad

Estos elementos requieren una explicación, al punto que, como analizaremos a continuación, la habitualidad y promiscuidad son sumamente discutibles y hasta prescindibles.

En primer lugar, en relación con el elemento de **prestación de servicios sexuales**, tradicionalmente la doctrina entendía sólo al acceso carnal o violación sexual típica. Sin embargo, esta concepción fue ampliada a otros supuestos análogos como el coito oral, la introducción de objetos, masturbaciones, tocamientos, besos, etc.¹⁸.

En relación con la **retribución o precio**, este elemento tiene diversas interpretaciones. Algunas, como la manifestada por la profesora Aguado López¹⁹, señalan que "*consiste en una contraprestación económi-*

ca". Sin embargo, consideramos que este elemento debe entenderse en sentido amplio, como la obtención de una ventaja patrimonial o extra patrimonial. Por ejemplo, sería prostitución la actividad sexual que ejerce la persona con el fin de obtener aprobación o protección en cierto grupo social.

Finalmente, en relación con la **habitualidad y promiscuidad** estos son elementos discutibles en la doctrina. Por promiscuidad debe entenderse la entrega a una pluralidad de personas, sean éstas seleccionadas o indiscriminadas²⁰. Consideramos, al igual que Tamarit Sumalla, que este no es un elemento necesario del concepto de prostitución, dada la evolución de esta actividad y el carácter moralista del concepto²¹. Por otro lado, en relación con la habitualidad, algunos autores²² consideran que la prostitución "*no es un acto sino una actividad en la que una persona hace de su sexualidad un objeto de comercio*". Otros autores como García Albero,²³ por el contrario, discrepan de dicho elemento, poniendo como ejemplo el caso de los menores de edad. En estos casos se señala, con razón, que no se puede esperar que la intervención proceda recién al momento en que el menor se dedique de manera habitual a la prostitución, sino que bastaría con que el menor en una ocasión haya mantenido una relación sexual a cambio de precio, para considerar que existe explotación sexual infantil. Esta posición, ajena a una concepción moralista de la prostitución, permitirá prevenir actos altamente riesgosos para el proceso de desarrollo psicológico e integral del menor. Un solo acto como el descrito supondría ya la iniciación de la explotación del menor en la práctica de la prostitución.²⁴ Este es el espíritu del Protocolo Facultativo de la Conven-

17 COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DIEZ, Manuel. *Comentarios al Código penal*. Artículo 187. Madrid: EDESA, 2002, p. 700; TAMARIT SUMALLA, Josep María. *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual*. Navarra: Arazandi, 2002, pp. 76 y 77 y AGUADO LOPEZ, Sara. *El delito de corrupción de menores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 14 y 15.

18 DIEZ RIPOLLES, José L. – ROMEO CASABONA, Carlos (coordinadores). *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II*. Valencia: Tirant lo banch, 2004. 485.

19 AGUADO LOPEZ, Sara. Loc. Cit.

20 Idem. p. 15

21 TAMARIT SUMALLA, Josep María. Op. Cit. p. 78

22 GARCIA PEREZ, Octavio. *Comentarios al Código penal. Parte Especial II*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 487.

23 Citado por GARCIA PEREZ, Octavio. Op. Cit. p. 488. En igual sentido COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DIEZ, Manuel. Op. Cit. p. 704

24 ORTS BERENQUER, Enrique y SUAREZ MIRA, Carlos. *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, pp. 209 y 210.

En consecuencia una concepción de prostitución que permita incluir los casos de mayores y menores de edad tendría que definirse de manera amplia, esto es, como:

La prestación de una actividad de naturaleza sexual de una persona a favor de otra a cambio de una retribución patrimonial o cualquier otra ventaja extra patrimonial*

ción sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil cuando prohíbe el ofrecimiento o entrega de un niño con fines de prostitución (artículo 3 inciso b).

Es importante hacer notar que la definición propuesta no incluye como elemento necesario la ausencia de consentimiento o privación de la libertad de la prostituta mayor de edad. Evidentemente esto cambia en los casos de menores de edad en que se protege no la libertad sexual en estricto, sino la indemnidad sexual. En estos casos siempre se presume *iure et de iure* ausencia de consentimiento.

Finalmente, no debemos confundir el ejercicio de la prostitución por parte de una persona, con la explotación sexual de la misma. No debemos olvidar que la prostitución es una especie del género de actividades con connotación sexual que pueden, en determinadas circunstancias, convertirse en una forma de explotación sexual. Entre las otras actividades con connotación sexual pueden citarse la intervención de menores en la elaboración de material pornográfico o en espectáculos pornográficos, la exposición al turismo sexual, etc.²⁵

1.4 EL PROXENETISMO

Para comprender el alcance y los límites del concepto de proxenetismo en nuestra legislación penal resulta importante, en primer lugar, situar este delito en el modelo político criminal que ha optado nuestro legislador. En el derecho comparado son los modelos que explican el tratamiento del proxenetismo:

- El **modelo abolicionista**:²⁶ plantea la supresión del ejercicio de la prostitución a través de la criminalización de todas aquellas conductas de terceros que la promuevan, favorezcan o sostengan. Esta perspectiva puede asentarse en una perspectiva moralista de cuestionamiento al ejercicio de la prostitución o en una perspectiva más moderna basada en un discurso de género que considera a la prostitución como una expresión de discriminación hacia la mujer.
- El **modelo liberalizador**: basado en la afirmación de la libertad sexual de las personas²⁷, postula la irrelevancia penal (comportamiento atípico) de todo comportamiento favorecedor o facilitador de la prostitución libremente consentida de per-

* "De esta manera por prostitución infantil, entenderíamos la entrega sexual de un menor de edad a cambio de retribución con proyección de habitualidad".

25 Un aspecto a tener en cuenta es la diferencia entre el concepto de prostitución infantil y el de corrupción de menores. La evolución democrática y pluralista de la sociedad ha motivado una definición más restrictiva y objetiva y, en tal sentido, la corrupción de menores se define como "*la realización de uno o varios actos de naturaleza sexual con un menor de edad que le causen un perjuicio en su desarrollo sexual*". Bajo esta última perspectiva la corrupción de menores es un concepto más amplio que el de prostitución infantil. La prostitución puede formar parte del concepto de corrupción por que a través de la prostitución se puede corromper a un menor. Pero la prostitución no es la única forma de corromper ya que se puede perjudicar el desarrollo sexual del menor con la práctica de cualquier acto de naturaleza sexual que no implique la prostitución.

En mi concepto, el término corrupción sexual infantil es equivalente al concepto de explotación sexual infantil, pero con énfasis opuestos. Efectivamente, en el caso de la corrupción infantil la definición pone el énfasis en las consecuencias que las actividades sexuales tienen sobre los niños, niñas o adolescentes, en cambio la explotación sexual infantil pone el énfasis en la actuación del agente perpetrador sobre el menor objeto de corrupción.

26 GARCIA PEREZ, Octavio. Op. Cit. pp. 478 y 479.

27 Idem, p. 478.

Desde una perspectiva extensiva, compatible con nuestro ordenamiento jurídico, el proxenetismo puede definirse como:

Cualquier tipo de conducta de favorecimiento, aprovechamiento o facilitación de la prostitución ajena.*

sonas mayores de edad. Ello en coherencia con la protección de la libertad sexual en este tipo de comportamientos²⁸.

El proxenetismo es un comportamiento directamente relacionado con el ejercicio de la prostitución. Sin embargo, cabe recordar que mientras esta última no constituye un delito en sí misma, el proxenetismo, como forma de intervención de terceros en el ejercicio de la prostitución ajena, si se encuentra prohibido por diversos tipos penales.

Esta definición de proxenetismo comprende una serie de supuestos tales como la tercería locativa (ser dueño o arrendador del local donde se ejerce la prostitución), la gestión, administración o coordinación del negocio de la prostitución,²⁹ o la explotación del ejercicio de la prostitución ajena. Este último caso comprendería los casos de rufianismo como veremos posteriormente.

La legislación penal peruana, incluyendo las reformas recientes, se orienta plenamente a un modelo abolicionista. Esto implica la incorporación de una serie de disposiciones penales dirigidas a criminalizar las diversas formas de intervención de terceros en el ejercicio de la prostitución ajena: el favorecimiento a la prostitución (artículo 179° del CP), el usuario -cliente (artículo 179-A° del CP), el rufianismo (artículo 180° del CP) y el denominado proxenetismo (artículo 181° del CP).

No obstante, debemos precisar que a pesar de las nomenclaturas, el delito proxenetismo se encuentra tipificado en los artículos 179° y 180° de nuestro Código Penal, pero no en el artículo 181° del Código Penal como equivocadamente se registra en la sumilla del referido cuerpo legal. Esta disposición en realidad contiene un supuesto de inducción o instigación al acceso carnal de una persona respecto de otra.

Desde la definición adoptada, el proxenetismo no exige entonces que el ejercicio de la prostitución se produzca por medio de la violencia, la amenaza o algún vicio del consentimiento de la prostituta³⁰. La definición propuesta tampoco presupone la presencia de ánimo de lucro u otro fin particularmente especial por parte del proxeneta. Sobre el particular, no confundir la ausencia de ánimo de lucro en el proxeneta con la exigencia de ánimo de lucro (o de obtención de ventaja patrimonial) por parte de la prostituta.

1.5 LA EXPLOTACIÓN SEXUAL O LABORAL DE PERSONAS

El concepto "explotación sexual o laboral" tiene dos sentidos: uno débil y el otro fuerte³¹. **De acuerdo con el sentido débil o menos intenso, la explotación sexual o laboral puede entenderse como el aprovechamiento económico del ejercicio de la actividad**

* Esta concepción amplia se aprecia en CANCIO MELIA, Manuel. Op. Cit., p. 306; FONTAN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho penal*. Tomo V, Abeledo Perrot: Buenos Aires, 1969, p. 143; y BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de Derecho penal. Parte Especial*. Ariel: Barcelona, 1986, p. 150.

28 Destacando la orientación de la legislación española al modelo liberalizador CANCIO MELIA, Manuel. *Estudios de Derecho penal*. Lima: Palestra, 2010, p. 306.

29 MORALES PRATS, Fermín y GARCIA ALBERO, Ramón. *Comentarios al nuevo Código Penal*. Navarra: Aranzadi, 2000. p. 344.

30 En consecuencia es perfectamente posible concebir un supuesto de proxenetismo sobre el ejercicio de la prostitución ajena consentida.

31 Sobre estos dos sentidos, haciendo especial referencia a la explotación de la prostitución ajena, ver DAUNIS RODRIGUEZ, Alberto. Op. Cit. pp. 20 y 21.

sexual o del ejercicio de un oficio o profesión de otra persona. En esta perspectiva, el ejercicio de la prostitución ajena es válidamente consentido y no supone necesariamente la violación de los derechos humanos de la prostituta mayor de edad.

De acuerdo con el sentido fuerte, la explotación sexual o laboral se entiende a toda conducta de una persona mediante la cual ésta instrumentaliza o abusa de otra a efectos de que ésta practique actividades con connotación sexual u otras actividades laborales reiteradas (en el caso de adultos), con el propósito de obtener cualquier ventaja patrimonial o no patrimonial.

Cabe resaltar que uno de los elementos esenciales para entender la explotación de una persona sobre otra es la relación de desequilibrio o relación asimétrica que existe entre ambos, de tal manera que el explotador se encuentra en una situación de superioridad o ventaja, y aprovecha dicha situación para someter a la víctima a que ésta realice determinadas actividades en beneficio de aquel.³² En este sentido

la explotación supone privación o restricción de la libertad o ausencia de consentimiento.

La primera perspectiva del concepto de "explotación" (sentido débil) se condice mejor con su utilización en el delito de rufianismo (que veremos a continuación), mientras que la segunda perspectiva (sentido fuerte) se condice mejor con su empleo en el delito de Trata de personas.

En el caso de la explotación sexual infantil³³, existen diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que delimitan de manera bastante precisa los alcances de esta práctica de violación a sus derechos humanos. Así, tanto la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 19 y 34), el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativos a la Venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía infantil (artículos 1 y 3) como el Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil (Convenio 182), nos ofrecen una serie de elementos para su delimitación.

EXPLOTACIÓN SEXUAL O LABORAL DE PERSONAS	SIGNIFICADO	DELITO
Sentido "débil" del término	Aprovechamiento económico del ejercicio de la actividad sexual o del ejercicio de un oficio o profesión de otra persona	RUFIANISMO
Sentido "fuerte" del término	Instrumentalización o abuso de una personas sobre otra, para que ésta practique actividades con connotación sexual u otras actividades laborales reiteradas, con el propósito de obtener cualquier ventaja patrimonial o no patrimonial	TRATA DE PERSONAS

32 No debemos olvidar, además, que el ejemplo más emblemático de explotación sexual es la explotación del ejercicio de la prostitución ajena. Existe una amplia gama de actividades de connotación sexual que pueden ser objeto de explotación por parte de una persona: las exhibiciones pornográficas, el registro en material pornográfico, ofrecer prestaciones en contextos de turismo sexual u otras actividades.

33 De aquí en adelante preferimos hablar de Explotación Sexual Infantil (ESI) y no de Explotación Sexual Comercial Infantil (ESCI) como se hace en los Congresos Mundiales sobre Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes (Estocolmo 1996) en razón que consideramos que la explotación sexual no necesariamente puede tener un propósito patrimonial. La expresión ESCI surgió como alternativa a la expresión prostitución infantil que según se menciona tendría connotaciones culpabilizantes hacia la propia menor olvidando su condición de víctima. Sobre este problema ver ECPAT. Informe Global de monitoreo de las acciones en contra de la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes. Perú, Bangkok, 2009, p. 9 y ss. Se utilizan también la expresión de ESCI en los estudios realizados por la AECI, OIT e INSTITUTO DE ESTUDIOS POR LA INFANCIA. *Cartilla informativa sobre explotación sexual comercial infantil*, Lima, 2004. También utiliza esta expresión la ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *Explotación sexual infantil en Sudamérica. Sistematización de la experiencia*, IPEC- 2001, p. 11.

Teniendo en cuenta los rasgos principales de estos documentos internacionales podemos definir a la explotación sexual infantil como:

Aquella conducta que implique la instrumentalización o abuso de un niño, niña o adolescente a efectos de que ésta practique actividades con connotación sexual teniendo como finalidad de éstas actividades la obtención de alguna ventaja patrimonial o de cualquier otra índole.

Es importante precisar que, por actividades con connotación sexual debe entenderse sobre todo aquellas prácticas prohibidas explícitamente por los instrumentos internacionales de protección del menor: el ejercicio de la prostitución, la utilización de un menor para la intervención en espectáculos pornográficos o la elaboración de material pornográfico, la exposición al turismo sexual infantil, entre otras conductas.

1.6 EL RUFIANISMO

Desde nuestra perspectiva, el rufianismo es la forma más grave de proxenetismo.

Como vimos en el acápite anterior, el concepto de explotación puede tener dos sentidos. En el presente caso comprendemos la explotación como prove-

chamiento económico del ejercicio de la prostitución ajena. Como dice Fontán Balestra, el rufián en estricto no promueve o facilita la prostitución, sino que disfruta del ejercicio de la misma cuando es realizada por otra persona.³⁴ Por lo tanto, resulta inherente a esta definición el ánimo de obtener provecho (ánimo de lucro) por parte del rufián.

Teniendo en cuenta esta definición, el rufianismo no exige necesariamente un vicio de la voluntad por parte de la prostituta ni ausencia de consentimiento. Es altamente probable que el rufianismo coincida con actos de coacción, violencia o amenaza dirigidas contra la prostituta, sin embargo ello no siempre tiene que ocurrir así. Es probable, en consecuencia, que la explotación del ejercicio de la prostitución ajena no suponga a la prostituta actos de restricción de su libertad o situación de violación a sus derechos humanos.

Podemos definir al rufianismo como:

La explotación por parte de una persona del ejercicio de la prostitución de otra.*

* "FONTAN BALESTRA, Carlos. Op. Cit., p. 154."

34 Idem. p. 155.

Para concluir

- La **trata de personas** supone la presencia de tres elementos esenciales:
 - 1) Un comportamiento referido a alguna etapa del proceso de captación, traslado o establecimiento de la víctima que será explotada
 - 2) los medios que privan la libertad o vician el consentimiento de la víctima
 - 3) los fines de explotación de la misma
- En la trata de personas debe entenderse la **explotación** de la víctima en un sentido "fuerte", es decir, entendida como la **Instrumentalización o abuso de una persona sobre otra, para que ésta practique actividades con connotación sexual u otras actividades laborales reiteradas, con el propósito de obtener cualquier ventaja patrimonial o no patrimonial.**
- A diferencia de la trata de personas, el **tráfico ilícito de migrantes** no supone una finalidad de explotación, no exige una privación o restricción de la libertad de la víctima ni un vicio en su consentimiento, y exige necesariamente una movilidad transfronteriza de la víctima.
- Se entiende por **prostitución** la prestación de una actividad de naturaleza sexual a favor de otra a cambio de una retribución patrimonial o cualquier otra ventaja extra patrimonial, no siendo necesaria la concurrencia de la habitualidad ni la promiscuidad para ello.

CAPÍTULO 2

EL FENÓMENO DE LA TRATA DE PERSONAS A NIVEL INTERNACIONAL Y NACIONAL

Para contar con una comprensión integral del fenómeno de la trata de personas, en el presente capítulo se presentarán algunos datos estadísticos sobre el estado de la cuestión en torno a este delito a nivel internacional y a nivel nacional. Asimismo, nos aproximaremos a las etapas que comprende la comisión de la trata de personas, ampliamente estudiada por los especialistas internacionales, así como a la realidad criminológica que acompaña al fenómeno de la trata de personas a nivel internacional y a nivel nacional.

2.1 EL FENÓMENO DE LA TRATA DE PERSONAS

2.1.1 El fenómeno de la trata de personas en el plano internacional

Las cifras que se presentarán a continuación buscan explicar, en la medida de lo posible, el panorama de la trata de personas a nivel internacional de acuerdo con sus distintas modalidades, así como en relación con el perfil de las personas que son víctimas de este delito.

A nivel internacional, no existe un registro único de cifras sobre el delito de la trata de personas y, por

ese motivo, no existen números exactos sobre el número de víctimas de esta conducta delictiva a nivel mundial. Como señala Villacampa Estiarte "(...) las cifras acerca de la mencionada realidad [la trata de personas] se basan todas en meras estimaciones por lo que resultan sistemáticamente puestas en duda".¹ No obstante, algunos datos y cifras pueden servir para contar con una idea básica sobre la envergadura del problema de la trata de personas en el mundo.

Se calcula que el número aproximado de víctimas a nivel mundial asciende a 2 millones de personas², de las cuales 1'320,000 serían víctimas de este delito en América Latina y el Caribe³. Estas cifras contrastan con los datos calculados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), entidad que considera que 2.4 millones de personas en el mundo son sometidas a trabajo forzoso derivado de la trata de personas. De este estimado, alrededor de 56% de las víctimas de trata de personas con fines de explotación laboral son mujeres y niñas, mientras que el 44% restante son hombres y niños, lo que hace notar que, cuantitativamente, a nivel internacional, la trata de mujeres y hombres es relativamente paritaria.

Respecto a la trata de personas con fines de explotación sexual, se estima que 500,000 mujeres ingresan a Europa cada año como víctimas de esta modalidad.⁴ Un dato que debe ser destacado en relación a este

- 1 VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. "El delito de Trata de personas: Análisis del nuevo artículo 177 BIS CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación". Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, N° 14, 2010. p. 826.
- 2 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. *La Trata de Personas: una realidad en el Perú. Diagnóstico y Módulo de capacitación a capacitadores*. Op. Cit. p. 7.
- 3 Ídem. p. 28.
- 4 Ídem. p. 16.

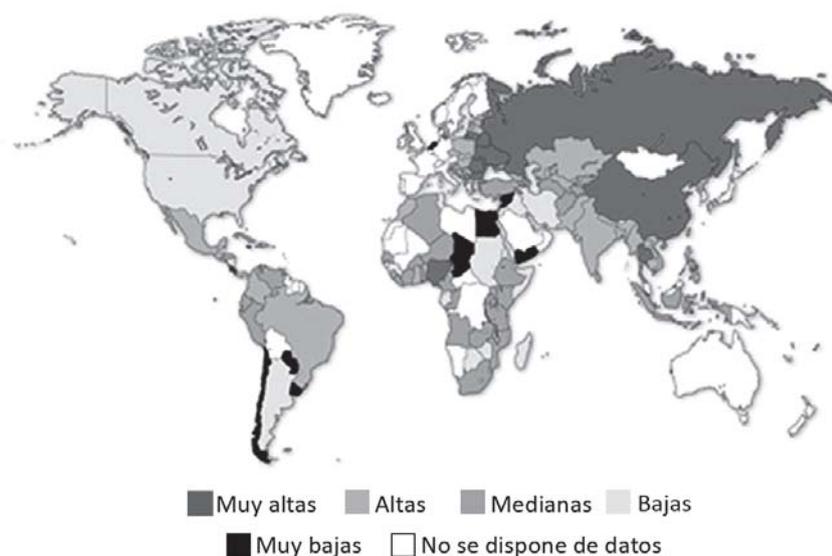
punto es que, según la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) "1 millón de niñas, niños y adolescentes cada año son forzados a dedicarse a la prostitución o utilizados en pornografía infantil en los distintos países"⁵. Asimismo, la OIT calcula que el 98% de las víctimas de este tipo de trata son mujeres y niñas⁶. Queda claro que la trata de personas con fines de explotación sexual tiene una connotación de género, al afectar de manera absolutamente mayoritaria a mujeres y niñas.

En relación con las rutas internacionales de la trata de personas, como puede verse en los siguientes mapas,

los países asiáticos como Rusia, China y otros países de la ex URSS constituyen los principales países de origen. En dicho contexto, Perú aparece como un país con un mediano flujo de víctimas de trata de personas. No obstante, como se verá en el siguiente acápite, aunque en términos relativos la posición internacional de Perú no sea alarmante, las cifras absolutas muestran la gravedad de la situación en nuestro país.

Por otro lado, los principales países de destino, Estados Unidos, Italia y Alemania, son los principales receptores, seguidos por Canadá, China, España, Francia y Australia.

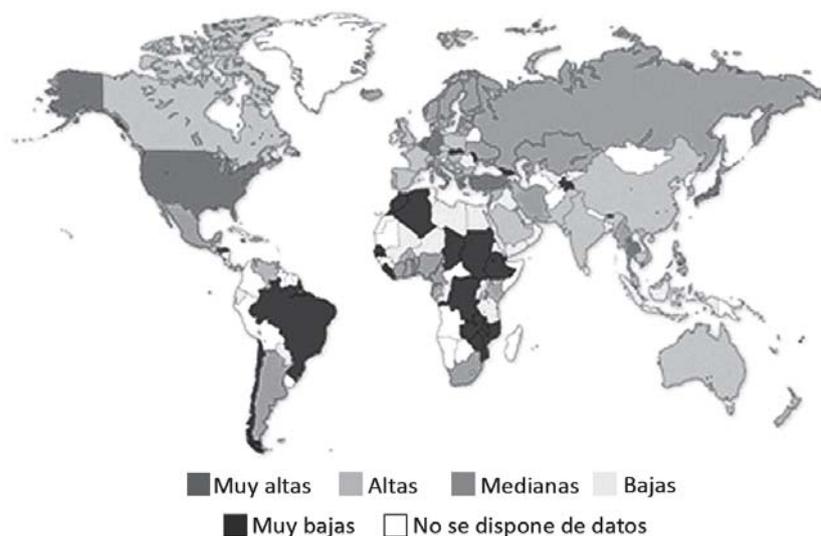
PAÍSES DE ORIGEN DE PERSONAS OBJETO DE TRATA DE PERSONAS



5 Ídem. p. 28

6 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES y otros. *Trata de personas. Aspectos básicos*. México, 2006. p. 11.

PAÍSES DE DESTINO DE PERSONAS OBJETO DE TRATA DE PERSONAS



El flujo de víctimas de trata de personas entre estos países de origen y de destino, da lugar a lo que se conoce como "rutas de la trata". Dentro de las más comunes podemos identificar la ruta que tiene como

país de origen a Perú y como países de destino a España, Japón, Estados Unidos, Venezuela, Argentina, Ecuador y Chile.

RUTAS DE LA TRATA DE PERSONAS MÁS CONOCIDAS A NIVEL INTERNACIONAL

PAÍS DE ORIGEN	PAÍS DE DESTINO
Perú	España, Japón, Estados Unidos, Venezuela, Argentina, Ecuador, Chile
México	España, Holanda, Alemania, Japón, Estados Unidos
Panamá, Costa Rica, El Salvador, Bélize (Centroamérica)	México
Bolivia	España, Japón, Estados Unidos, Argentina
Paraguay	Brasil, Argentina, España
República Dominicana	Argentina, Estados Unidos
Argentina, Colombia	Chile
Uruguay	España, Italia, Argentina, Alemania
Nicaragua	El Salvador, México
Brasil	Estados Unidos
Guatemala	España, Estados Unidos, México
Centroamérica	Estados Unidos
Honduras	México, El Salvador

Fuente: CHS Alternativo

FINES DE EXPLOTACIÓN MÁS COMUNES Y PAÍSES DESTINO A NIVEL MUNDIAL

DESTINO	EXPLOTACIÓN DOMÉSTICA	EXPLOTACIÓN LABORAL	EXPLOTACIÓN SEXUAL
Alemania			X
Argentina		X	
Bolivia	X	X	X
Brasil	X		X
Chile	X	X	X
España	X		X
Estados Unidos		X	X
Guatemala	X		
Haití	X		
Holanda			X
Italia	X	X	X
Japón			X
México	X	X	
Nicaragua	X		
Perú	X	X	X

Fuente: CHS Alternativo

Por otro lado, los fines de la trata de personas en estos países de destino son diversos, pero dentro de los principales se ubican la explotación doméstica (en países como Bolivia, Brasil, Chile, y España), la explotación laboral (Argentina, Bolivia, Chile, Estados Unidos e Italia), y la explotación sexual (Alemania, Bolivia, Brasil, Holanda, y Japón). Debemos destacar que tal como se muestra en el siguiente cuadro, Perú es país receptor de trata de personas para estos tres fines de explotación.

2.1.2 El fenómeno de la trata de personas en el plano nacional

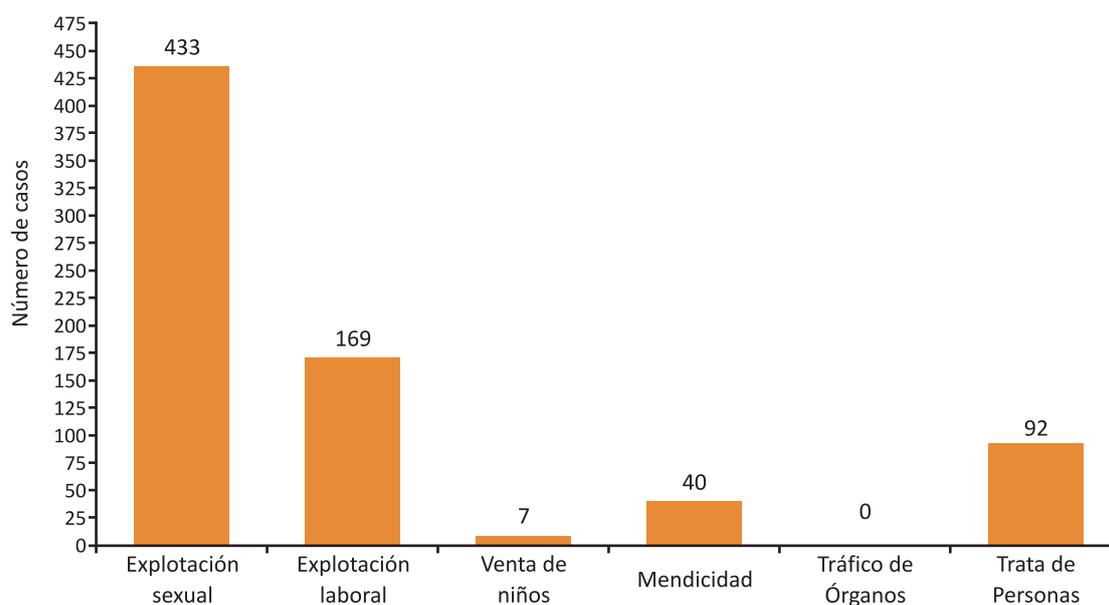
En Perú existe el Sistema de Registro y Estadística del Delito de Trata de personas y Afines (en adelante,

RETA) a cargo de la Policía Nacional del Perú (en adelante, PNP). Según el RETA, existen 583 denuncias registradas por este delito desde enero de 2004 a diciembre de 2011⁷.

El delito de trata de personas puede estar dirigido a distintos propósitos, razón por la cual el RETA alberga información estadística diferenciada. Así, los casos de trata de personas con fines de explotación sexual denunciados ascienden a 433 (74.3%), mientras que la cifra registrada de casos de trata de personas con fines de explotación laboral es de 169 (29%). Asimismo, de acuerdo con el RETA los tipos de casos con menor porcentaje corresponden a la trata de personas para fines de mendicidad (6.9%) y para venta de niños (1.2%).

7 Fuente: Sistema RETA/PNP. Disponible en: <http://www.chsalternativo.org/contenido.php?men=L&pad=33&pla=2&sal=2&id=E> Consultado el 23 de enero de 2012.

FINALIDADES DE DENUNCIAS DE TRATA EN EL SISTEMA RETA-PNP



Fuente: Sistema RETA/PNP. Diciembre 2011

Respecto a las víctimas del delito de trata de personas, es importante mencionar que el RETA registra a 1829 víctimas a nivel nacional, de las cuales 1718 (94%) son mujeres y 111 (6%) son hombres. Asimismo, del total de 743 menores de edad víctimas de trata, 676 (91%) son mujeres y 68 (9%) son hombres.⁸

Por otro lado, del total de 1435 víctimas de trata registradas a julio de 2011 por el RETA, se cuenta con cifras por rangos de edades y sexo de las personas afectadas:⁹

- El número de víctimas entre 0 y 13 años de edad asciende a 75, de las cuales 53 (70.67%) son de

sexo femenino y 22 (29.33%) son de sexo masculino (ver cuadro N° 2).

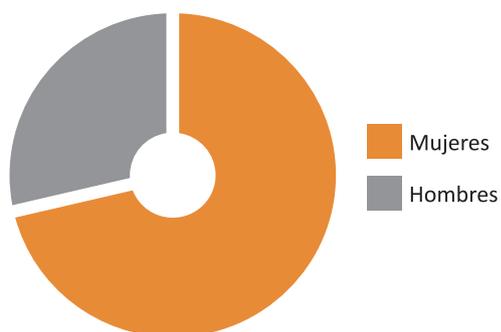
- Las víctimas entre 14 y 17 años de edad registradas son 583, de las cuales 527 (90.39%) son mujeres y 56 (9.39%) son hombres (ver cuadro N° 3).
- La cifra de víctimas entre 18 y 30 años de edad es de 674, de las cuales 650 (97.92%) son de sexo femenino y 14 (2.08%) corresponden al sexo masculino (ver cuadro N° 4).
- Las víctimas entre 31 y 99 años de edad registradas son 103, de las cuales 94 (91.26%) son mujeres y 9 (8.74%) son hombres (ver cuadro N° 5).

8 Fuente: Sistema RETA/PNP. Disponible en: <http://www.chsalternativo.org/contenido.php?men=L&pad=33&pla=2&sal=2&id=E> Consultado el 23 de enero de 2012.

9 Fuente: Sistema RETA/PNP. Disponible en <http://www.mininter.gob.pe/cnndhh/pdf/RETA/reta2011.pdf>. Consultado el 25 de enero de 2012.

CUADRO N° 2

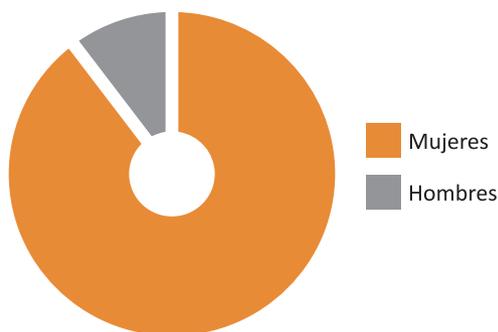
Víctimas entre 0 y 13 años de edad



Fuente: RETA/PNP. Elaboración propia.

CUADRO N° 3

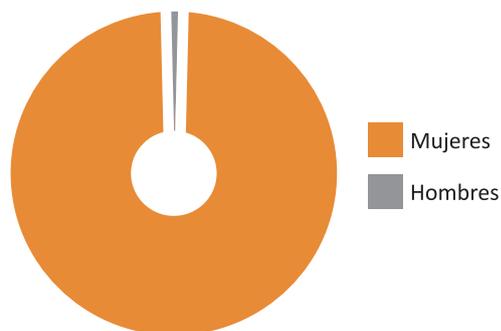
Víctimas entre 14 y 17 años de edad



Fuente: RETA/PNP. Elaboración propia.

CUADRO N° 4

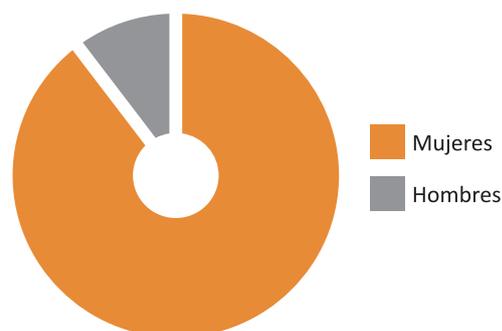
Víctimas entre 18 y 30 años de edad



Fuente: RETA/PNP. Elaboración propia.

CUADRO N° 5

Víctimas entre 31 y 99 años de edad



Fuente: RETA/PNP. Elaboración propia.

Como podemos apreciar en los cuadros anteriores, la mayor cantidad de víctimas del delito de trata de personas son de sexo femenino y, a su vez, un gran número de ellas son menores de edad (entre 0 y 17 años de edad). Al respecto cabemos concluir que "ésta marca diferencia entre el sexo de las víctimas revelaría que detrás de la trata de personas se esconde una fuerte violencia de género, sobre todo considerando que el mayor porcentaje de finalidades de la Trata de Personas registradas son por explotación sexual (...)"¹⁰ Por

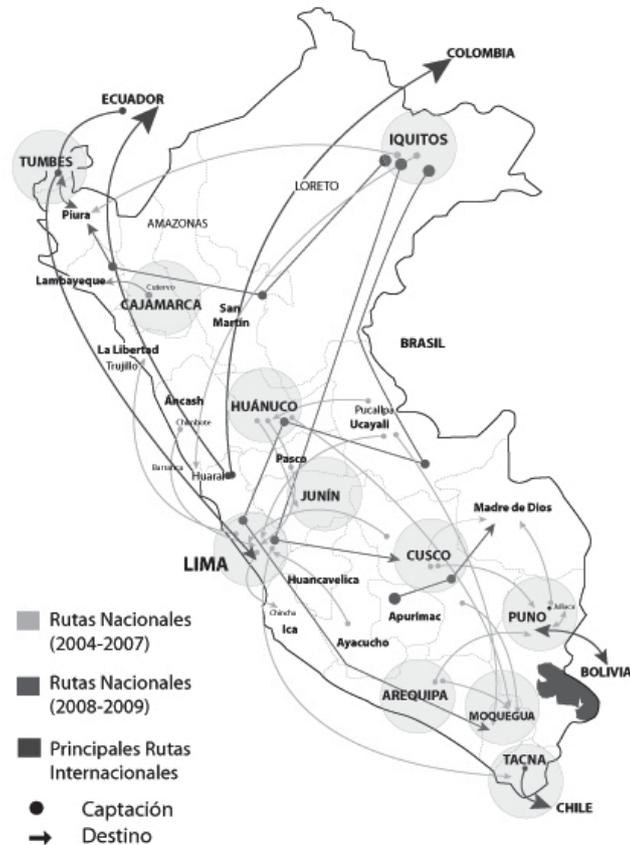
otro lado, es importante resaltar que el mayor porcentaje de casos denunciados corresponde al delito de trata de personas con fines de explotación sexual.

Respecto a esta modalidad de trata de personas, es importante señalar que, a nivel nacional, los departamentos de *Madre de Dios, Cusco, Iquitos, Lima, Arequipa, Puno y Piura* han sido identificados como los destinos principales de las víctimas de la Trata de personas con propósitos de explotación sexual.¹¹

10 CAPITAL HUMANO Y SOCIAL ALTERNATIVO. *Segundo Balance de la Implementación de la Ley N° 28950 Ley contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes y su Reglamento*. CHS-Alternativo. Lima, 2010. p. 11.

11 Plan Nacional de Acción contra la Trata de Personas en el Perú 2011-2016. p. 22.

RUTAS DE LA TRATA DE PERSONAS A NIVEL NACIONAL



Fuente: Sistema RETA PNP / Elaborado por CHS Alternativo 2009

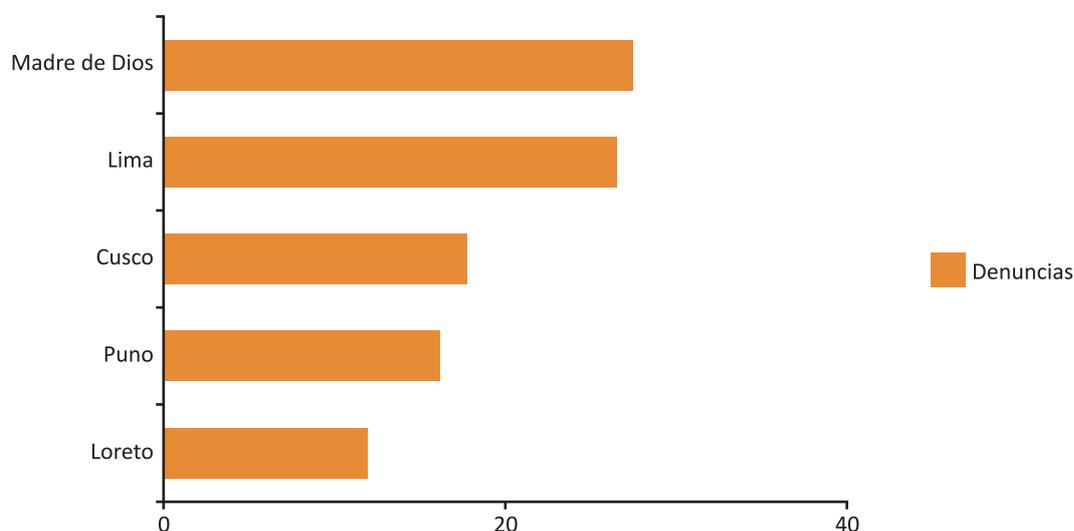
Asimismo, como puede verse en el siguiente mapa, dentro de las llamadas rutas de la trata de personas a nivel nacional, podemos identificar que Iquitos es un punto de origen de trata de personas, con destinos como Tumbes (para enganchar con la ruta internacional a Ecuador), Lima y Cusco.

Por otro lado, sobre esta misma modalidad de trata de personas, entre diciembre de 2009 y diciembre de 2010 el Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público¹² registró 288 denuncias, de las cuales 32 correspondían al departamento de Madre de Dios, 31 denuncias correspondían a Lima, 21 a Cusco, 19 denuncias a Puno y 14 a Loreto. En el siguiente gráfico podemos apreciar los porcentajes respectivos:

12 GRUPO DE TRABAJO MULTISECTORIAL CONTRA LA TRATA DE PERSONAS. *Informe del Estado Peruano 2010*. Disponible en: <http://www.mininter.gob.pe/cnddhh/pdf/TRATA/2010IE.pdf>. Visitado el 14 de diciembre de 2011.

CUADRO N° 6

DEPARTAMENTOS CON MAYOR CANTIDAD DE DENUNCIAS DE TRATA CON FINES DE EXPLOTACION SEXUAL



Fuente: Observatorio de la Criminalidad del Ministerio Público. Elaboración propia.

Podemos notar que la suma del número de denuncias de estos cinco departamentos conforma el 51.3% del total de denuncias registradas por el Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público, lo que reafirma nuestra idea de que estos departamentos son los destinos principales de las víctimas de trata de personas a nivel nacional.

2.1.3 Comparación estadística entre la trata de personas a nivel internacional y nacional

De los datos y cifras antes expuestos que describen tanto la situación de la trata de personas, tanto a nivel internacional como nacional, podemos extraer algunas conclusiones importantes.

- Tanto en los planos internacional y nacional, la modalidad de trata de personas que cuenta con el mayor porcentaje de casos presentados es el de **trata de personas con fines de explotación sexual**. A nivel nacional, el RETA ha registrado, como ya se señaló, un 74.3% de denuncias por Trata de personas con este tipo de finalidad; y a

nivel mundial, poco más de la mitad de casos aproximadamente corresponden a la misma modalidad.

- En términos relativos, a primera vista, en el Perú existiría un considerable mayor número de casos de trata de personas con fines de explotación sexual frente a aquellos con fines de explotación laboral. Sin embargo, cabría preguntarse si tal déficit de registros de casos de trata de personas con fines de explotación laboral se explica, no por ausencia de casos de este tipo, sino por un bajo índice de denuncias por parte de los afectados y de investigaciones por parte del Estado con el suficiente énfasis que si puede encontrarse en los casos de explotación sexual.
- Tanto en el plano nacional como internacional, **la gran mayoría de víctimas de trata de personas de con fines de explotación sexual son mujeres y niñas**. Esta conclusión es más clara en el plano nacional donde, como se indica en los cuadros anteriores, el porcentaje de víctimas mujeres es superior en cada grupo creado de acuerdo con el rango de edad. Incluso en el marco de la trata de personas con fines de explotación laboral, el porcentaje de víctimas en el mundo co-

responde, mayoritariamente, a mujeres y niñas también. Es posible afirmar entonces que las mujeres y niñas conforman el grupo más propenso a ser víctima del delito de trata de personas. A ello se añade que la pobreza y el bajo nivel educativo de este grupo humano son los factores determinantes para la aparición de la trata de personas con fines de explotación sexual.

2.2 EL PROCESO DE LA TRATA DE PERSONAS, SUS ELEMENTOS Y CONTEXTO CRIMINOLÓGICO

2.2.1 El proceso de la Trata de personas y sus elementos

Como hemos visto en el Capítulo 1, son elementos del fenómeno de la trata de personas:

- a. Las conductas que describen las fases de la trata de personas,
- b. Los medios que explican el control del tratante sobre su víctima, y
- c. Los fines de explotación (laboral o sexual) de una persona¹³.

A continuación analizaremos cada uno de estos elementos desde una perspectiva sociológica.

A. LAS CONDUCTAS QUE DESCRIBEN LAS FASES DE LA TRATA DE PERSONAS

La trata de personas abarca todo el ciclo posible del tráfico de personas. Desde la captación o selección de una persona en el lugar de origen o su hábitat de procedencia (etapa inicial del proceso de tráfico), hasta la acogida o recepción de personas en el lugar

de destino, que supone la etapa final de un ciclo de tráfico. Sin embargo este destino puede originar el traslado a otro sitio de explotación convirtiéndose en lugar de tránsito para el destino final. En medio de estas dos fases (captación y recepción), se encuentra el transporte o traslado de una persona del lugar de origen a un lugar de destino. Cabe mencionar que la fase final de recepción o acogida viene marcada por la situación de explotación (laboral o sexual) de la víctima.

Respecto a la etapa de captación, de acuerdo al estudio realizado por la OIM, en el Perú las formas de captación más recurrentes de víctimas de trata de personas son las falsas ofertas de empleo o de prácticas de estudio, seguidas por los casos de seducción.¹⁴ En una investigación de campo realizada en las ciudades de Lima, Cusco, Iquitos y Cajamarca el 57,5% de los entrevistados confirmó que los niños, niñas y adolescentes víctimas de explotación sexual ingresan a esta situación en su mayoría a través de amigos que los reclutan.¹⁵

En relación con el transporte o traslado, recalamos que el desarraigo del lugar de origen de la víctima no es un elemento necesario para la identificación del fenómeno de la trata de personas. Como da cuenta la investigación llevada a cabo por Jaris Mujica, en la mayoría de casos "(...) las niñas y adolescentes ejercen el trabajo de cocineras o asistentes de cocina durante ciertos periodos del día, la tarde o la noche, así como los servicios sexuales. Y al mismo tiempo pueden asistir a la escuela pública o en algunos casos acompañar las tareas domésticas de sus propias casas. Esto implica que las niñas son cedidas (o transferidas) por fragmentos de tiempo de cada jornada, pero por periodos largos, así que no hay una separación clara del núcleo familiar, que sigue siendo el centro de residencia, mientras que los bares y restauran-

13 En sentido similar ver ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. *La Trata de Personas: una realidad en el Perú. Diagnóstico y Módulo de capacitación a capacitadores*. Op. Cit. pp. 14-17; NOVAK, Fabián y Sandra NAMIHAS. *La trata de personas con fines de explotación laboral: El caso de la minería aurífera y la tala ilegal de madera en Madre de Dios*. Lima: Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011, p. 21. y CAPITAL HUMANO Y SOCIAL ALTERNATIVO. *La trata de Personas en el Perú. Normas, casos y definiciones*. Lima, 2007. p. 28-30.

14 Ver ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. *La Trata de Personas: una realidad en el Perú. Diagnóstico y Módulo de capacitación a capacitadores*. Op. Cit., p. 15.

15 Ver OIT/IPEC – Asociación Vía Libre. *Imperdonable. Estudio sobre la explotación sexual comercial de la infancia y adolescencia en el Perú: Cajamarca, Cuzco, Iquitos y Lima*. OIT, 2007. p. 65.

tes en los que se colabora en la dispensa de comida, alcohol y servicios sexuales, son el espacio "laboral"¹⁶. En este sentido, la captación de la víctima no implica su permanencia a tiempo completo en los recintos de explotación, sino una fragmentación de tiempo entre explotación y vida cotidiana.

Esta modalidad de trata de personas, sin desarraigo, se observa también en los casos de tala ilegal de madera en Madre de Dios. Aquí el "patrón-enganchador" muchas veces se dirige hasta el territorio de las comunidades nativas para que, en su propio territorio o en campamentos cercanos a este, se realice la extracción de madera en condiciones de explotación¹⁷.

En base a destacadas investigaciones al respecto¹⁸, las modalidades criminales más importantes que se han detectado a nivel mundial, y que también se presentan en el Perú, para la captación de víctimas de Trata de personas son las siguientes:

- **Promesas de trabajo falso:** Se recluta a las víctimas mediante el falso argumento de que trabajarán como bailarinas, meseras, cantineras, modelos, trabajadoras domésticas, etc., o se les indica que trabajarán en condiciones laborales mejores a las que través de agencias de empleo y modelaje.
- **Agencias matrimoniales:** Se dedican a unir personas locales con extranjeros. Las víctimas son llevadas luego fuera del país en donde se les explota. Dichas agencias muchas veces son promocionadas a través de Internet.
- **Padrinazgo:** Bajo un presunto consentimiento del padre o madre de familia, la víctima queda alejada e incomunicada de sus familiares y expuesta al maltrato y explotación del tratante. En el caso

de la trata de personas con fines de explotación laboral en la tala ilegal de madera, se ha detectado que el "patrón-enganchador" apadrina a hijos del jefe de una comunidad indígena o a otros miembros de esta, para generar un negocio familiar cuyo objeto es explotar laboralmente a las personas.¹⁹

- **Secuestro:** Privación de la libertad ambulatoria de la víctima a través de la violencia o la amenaza.

B. LOS MEDIOS QUE EXPLICAN EL CONTROL DEL TRATANTE SOBRE SU VÍCTIMA

Una vez contactada, trasladada, recogida o acogida la víctima, ésta es mantenida bajo control del tratante. Entre los medios de control que la OIM ha detectado en Perú,²⁰ y la experiencia comparada, se pueden señalar los siguientes:

- **La deuda o enganche:** Los gastos de transporte, obtención de documentación falsa, alojamiento y alimentación son pagados con anticipación por el tratante, de modo que la víctima está obligada a pagar dichas prestaciones con su trabajo en condiciones de explotación. En el caso de la trata de personas con fines de explotación en la minería aurífera y la tala ilegal de madera en Madre de Dios, el endeudamiento también está constituido por el otorgamiento de vestimenta y atención médica a las víctimas.
- **Secuestro de documentos:** Se requisa a las víctimas sus pasaportes o documentos de identidad para restringir su libertad ambulatoria y mantenerlas en el circuito de la trata de personas.
- **Aprovechamiento de adicciones:** Se genera y fomenta la adicción de las víctimas a ciertas sustancias, a fin de mantenerlas bajo control y subordinación.

16 MUJICA PUJAZÓN, Jaris. *Microeconomías de la explotación sexual y de la trata de niñas y adolescentes en la Amazonía peruana. Una etnografía en los aserraderos y los puertos fluviales de Pucallpa*. Lima: Promsex, 2011. p. 16.

17 NOVAK, Fabián y Sandra NAMIHAS. Op. Cit. p. 60.

18 CAPITAL HUMANO Y SOCIAL ALTERNATIVO. *La trata de personas en el Perú. Manual para conocer el problema*. Lima, 2010. p. 23 y ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Cómo prevenir la discriminación, la explotación y el abuso de las trabajadoras migrantes. Guía informativa. Manual 6. Trata de mujeres y niñas*. Lima, OIT, Proyecto MIGRANDINA, 2010. p. 32.

19 NOVAK, Fabián y Sandra NAMIHAS. Op.Cit. p. 62.

20 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. *La Trata de Personas: una realidad en el Perú. Diagnóstico y Módulo de capacitación a capacitadores*. Op. Cit. pp. 16-17.

- **Seducción:** El tratante crea vínculos de dependencia amical y/o amorosa con la víctima para manipularla emocionalmente y explotarla.
- **Manipulación de información:** Se amenaza a la víctima con atentar contra sus familiares o seres queridos para mantenerla en el circuito de la trata de personas.
- **La violencia o la amenaza (o intimidación)** aplicada sobre la víctima o un tercero relacionada con aquella.

Cabe referir que el común denominador de estos medios empleados para la trata de personas es el **aprovechamiento de la situación vulnerable de la víctima por parte del agente perpetrador y el control que éste ejerce sobre aquella.**

En el contexto nacional, se ha identificado a la deuda o enganche como una modalidad recurrente de sujeción especialmente en casos de trata de personas cuyo destino final de la víctima se encuentra fuera del país. La OIM, en el año 2007, señaló que un pasaporte podía costar alrededor de US\$ 6,000 dólares, y que este servicio muchas veces endeuda a las personas que buscan emigrar del Perú, haciéndolas pasibles de explotación²¹.

Asimismo, de acuerdo a una investigación nacional de Bedoya Garland y Bedoya Silva-Santistevan la modalidad de deuda o enganche también es usada en comunidades indígenas y nativas para reclutar personas que trabajarían en la tala de madera. Estas personas, que trabajan en condiciones de servidumbre, a menudo se ven impedidas de salir del campamento de trabajo al estar coactadas por los "patrones" quienes generalmente andan armados.²² En el caso específico de la trata de personas con fines de explotación laboral en Madre de Dios, para la actividad del lavado de oro se capta a las víctimas con falsas promesas de trabajar en concesionarias, a través de "enganchadores" y luego son recibidos por los "chacales" o capataces, quienes luego los entregan a sus respectivos patrones²³. En relación con la tala ilegal, por su parte, las víctimas son captadas en aserraderos de la Carretera Interoceánica por reclutadores quienes los conducen por ríos hasta su destino final donde son recogidos por el "patrón- enganchador".²⁴

La investigación también da cuenta de la presencia de grupos de madereros ilegales, usualmente narcotraficantes, quienes capturan familias enteras de indígenas, y los obligan a extraer madera. Luego, cuando la familia, cansada de la explotación, reclama su salida, el "patrón" maderero, quien no puede retenerlos, obliga al jefe de familia a buscar otros grupos indígenas para ser capturados. Cuando el nuevo grupo indígena es capturado se deja salir al anterior, desarrollándose, de esta manera, un círculo criminal vicioso.²⁵

La investigación también da cuenta de la presencia de grupos de madereros ilegales, usualmente narcotraficantes, quienes capturan familias enteras de indígenas, y los obligan a extraer madera. Luego, cuando la familia, cansada de la explotación, reclama su salida, el "patrón" maderero, quien no puede retenerlos, obliga al jefe de familia a buscar otros grupos indígenas para ser capturados. Cuando el nuevo grupo indígena es capturado se deja salir al anterior, desarrollándose, de esta manera, un círculo criminal vicioso.²⁵

C. LOS FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL O LABORAL

Respecto a la explotación sexual, se pueden identificar modalidades criminales destacadas como las siguientes²⁶:

- **La explotación de la prostitución ajena:** Se explota a la víctima obteniendo una ventaja económica por su prostitución.

21 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. *La Trata de Personas: una realidad en el Perú. Diagnóstico y Módulo de capacitación a capacitadores*. Op. Cit., p. 17.

22 CAPITAL HUMANO SOCIAL ALTERNATIVO. *La trata de personas en el Perú. Manual para conocer el problema*. Op. Cit. p. 11. Asimismo, el Informe de agosto de 2011 de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre las formas contemporáneas de la esclavitud dio cuenta de que, en el Perú, existe un *modus operandi* de endeudamiento a través de un adelanto de paga que genera un espiral de endeudamiento, la consiguiente manipulación de la deuda del trabajador, y la obligación de comprar alimentos y otros productos de subsistencia a precios inflados a crédito en la tienda del campamento. Ver: *Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of slavery, including its causes and consequences, Gulnara Shahinian. Mission to Peru*, del 15 de agosto de 2011. A/HRC/18/30/Add.2, parágrafo 36.

23 NOVAK, Fabián y Sandra NAMIHAS, Sandra. Op. Cit. p. 50.

24 Ídem. p. 62.

25 Íbidem.

26 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. *La Trata de Personas: una realidad en el Perú. Diagnóstico y Módulo de capacitación a capacitadores*. Op. Cit. p. 17.

- **Turismo sexual:** Modalidad que vincula el turismo con la industria del sexo. Se incluye en paquetes turísticos el servicio sexual de víctimas de Trata de personas.
- **Pornografía:** Se explota a la víctima en la elaboración de material pornográfico tales como películas, revistas, fotos, etc. de carácter obsceno.

En cuanto a la trata de personas con fines de explotación laboral se presentan como modalidades recurrentes de explotación las siguientes actividades que pueden ser definidas como trabajo forzoso²⁷:

- **Actividad agropecuaria:** Los individuos y/o familias son trasladados para participar en actividades agrícolas diversas (cosecha de caña de azúcar, recojo de castañas, etc.).
- **Tala ilegal de madera:** Individuos, mayoritariamente de sexo masculino, son llevados a lugares remotos –principalmente a zonas de la selva de difícil acceso- para cortar en forma ilegal árboles y madera. Un estudio de campo realizado en Madre de Dios da cuenta de que el 90% de las víctimas en estos casos son hombres mayores de edad que provienen de comunidades campesinas del Cuzco, Puno, Apurímac y Arequipa²⁸.
- **Minería:** Especial mención merece la minería aurífera, la cual desde la década de 1970 ha tenido un crecimiento considerable en las zonas de la selva del Perú. Se señala que el auge de la explotación intensiva de los lavaderos de oro hallados en forma de mantos en los antiguos cauces de los ríos, y el alza del precio del oro en el mercado internacional generó un ambiente propicio para la trata de personas, principalmente contra hombres (90%) mayores de edad provenientes de Cuzco, Puno, Apurímac y Arequipa²⁹.
- **Trabajo doméstico:** Esta modalidad de explotación es difícil de detectar, puesto que se produce

en un ámbito de privacidad doméstica donde la víctima se encuentra en situaciones de especial vulnerabilidad.

Asimismo, la actividad industrial, la mendicidad, el matrimonio servil, la comisión de delitos y el reclutamiento militar forzoso se han erigido como manifestaciones de la finalidad explotadora de la trata de personas³⁰.

2.2.2 Contexto criminológico de la trata de personas

A continuación se expondrán los aspectos criminológicos de la trata de personas. Partiendo de estudios sobre este fenómeno trataremos de aproximarnos a algunas características que presenta la trata de personas en el ámbito nacional e internacional. Se pretende mostrar las modalidades delictivas más frecuentes en el ámbito internacional y nacional. Como se apreciará estas modalidades delictivas son distintas en estos dos ámbitos.

2.2.2.1 La perspectiva internacional

A nivel mundial, se ha reconocido a la trata de personas como una actividad económica informal importante que mueve ingentes cantidades de dinero, en la que participan diversos actores en un contexto de criminalidad organizada, a través de grandes redes criminales que operan transfronterizamente³¹. Como veremos posteriormente, esta situación no necesariamente se presenta en el plano nacional o local del Perú.

Los actores activos del fenómeno de la trata de personas son aquellos que intervienen directa o indirectamente

27 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. *La Trata de Personas: una realidad en el Perú. Diagnóstico y Módulo de capacitación a capacitadores*. Op. Cit. p. 17-18.

28 NOVAK, Fabián y Sandra NAMIHAS. Op. Cit. p. 60.

29 Ídem. pp. 43 y 44.

30 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. *La Trata de Personas: una realidad en el Perú. Diagnóstico y Módulo de capacitación a capacitadores*. Op. Cit. pp. 18-19.

31 OFICINA INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. *La Trata de Personas: una realidad en el Perú. Diagnóstico y Módulo de capacitación a capacitadores*. Op. Cit. p. 19.

tamente en la creación, promoción y colaboración de dicha actividad ilícita, los mismos que pueden ser personas conocidas (familiares o parientes) o no conocidas de la víctima, nacionales o extranjeros.

Podemos distinguir a los siguientes agentes involucrados en éste fenómeno:

- El tratante: persona que pacta, traslada, transporta o recibe a la víctima para que sea destinada a la explotación.
- Los demandantes: personas que exigen víctimas de explotación para algún beneficio personal.
- Las víctimas: personas que sufren las actividades de la trata de personas con fines de explotación.³²

Asimismo, se pueden clasificar a los diferentes actores según su participación en alguna de las históricas etapas de la trata de personas.

- Respecto a los **actores que participan en la etapa de captación** de la víctima podemos mencionar a los usuarios de medios de comunicación escrita, radial y virtual (Internet), agencias de empleo, turismo, entretenimiento y modelaje; propietarios y gerentes de bares, *night clubs*, discotecas, salones de masajes, burdeles, moteles y viviendas en general³³.
- En cuanto a la actividad **de traslado o transporte** de la víctima de trata de personas, se han reconocido generalmente a los siguientes agentes: conductores de taxis, carretillas (*rickshaws*), mototaxis y camiones; profesionales jurídicos³⁴; y funcionarios públicos³⁵.
- En cuanto a los actores que participan como agentes de acogida o recepción: propietarios y

gerentes de bares, clubes nocturnos, burdeles, hoteles y demás locales; clientes de servicios sexuales y proxenetas como actores más destacados en la etapa de explotación de la trata de personas.

Es importante resaltar en este punto el especial papel que juegan las **organizaciones criminales** como actores de la trata de personas. Se señala que, a nivel internacional, la trata de personas se ha convertido en una fuente de ingresos importante para las organizaciones destinadas a cometer delitos diversos como el narcotráfico y el tráfico de armas. A diferencia del tráfico de armas y drogas, el comercio de personas con fines de explotación no tiene costo, debido a su debilitado combate institucional, lo cual lo convierte en una actividad lucrativa³⁶.

La Oficina de las Naciones Unidas para el Control de Drogas y la Prevención del Crimen reconoció a la trata de personas como la conducta delictiva de más rápido crecimiento en el crimen organizado, en virtud a la cantidad de personas involucradas, la escala de las ganancias que se generan y las múltiples formas que asume³⁷. Se señala que la trata de personas constituye uno de los negocios criminales más lucrativos en el mundo, pues se estima que es la tercera fuente mayor de ganancias para la criminalidad organizada.³⁸ Además, como señala Toro Bedoya, las organizaciones dedicadas a la trata de personas están integradas por miembros que tienen un conocimiento especializado en diversas áreas: poder de convencimiento, fluidez verbal encargada del enganche de mujeres, un grupo especializado que se dedica al trámite de la documentación requerida para viajar al exterior (visas, cédulas falsas, cartas de presentación, pasapor-

32 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. *Prevención de la trata de niños, niñas y adolescentes en el Perú. Manual de capacitación para Docentes y Tutores*. Lima, 2010. p. 36

33 CAPITAL HUMANO Y SOCIAL ALTERNATIVO. *La Trata de personas en el Perú. Manual para conocer el problema*. Op. Cit. p. 22.

34 Éstos se encargan de coordinar la fabricación de documentos falsos para permitir la salida de la víctima al exterior del país de origen. Ver: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Op. Cit. p. 33.

35 *Ibidem*. Éstos coordinan el suministro de certificados de nacimiento y otros documentos falsos, para coordinar cruces de fronteras ilegales y mantener en impunidad a los propietarios de locales donde se práctica la trata.

36 *Idem*. p. 31.

37 *Idem*. p. 19.

38 *Ibidem*.

tes, etc.), un grupo que entrena a las víctimas para las respuestas que les deben proporcionar a las autoridades de inmigración del país de destino para evitar ser deportadas, y un grupo conformado por familias, amigos o comerciantes que se encuentran en el exterior encargados de recibir a dichas personas.³⁹

Por su parte la OIT ha destacado que:

*"(...) son más importantes las grandes empresas y las redes internacionales que crean una industria sofisticada y bien organizada con respaldo político y recursos económicos en los países de origen, tránsito y destino. Cuando las redes criminales controlan toda la cadena desde el reclutamiento, el transporte, hasta la situación de destino, la influencia sobre la víctima es muy fuerte y la coacción y la explotación es muy grave".*⁴⁰

Tradicionalmente se ha sostenido que, si el reclutamiento, traslado o recepción de la víctima se realizan dentro del territorio nacional o para cubrir una demanda fuera del territorio nacional, se denominará a este fenómeno trata de personas interna o nacional, o trata de personas externa o internacional, respectivamente⁴¹.

Es en la descripción de la trata de personas externa que se ha planteado el elemento "desarraigo" como necesario para configurar el delito de Trata de personas. En efecto, a nivel internacional se ha señalado que

"un componente esencial del ciclo de la trata es que el traslado o transporte se hace de tal manera que lleva a colocar a la víctima en un lugar desconocido donde por lo general está aislada cultural, lingüística o físicamente, lejos de su familia, amistades y otras fuentes de

*protección y apoyo y donde se le niega una identidad legal o acceso a la justicia. Tal estado de desorientación aumenta la marginación de las mujeres víctimas de trata y, por tanto, aumenta el riesgo de sufrir abuso, violencia, explotación, dominación o discriminación por parte de las/los traficantes y de las/los oficiales de Estado".*⁴²

Respecto a esta afirmación, debemos señalar que la distancia geográfica que la víctima pueda recorrer en la etapa de traslado, no es relevante para identificar este fenómeno criminal de Trata de personas.

Asimismo, en el plano nacional, y dentro del contexto de la trata de personas interna, existe lo que denominamos "trata local", donde el desplazamiento de la víctima se puede dar dentro de su propia localidad o dentro de una ciudad con una vasta extensión geográfica como Lima. Un ejemplo es el hecho materia de la sentencia de fecha 17 de febrero de 2011, emitida por Tercera Sala Superior de La Libertad (Exp. 4385-2009), vinculado con una adolescente víctima de Trata que es originaria del distrito de Chao-Viru y es trasladada a la ciudad de Trujillo, dentro del departamento de la Libertad.

2.2.2.2 La perspectiva nacional

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito internacional, el fenómeno de la trata de personas en el Perú no implica la existencia de grandes organizaciones criminales estables y estructuradas. Que la trata de personas haya sido criminalizada por un tratado internacional contra el crimen organizado no debe confundirse con las reales características del fenómeno en nuestro país.

Investigaciones de campo llevadas a cabo en la selva del Perú revelan que la mayoría de los actores de la

39 TORO BEDOYA, Jairo A. *Reflexiones sobre la trata de personas. Fenómeno que afecta el desarrollo humano de los colombianos*. En: Eleuthera. Vol. 3. Enero-Diciembre 2009. p. 188.

40 OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Op. Cit. p. 31.

41 Ver CAPITAL HUMANO Y SOCIAL ALTERNATIVO. *La trata de personas en el Perú. Normas, casos y definiciones*. Op. Cit. pp. 25-26.

42 OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Op. Cit. p. 28.

trata de personas son los propios familiares de la víctima (padres, tíos, etc.)⁴³ o sus amigos. Asimismo, esta actividad no supone necesariamente un movimiento de ingentes montos de dinero que generen ganancias sustanciales, sino que, en muchas ocasiones, resulta siendo una actividad que sustenta la economía familiar. El familiar de la víctima es el agente que la entrega a sus explotadores o ellos mismos la explotan para generar ingresos que solventen el gasto del hogar.

Según una investigación de campo realizada por el antropólogo Jaris Mujica en los aserraderos y puertos fluviales de Pucallpa, la trata de niñas y adolescentes en esas zonas es generalmente llevada a cabo por individuos (en su mayoría mujeres) que viven en las inmediaciones y que tienen lazos consanguíneos o cierta cercanía con la niña o adolescente explotada o con sus familias.⁴⁴ Se señala que *"la mayor parte de las mujeres que administran bares, restaurantes o que producen alimentos para la venta de las niñas y adolescente (de los espacios descritos) son efectivamente sus madres, madrinan o tías (...) se piensa esta forma esta forma de explotación sexual como un negocio familiar, no como un centro de prostitución profesional administrado por un proxeneta-usurero (...)"*.⁴⁵ Es la "madrina" quien se encarga del cuidado y explotación de la víctima en los locales que aquella administra (bares, restaurantes, etc.) generando ganancias para sí misma y para las familias que han cedido a la víctima para su explotación. En este contexto, a fin de cuentas *"(...) la trata es ejercida no por secuestradores, tratantes profesionales, ni por comerciantes de personas dedicadas a tiempo completo a este negocio, sino más bien por sus propias familias"*⁴⁶.

Respecto a los locales donde se encontraron a víctimas de trata de personas, la investigación antes mencionada da cuenta que estos pequeños negocios de venta de comidas y bebidas sirven como pantallas de protección ante las posibles incursiones policiales y de la fiscalía, de tal manera que se justifique la explotación de las víctimas como supuestos trabajadores regulares como asistentes de cocina, vendedoras o meseras en esos locales. Se trata, en este sentido, de una función de ocultamiento de una práctica ilícita mediante estos negocios⁴⁷.

Ahora bien, estos negocios no solo tienen una función de distracción para los agentes perpetradores de la trata de personas, sino que también se erigen como fuente principal de ganancias económicas. Como lo hace ver Jaris Mujica, la explotación sexual de las víctimas sólo cumple una función de complemento y atracción o promoción del negocio principal de venta de comidas y bebidas alcohólicas. Se señala que el negocio de explotación genera un promedio de S/. 360 Nuevos Soles mensuales por víctima, mientras que en venta de alimentos el ingreso gira alrededor de S/. 4200 Nuevos Soles.⁴⁸

Por tanto, en Pucallpa y, con alta probabilidad de réplica en amplias zonas del territorio nacional, la trata de personas se presenta como una actividad económica precaria, desorganizada y no profesionalizada, en la que la explotación sexual y laboral se basa en negocios individuales o familiares. Aunque no se niega la presencia de redes criminales estables con un centro de poder monocéfalos, los casos de trata de personas bajo esta última modalidad serían minoritarios en comparación al fenómeno antes descrito.

43 TORO BEDOYA, Jairo A. Op. Cit. p. 183.

44 MUJICA PUJAZÓN, Jaris. op. cit. p. 10.

45 Idem. p. 11.

46 Idem. p. 17.

47 Idem. p. 12.

48 Idem. p. 14.

Para concluir

- El Perú es a la vez un país de destino y origen de la trata de personas a nivel internacional. Los mayores casos de trata de personas se registran con fines de explotación laboral y sexual.
- La mayoría de las víctimas de casos de trata con fines de explotación sexual son mujeres. Las provincias en donde se observa mayor recurrencia de estos casos de trata son Madre de Dios, Cusco, Iquitos, Lima, Arequipa, Puno y Piura.
- Los casos de trata con fines de explotación laboral no necesariamente son escasos en nuestro país. Lo que ocurre es que falta de control y supervisión estatal hace que este fenómeno en la mayoría de casos pase desapercibido.
- La trata de personas se presenta en el Perú como un fenómeno complejo que presenta distintas modalidades delictivas entre las cuales las falsas ofertas de trabajo y la deuda o enganche se erigen como las conductas "tipo" de este delito.
- A diferencia de lo que sucede en el plano internacional, en el Perú, la presencia y actividad de organizaciones criminales profesionalizadas dedicadas a la trata de personas no es frecuente. Los casos más recurrentes de este fenómeno delictivo se relacionan con prácticas sociales de formas precarias de sostenimiento de la economía familiar o comunitaria. No se observa necesariamente un movimiento de ingentes cantidades de dinero en esta actividad.
- En el Perú, la trata en la mayoría de casos al interior del país no supone el desarraigo de la víctima ni la permanencia de la misma en la situación de explotación por periodos extensos. Es frecuente que la víctima tenga una vida medianamente normal de forma paralela a la explotación.

CAPÍTULO 3

LA APLICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNO: ESPECIAL CONSIDERACIÓN PARA LA INTERPRETACIÓN DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS

Si bien el Protocolo de Palermo sobre Trata de personas, define de manera completa esta conducta, no es el único tratado internacional que aborda esta materia. Además, la redacción de este tratado es extensa y compleja en algunos puntos.

Por ello, resulta importante poder tomar en consideración un conjunto de tratados internacionales, firmados y ratificados por el Perú, que abordan materias vinculadas a derechos humanos, y que resultan conexos con el Protocolo de Palermo sobre Trata de personas. Estos convenios contribuyen a regular, definir y precisar algunos aspectos parciales que se contienen en el concepto de trata de personas y que pueden no estar claramente contemplados en el Protocolo de Palermo, por lo que la interpretación de este Protocolo debe hacerse de manera conjunta con estos tratados.

Dentro de los tratados que resultan de utilidad para nuestro análisis, y de los cuales el Perú es parte, se encuentra los siguientes:

- **El Convenio 29 de la OIT relativo al trabajo forzoso u obligatorio (ratificado por el Perú el 1 de febrero de 1960).**

Este tratado obliga a los Estados a suprimir, lo más pronto posible, el empleo del trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas, entendido 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.

- **El Convenio 182 de la OIT relativo a las peores formas de trabajo infantil (ratificado por el Perú el 10 de enero de 2002).**

Este tratado, como su nombre lo indica, establece a los Estados el deber de adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil, lo cual abarca:

El Protocolo de Palermo sobre Trata de personas define a la trata de personas como:

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

- a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud (venta y la trata de niños, la servidumbre, y el trabajo forzoso u obligatorio)
- b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;
- c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, como la producción y el tráfico de estupefacientes;
- d) todo aquel trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, pueda generar un daño a la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

- **La Convención sobre los derechos del niño (ratificada el 4 de setiembre de 1990).**

Es el tratado de derechos humanos con mayor cantidad de ratificaciones (193). De acuerdo con él, se define al niño como toda persona menor de dieciocho años, salvo que por la legislación interna ya haya alcanzado la mayoría de edad. Asimismo, establece los principios generales de los derechos de los niños: i) el interés superior del niño, ii) la no discriminación, iii) la supervivencia y desarrollo del niño, y iv) el derecho del niño a ser oído. Asimismo, la Convención desarrolla los derechos especiales que, por su condición de vulnerabilidad, requieren los niños y niñas para desarrollar una vida digna.

- **La Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores (adhesión el 20 de abril de 2004).**

El objetivo del tratado es la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como la regulación de los aspectos civiles y penales del mismo. Este tratado establece una protección de los niños en el caso del tráfico internacional de menores, de acuerdo al principio de interés superior contemplado en la Convención sobre los derechos del Niño. Los Estados se comprometen a adoptar medidas eficaces, conforme a su derecho interno, para prevenir y sancionar severamente el tráfico internacional de menores, así como la cooperación internacional en este aspecto.

to. También se establecen obligaciones para la localización y restitución del menor.

- **El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía (ratificado el 8 de mayo de 2002).**

Este tratado (vinculado a la Convención sobre Derechos del Niño) prohíbe la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía, y señala que dichas actividades deben estar penalizadas en legislación interna de los Estados partes.

- **La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (ratificada el 23 de enero de 2002).**

El propósito de este Convención es promover la cooperación para prevenir y combatir eficazmente la delincuencia organizada transnacional. Dentro de los crímenes regulados se encuentran: la participación en un grupo delictivo organizado, el blanqueo del producto del delito, el blanqueo de dinero, la corrupción y la obstrucción de la justicia. Se regulan medidas para prevenir y sancionar estos delitos. También regula la cooperación internacional en temas como la asistencia judicial recíproca o la extradición de los culpables. Los derechos de las víctimas y las medidas de protección de testigos también se encuentran señalados en los artículos de este tratado.

Estos tratados han sido ratificados o adheridos por el Perú, y cumplen varias funciones. En primer lugar contienen definiciones sobre determinadas situaciones o prácticas de violaciones de los derechos humanos que son prohibidas por la comunidad internacional y que determinan, a su vez, la obligación de los Estados de incorporar una serie de medidas preventivas, represivas y de cooperación a efectos de erradicar tales situaciones o prácticas que afectan la dignidad humana.

Pues bien, antes de efectuar el análisis dogmático del tipo penal de trata de personas y delitos conexos, hemos considerado relevante presentar a los opera-

dores del sistema penal la importancia de algunos instrumentos internacionales que abordan cuestiones relativas a derechos humanos para la interpretación, investigación y juzgamiento del delito de trata en el derecho interno.

Ello debido a que se trata de una figura penal que contiene muchos elementos normativos cuya comprensión cabal es posible mediante una remisión a estos instrumentos internacionales o a las definiciones establecidas en el Decreto Supremo N° 007-2008-IN (Reglamento de la ley contra la trata de personas y tráfico ilícito de migrantes). En este capítulo analizaremos las bases teóricas para la utilización de estos instrumentos internacionales lo que nos permitirá evidenciar que, si bien en algunos casos es necesaria una norma interna de desarrollo, en otros casos sus disposiciones pueden ser de utilidad inmediata para el operador de justicia.

En efecto, como se expondrá posteriormente, las funciones que cumplen los instrumentos internacionales de derechos humanos de cara a su aplicación en el derecho interno son básicamente tres: primero, sirven como base para un posterior desarrollo normativo interno (normas internacionales no autoaplicativas); segundo, sirven como normas directamente aplicables en el ámbito interno (normas autoaplicativas); y tercero, son útiles como criterios interpretativos obligatorios o vinculantes de las normas internas.

Para comprender mejor estas funciones hemos dividido el presente capítulo en dos partes. En la primera, analizaremos la interacción del Derecho internacional y el Derecho interno; en el segundo punto nos detendremos brevemente en el análisis de las funciones de los convenios internacionales de protección frente a la trata y otros convenios conexos como criterios de interpretación vinculantes del tipo penal. En ese sentido, se examinará lo referente a los elementos normativos del tipo de trata que se ven defi-

nidos por algunos instrumentos internacionales y el Reglamento de la ley contra la trata.

3.1 RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO DE CARA A LA APLICACIÓN DE AQUEL POR LOS OPERADORES DEL SISTEMA PENAL

La interacción entre el Derecho internacional y el Derecho interno implica el análisis de tres aspectos fundamentales:

- i) la incorporación de los tratados al Derecho interno,
- ii) el rango que estos tratados adquieren en nuestro ordenamiento jurídico, y
- iii) el deber de implementación, de acuerdo con la naturaleza autoaplicativa y no autoaplicativa de estas normas internacionales.

INCORPORACIÓN DEL TRATADO

Al analizar la interacción entre el Derecho internacional y el Derecho interno, el primer elemento que debe tenerse en consideración es el **sistema o mecanismo de ingreso de la norma internacional** (en este caso, los tratados referidos a la protección de la trata de personas) **al ordenamiento interno**. Es decir, la incorporación alude a la forma como las normas internacionales (los tratados) ingresan al ordenamiento interno.¹ Sobre este punto, que debe ser regulado por el Derecho interno, existen tres posibilidades, sobre las cuales los Estados pueden optar al momento de legislar en el Derecho interno:²

1. Que la incorporación se haga de manera directa, es decir, con la sola ratificación o adhesión del tratado por parte del Estado. Este sistema se denomina SISTEMA MONISTA o de recepción automá-

1 SALMON, Elizabeth. Los aspectos internacionales en la reforma de la Constitución. En: *Pensamiento Constitucional*, Lima, año IX, N° 9, 2003, p. 151.

2 Para un mayor desarrollo ver: Ver: NOVAK, Fabián y Elizabeth SALMON. *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos*. Lima: IDEI / PUCP, 2002, pp. 105 - 110.

tica. Así, la tesis monista es aquella según la cual "la razón de la validez del orden jurídico nacional se encuentra determinada por el derecho internacional".³ En otras palabras, la tesis monista parte de la concepción unitaria del sistema internacional y del orden jurídico estatal, lo que implica que la norma de derecho internacional se incorpora en el derecho interno de manera inmediata.

2. Que la incorporación se haga luego de que el Estado haya adoptado una norma de Derecho interno que "incorpore" la norma internacional al ordenamiento nacional. Este acto de incorporación se denomina "transformación legislativa". Este sistema se denomina SISTEMA DUALISTA o de recepción formal. Así, la tesis dualista es aquella según la cual el Derecho internacional no tiene validez directa en el Derecho nacional en tanto este no lo haya interiorizado a través de un mecanismo previsto en el ordenamiento jurídico interno. La tesis dualista, por tanto, parte de una concepción contraria, esto es, que el sistema internacional y el orden jurídico interno son ordenes jurídicos distintos y separados, por lo que se necesita un mecanismo especial, adicional a la ratificación o adhesión al tratado, para incorporar el derecho internacional al derecho interno, nacional o doméstico.
3. Que no exista regulación expresa, por lo que habrá que examinar la práctica administrativa o jurisprudencial para determinar si es o no necesario llevar a cabo un acto formal de transformación legislativa.⁴

El Perú es un país que ha optado por el sistema monista. Esto se desprende del artículo 55 de la Constitución Política, que señala:

Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional

En el mismo sentido, la Ley N° 26647, que establece normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento

nacional de los tratados celebrados por el Estado peruano dispone en su artículo 3° que los tratados celebrados y perfeccionados por el Estado peruano entran en vigencia y se incorporan al Derecho nacional, en la fecha en que se cumplan las condiciones establecidas en los instrumentos internacionales respectivos.

Esto quiere decir que todos los tratados de los que el Perú sea parte se convierten en normas internas y son de obligatorio cumplimiento. Esto quiere decir que la norma internacional se recibe de manera automática en el ordenamiento jurídico interno, siendo, exigible al Estado su cumplimiento. Si bien la Ley N° 26647, establece en su artículo 4° que el texto de los tratados debe ser publicado en el Diario Oficial, esta publicación de ninguna manera condiciona la entrada en vigencia del tratado (es decir, no se puede asumir que el tratado no ha entrado en vigencia para el Perú, porque no se ha publicado en el Diario Oficial).

RANGO DEL TRATADO

Teniendo claro que la incorporación de los tratados al ordenamiento jurídico peruano es automática, debemos ahora analizar con qué rango se incorporan. Entendemos por rango la jerarquía o relación de primacía, equiparación o subordinación entre las normas internacionales y las normas de Derecho interno.⁵ La jerarquía, por tanto, sirve, para que las normas de Derecho internacional y de Derecho interno se articulen y se resuelvan las posibles contradicciones que puedan surgir al regular ambas normas las mismas conductas.⁶

En relación con el **rango de los tratados**, el Tribunal Constitucional ha desarrollado la tesis de que en el Perú los tratados de derechos humanos gozan de rango constitucional, mientras que el resto de tratados posee rango legal. Ello porque, de acuerdo con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política, se establece que:

3 SAGUES, Néstor Pedro. "Mecanismos de incorporación de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos al Derecho interno", en: *Retos de la judicialización en el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación*. Lima: Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2003, p. 88.

4 NOVAK, Fabian y Luis GARCIA-CORROCHANO. *Derecho internacional público. Tomo I: Introducción y Fuentes*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 326.

5 ABUGATTAS, Gattas. "Sistemas de incorporación monista y dualista ¿tema resuelto o asignatura pendiente?" En: *Agenda Internacional*. Lima, año XII, N° 23, 2006, p. 449.

6 Ibidem.

Las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú

En este sentido, señala el Tribunal Constitucional, los tratados de derechos humanos constituyen un parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades.⁷

¿Son los tratados sobre trata de personas tratados de derechos humanos?

- Si bien el Tribunal Constitucional ha señalado que los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional, no ha precisado que debemos entender por "tratado de derechos humanos".
- No obstante, podemos entender que los tratados de derechos humanos son aquellos "orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano". En este sentido, es posible concluir que los tratados de derechos humanos son aquellos referidos a la protección de los derechos humanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, o de cuál sea su objeto principal*.
- Es más, existen instrumentos internacionales como el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos que establecen explícitamente que la trata de personas constituye una violación de derechos humanos que afecta la dignidad y la integridad de las personas.
- Asimismo, debemos tomar en cuenta que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer – Convención de Belem do Pará, es un tratado de derechos humanos y establece expresamente que los Estados deben:
 - Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
 - Incluir en su legislación interna normas penales para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer;
 - Adoptar medidas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad
- En este sentido, dado que los tratados que protegen contra la trata de personas protegen al ser humano de afectaciones a su vida, libertad e integridad, es posible concluir que son tratados que recogen normas orientadas a la protección de los derechos humanos, y que dichas normas, deben ser consideradas con rango constitucional.
- Además, debemos tomar en cuenta que al igual que otros tratados de derechos humanos, los tratados para proteger contra la trata de personas no tienen por objeto solamente establecer un conjunto de derechos y obligaciones recíprocas entre Estados, sino más bien establecer un sistema de protección a favor de todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, a fin de cuentas, pretenden proteger los derechos humanos de las personas del repudiable fenómeno de la trata de personas y delitos conexos.**

* Corte IDH. *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párrafo 24.

** Ver Novak, Fabián y Sandra NAMIHAS. *Manual para magistrados y auxiliares de justicia*. Academia de la Magistratura, 2004. p. 55.

7 Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00047-2004-AI de fecha 24 de abril de 2006 (fundamento 22). En el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional N° 025-2005-PI/TC de fecha 25 de abril de 2006 (fundamento 33)

Ahora bien, estos debates internos sobre el rango de los tratados, se encuentran superados desde la perspectiva internacional. No queda duda alguna de que el Derecho internacional siempre debe prevalecer por encima del Derecho interno.⁸ Esto es así porque de acuerdo con el artículo 27° de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados,⁹ las obligaciones o compromisos internacionales adoptados por un Estado no pueden ser eludidos por éste último invocando normas de Derecho interno. Estas últimas resultan inválidas de cara a hacer prevalecer el Derecho internacional.

En este sentido, siempre será necesario recordar que el Derecho internacional prima o prevalece sobre el Derecho interno, por lo que en caso de conflicto entre la norma internacional y la norma interna (incluso, una norma constitucional), debe preferirse la norma contenida en el tratado.

IMPLEMENTACIÓN DEL TRATADO: NATURALEZA DE LAS NORMAS

Ahora bien, habiendo examinado el sistema de incorporación de tratados y el rango de estos en el Derecho interno, es momento de analizar el deber de **implementación** de que tienen los Estados respecto de estas normas internacionales, es decir, la obligación de dar cumplimiento efectivo a lo establecido en los tratados.

Para esto, como sostiene Sagués es preciso distinguir entre normas de derecho internacional autoaplicativas (*self executing*) y normas no autoaplicativas (*non self executing*).¹⁰ Las primeras, por ser completas, no necesitan de otras normas para aplicar internamente la norma internacional que se enuncia. Es decir, pueden ser aplicadas por el agente estatal directamente, sin necesidad de un desarrollo normativo posterior. Un ejemplo de una norma autoaplicativa es el mandato de no discriminación, ya que la obligación se entiende que debe ser respetada de manera

inmediata, sin que se requiera alguna norma adicional que la desarrolle. De acuerdo con la doctrina, para que una norma pueda considerarse autoaplicativa, esta debe presentar las siguientes características:

- Que la norma otorgue a las personas un derecho claramente definido y exigible ante un juez.
- Que la norma sea lo suficientemente específica para poder ser aplicada judicialmente en un caso concreto, sin necesidad de tener que recurrir a alguna norma legislativa o judicial adicional.¹¹

Un ejemplo de norma internacional autoaplicativa que nos interesa analizar es la contenida en el artículo 3° inciso b) del Protocolo de Palermo sobre Trata de personas que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra el crimen organizado. Este artículo señala que

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

Se trata de una norma completa (es decir, que no necesita mayor desarrollo normativo) porque establece un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica: si se verifica una situación de trata de personas entonces no puede invocarse el consentimiento como criterio de exclusión de responsabilidad. Es decir, la norma citada determina que no cabe excluir la responsabilidad penal, a pesar de que la víctima de la trata de personas haya dado su consentimiento para ello. Esta norma resulta aplicable directamente (autoaplicativa) por parte del operador jurisdiccional nacional, en tanto no se refiere a elementos constitutivos del delito ni a la pena, sino a una circunstancia ajena al delito que tiene que ver con una eventual errónea interpretación del delito de trata de per-

8 SALMON, Elizabeth. Op. Cit. p. 103.

9 Ratificado por el Perú mediante Decreto Supremo N° 029-2000-RE.

10 SAGUES, Néstor Pedro. Op. Cit. 94.

11 CANCADO TRINDADE, Antonio. *El Derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 305.

sonas. La norma, por tanto, puede ser aplicada directamente por el operador judicial sin que sea necesario esperar un desarrollo normativo posterior, o su inclusión expresa en el Código Penal.

Con esta norma del artículo 3° inciso b), el Protocolo pretende cerrar espacios de impunidad del fenómeno de la trata de personas dejando sin validez la interpretación que lleve a excluir la responsabilidad penal de los agentes perpetradores por considerar que existe un consentimiento válido de la víctima. Esta norma internacional, como ya hemos analizado, al estar orientada a la protección de los derechos humanos de las personas, tiene el más alto rango en la jerarquía normativa interna (rango constitucional), por lo que aún cuando nuestro Código Penal ni ninguna otra norma interna regule esta improcedencia de exclusión de responsabilidad penal, el operador de justicia está vinculado a ella y debe preferirla conforme lo manda el artículo 138° de la Constitución.¹² Asimismo, debemos recordar que de acuerdo con el ya mencionado artículo 27° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no cabe incumplir una norma de Derecho internacional alegando que la norma de Derecho interno señala algo diferente.

Las normas no autoaplicativas o de naturaleza programática, por el contrario, sí necesitan de una norma interna de desarrollo que permita que el derecho o la norma reconocida por el Derecho internacional se ejecuten en el derecho nacional o doméstico¹³. Así, cuando hablamos de una norma no autoaplicativa no estamos cuestionando su validez en el Derecho interno, sino su aplicabilidad inmediata ya que la

norma no contempla todos los elementos necesarios para operativizarla en el Derecho interno.

De esta manera, las normas internacionales de derechos humanos de carácter incriminatorio (aquellas que crean delitos y establecen sanciones penales) son, en general, no autoaplicativas, debido a las exigencias y alcances del principio de legalidad penal. Así, por ejemplo, un juez penal no podría condenar a un procesado por el delito de Trata de personas en aplicación directa y exclusiva del Protocolo de Palermo, puesto que, si bien este tratado establece el deber de penalización de la Trata de personas, dicha norma internacional no señala expresamente la pena abstracta a imponerse. Es una norma incriminatoria incompleta a efectos de su *aplicación punitiva directa* por parte del operador jurisdiccional, que necesita adecuarse al ordenamiento interno a través una tipificación legal del delito, como de hecho ha ocurrido con la incorporación del artículo 153° del Código Penal.¹⁴

En efecto, el principio de legalidad es un principio fundamental del Estado de derecho. Tal como se ha redactado este principio¹⁵ y teniendo en cuenta la forma en la cual ha sido reconocido por la literatura penal y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁶, impediría una recepción inmediata de normas del derecho penal internacional que impliquen nuevos ámbitos de incriminación de conductas. Específicamente, la garantía de taxatividad (*lex certa*) lo impediría, en tanto esta garantía se extiende, conforme lo establece nuestra Constitución, no sólo al supuesto de hecho del delito, sino también a la pena, la cual nunca se encuentra abstractamente determinada en los tratados internacionales (es decir, los tratados

12 Según el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución, en caso de incompatibilidad, los jueces deben preferir la Constitución frente a cualquier norma de rango legal.

13 De idea semejante es SALMON, Elizabeth. Op. Cit. p. 106

14 Cabe precisar que la implementación de un tratado no se da únicamente a través de normas penales. Prueba de ello son las disposiciones recogidas en el Reglamento de la Ley N° 28950 - Ley contra la Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Migrantes, referidas a la prevención de este delito.

15 El artículo 2° numeral 24° literal d) de la Constitución establece que "nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible (...)". El Código Penal, por su parte, establece en su artículo II del Título preliminar que "nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella."

16 Ver al respecto las sentencias del TC N° 010-2002-AI/TC de fecha 03 de enero de 2003, N° 2758-2004-HC/TC de fecha 23 de noviembre de 2004 y N° 012-2006-AI/TC de fecha 19 de diciembre de 2006.

pueden definir la conducta que debe ser penalizada, pero no establecen la pena que debe considerarse).

3.2 LOS CONVENIOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN FRENTE A LA TRATA Y OTROS CONVENIOS CONEXOS COMO CRITERIOS INTERPRETATIVOS DEL TIPO PENAL NACIONAL DE TRATA DE PERSONAS

3.2.1 Interpretación del bien jurídico

El bien jurídico se define por una parte importante de la doctrina como todos aquellos presupuestos o realidades que se consideran valiosas e importantes para la participación de las personas en un sistema social determinado.¹⁷ La delimitación del bien jurídico-penal protegido en los tipos penales resulta útil pues permite interpretar el contenido de lo prohibido por una disposición penal.

En nuestro concepto, y siguiendo a Villacampa Estiar-te, tanto el Protocolo de Palermo sobre Trata de per-sonas, como los diversos instrumentos internaciona-les que prohíben el trabajo forzado o las nuevas for-mas de esclavitud, tienen la pretensión de conside-rar a la trata de personas como un delito a nivel glo-bal, esto es, de interés para la comunidad internacio-nal.¹⁸ En ese sentido el interés o el bien jurídicamen-te protegido debe gozar de un reconocimiento al mismo nivel. De acuerdo con la autora mencionada, la dignidad humana es plenamente capaz de cumplir ese rol, esto es, se trata del interés más adecuado para erigirse en un bien jurídico compartido por la comunidad internacional.

Como ya hemos expuesto, la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece que los de-rechos y libertades reconocidas por ella deberá inter-pretarse de conformidad con los tratados de de-

rechos humanos; por tanto, el bien jurídico prote-gido del delito de trata de personas tiene que inter-pretarse conforme a esta clase de tratados, que además de proteger derechos como la integridad y libertad (afectados por el delito de trata de perso-nas), recogen normas fundamentalmente orienta-das a tutelar la dignidad de las personas de manera general. Ahora, como ya hemos analizado, algunos tratados como el Convenio 29 de la OIT relativo al trabajo forzoso u obligatorio, el Protocolo de Pa-lermo sobre Trata de Personas, recogen normas orientadas a la protección de los derechos huma-nos. Por tanto, el operador de justicia se encuentra **obligado constitucionalmente** a efectuar una inter-pretación de los elementos objetivos del tipo pe-nal de trata de personas que guarde relación con las definiciones establecidas en los diversos trata-dos internacionales sobre esta materia, puesto que estas definiciones lo que hacen es interpretar ca-balmente el derecho a la dignidad, libertad e inte-gridad de las víctimas de la trata de personas.

3.2.2 Interpretación de los elementos normativos del tipo penal de trata de personas

Los tipos penales están compuestos por elementos descriptivos y elementos normativos.

Los elementos descriptivos son enunciados que pue-den definirse a partir de nuestra experiencia de la realidad de manera casi inmediata, por ejemplo "me-nor de 18 años", "matar a otra persona".

Los elementos normativos son aquellos que sólo pue-den ser representados y concebidos bajo el presu-puesto lógico de la existencia de una norma jurí-dica o social (los elementos descriptivos, por su parte, exis-ten con independencia de ser definidos por una nor-ma jurídica)¹⁹. Estos elementos normativos pueden ser de dos tipos:

17 ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General, Tomo I Fundamentos. La Estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 1997, p. 56. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal Parte General I*. Madrid: Editorial Universitas, 1996, p. 82.

18 VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. Op. Cit. pp. 837-838.

19 ROXIN, Claus. *Tratado de Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1997, p. 307.

- **Elementos normativos jurídicos:** son conceptos jurídicos. Por ejemplo: "cheque", "depósito", "funcionario público", etc.
- **Elementos normativos sociales, culturales, éticos o ético-sociales:**²⁰ son los que denotan una valoración empírico-cultural. Por ejemplo: "obs-ceno", "buenas costumbres", etc.

Los elementos normativos jurídicos suponen una remisión interpretativa a una normativa extrapenal (es decir, ajena al derecho penal). Sin embargo, el operador judicial tendría un ámbito de discrecionalidad para elegir y atribuir un significado posible al elemento típico, de modo que no se encuentra completamente vinculado por lo establecido esa norma extrapenal.²¹

Sin embargo, en el caso del delito de trata de personas hay un mandato de interpretación vinculante, en donde los tratados sobre esta materia, de los que Perú es parte, impiden que el operador de justicia lleve a cabo una interpretación que reduzca el ámbito de protección de los derechos de las víctimas establecido por ellos.

Así, el principio de legalidad penal no puede de ser utilizado por el operador de justicia como pretexto para no considerar a los tratados internacionales, más aún si buscan la protección de derechos humanos,

como de obligatoria observancia para la interpretación de elementos normativos del tipo penal de trata de personas. Por el contrario, la remisión a la norma internacional en estos casos es obligatoria. En primer lugar, por el rango constitucional que estos tratados detentan, y en segundo lugar, porque como hemos señalado, el artículo 27º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (de la cual el Perú es Estado parte), dispone que no es posible incumplir una norma internacional (sea o no de derechos humanos) alegando que la norma interna dice algo diferente.

El principio de legalidad, a decir de nuestro TC, constituye un principio y también un derecho fundamental de la persona²² que opera principalmente como límite a la potestad punitiva del Estado.²³ Según la doctrina más cualificada²⁴ este principio integra una serie de garantías que componen el núcleo esencial del referido principio o derecho.²⁵ A efectos de nuestro análisis en este punto, nos interesa destacar la **garantía de reserva de ley**, según la cual la creación o ampliación de delitos, faltas o medidas de seguridad o circunstancias de agravación sólo se debe efectuar mediante una ley entendida en sentido formal y excepcionalmente en sentido material²⁶.

No obstante, que el operador jurisdiccional acuda a tratados para atribuir un significado a algún elemento normativo del tipo penal de Trata de personas, de

20 BACIGALUPO Z., Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1996. p. 84 y ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 461.

21 MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la empresa. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 249.

22 STC de 23 de noviembre de 2004 recaída en el Exp. N° 2758- 2004-PHC/TC, Fundamento 3.

23 HUERTA TOCILDO, Susana. "Principio de legalidad y normas sancionadoras", en: *Principio de legalidad. Actas de las V Jornadas del Tribunal Constitucional*, 2000, p. 15.

24 ROXIN, Claus. Op. Cit., pág. 140 y ss; DE VICENTE DE MARTINEZ, Rosario. *El principio de legalidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 36 y ss; HUERTA TOCILDO, Susana. Op. Cit. p. 16.

25 Estas garantías son: la garantía de reserva de ley (*nullum crimen sine lege- lex scripta*); la garantía de prohibición de aplicación retroactiva de las leyes penales desfavorables (*Lex praevia*); la garantía de taxatividad (*Lex certa*); y la garantía de la prohibición de analogía (*lex stricta*).

26 De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ley autorizada a restringir derechos (como es el caso de las normas penales) debe entenderse una norma de carácter general ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los estados parte para la formación de leyes. Según la Corte lo anterior no contradice la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia (restricción de derechos fundamentales) siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante y que tal ejercicio este sujeto a controles eficaces. Corte IDH. *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párrafos 32 y 33.

ninguna manera vulnera la garantía de reserva de ley, pues el propio tipo hace una remisión interpretativa implícita a los tratados, pero el contenido de lo prohibido se encuentra suficientemente descrito en él. El principio de legalidad se encuentra plenamente salvaguardado en la medida de que, desde una perspectiva objetiva, lo prohibido (la trata de personas) es perfectamente conocible por el ciudadano.

Por otro lado, es importante tomar en cuenta que en el Derecho nacional también existen definiciones de algunos elementos normativos del tipo penal de trata de personas. Así, el Reglamento de la ley contra la trata de personas y tráfico ilícito de migrantes²⁷ establece en su artículo 3° definiciones que resultan útiles para el operador de justicia que tenga que interpretar el tipo penal bajo análisis. Como se explicará con más detalle en los siguientes capítulos de este manual, el Reglamento establece definiciones de "esclavitud", "explotación", "mendicidad", "servidumbre", "trabajo forzoso o forzado", "venta de niños" y "prácticas análogas a la esclavitud". Estas definiciones, que ciertamente se asemejan a aquellas establecidas en los tratados, también sirven como criterios interpretativos para dar contenido a los elementos normativos descritos en el delito de trata de personas.

Ahora bien, como hemos precisado, las definiciones establecidas en el Reglamento se asemejan a las definiciones realizadas por los tratados, **pero no son idénticas**. Así, existen definiciones del Reglamento que son más amplias (más protectoras del ser humano) que las definiciones establecidas en los tratados y que, por tanto, protegen en mayor grado la dignidad, integridad y libertad humana. Esto tiene como consecuencia que el operador de justicia deba preferir las definiciones del Reglamento a las del tratado, en la medida que las definiciones del Reglamento protegerán mejor los derechos a la vida, integridad y libertad de las víctimas de trata de personas.

Esto es así porque existe en el Derecho internacional el llamado "Criterio de primacía de la norma más fa-

vorable a las víctimas".²⁸ De acuerdo con este criterio, cuando existan varias normas (nacionales o internacionales) que otorguen un derecho a las personas, debe preferirse la aplicación de aquella que otorga mayores protecciones. Así, en el ejemplo que venimos reseñando respecto del Reglamento de la ley contra la trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, concluiríamos que:

No es posible admitir una restricción o interpretar un tratado en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las normas de Derecho interno (en nuestro ejemplo, el Reglamento) o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados (en nuestro ejemplo, otros tratados sobre Trata).

Por tal motivo, cuando el operador jurisdiccional acuda, vía remisión interpretativa obligatoria, a un tratado internacional o al Reglamento de la ley contra la trata de personas para dar contenido, por ejemplo, al elemento típico "servidumbre" deberá preferir la definición que otorgue mayores garantías al ser humano (en este caso, la prevista en el Reglamento)

Así por ejemplo el Convenio 29 de la OIT relativo al trabajo forzoso u obligatorio establece en su artículo 2° que "(...)

la expresión trabajo forzoso u obligatorio designa 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.

Por su parte, el Reglamento mencionado sostiene que trabajo o servicio forzoso es

todo trabajo o servicio impuesto a un individuo víctima de trata de personas, bajo amenaza de un grave perjuicio a él o sus familiares directos dependientes.

27 Decreto Supremo N° 007-2008-IN.

28 Ver artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Como se observa ambas definiciones no son iguales; la definición del Reglamento incluye, a diferencia del tratado, como trabajo forzoso al trabajo o servicio bajo amenaza de perjuicio a la víctima de trata o a **sus familiares cercanos dependientes**. En este sentido, el Reglamento es más amplio en la protección de la persona víctima de trata, por lo que debe preferirse esta definición antes que la esbozada por el tratado.

Aquí las definiciones de ambos dispositivos normativos son más marcadamente disímiles; sin embargo, creemos que la definición del Reglamento es más clara y se presta a menos confusiones, pues una víctima de trata no necesariamente llega a ser cosificada cuando se le priva de sus derechos. Por ello, la definición que debería preferirse por el operador de justicia debería ser la del Reglamento por ser más extensa en su protección del derecho de las víctimas de trata.

Para concluir

- En el ordenamiento interno peruano los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional.
- La trata de personas es un delito que afecta la libertad, integridad y en algunos casos la vida de las personas. Por ello, los tratados sobre trata de personas, al contener normas orientadas a la erradicación de este delito, pueden considerarse tratados de derechos humanos o que recogen normas de derechos humanos, y que por lo tanto tienen rango constitucional.
- El Protocolo de Palermo sobre Trata de Personas contiene una norma de derechos humanos de carácter autoaplicativo, es decir, que debe ser automáticamente aplicada por el operador judicial. Esta norma es el artículo 3° inc. b) que hace referencia a la no consideración del consentimiento de la víctima para la configuración del delito de trata, es una norma vinculante de rango constitucional directamente aplicable por el operador jurisdiccional.
- Por otro lado, el Protocolo de Palermo sobre Trata de Personas también contienen normas no autoaplicativas, es decir, que no pueden ser aplicadas por el operador judicial directamente, sino que requieren una norma de Derecho interno que la desarrolle. Este es el caso de las normas de incriminación (que obligan a tipificar una conducta).
- Al margen de la existencia del tipo penal de trata de personas en nuestro Código Penal, los tratados que definen elementos típicos de este delito deben ser tomados en cuenta por el operador judicial como criterios interpretativos obligatorios, en tanto en virtud de la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución y del artículo 27° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.
- Recurrir a los tratados internacionales para dar contenido a los elementos normativos del delito de trata de personas no vulnera el principio de legalidad penal, pues es el propio tipo penal el que hace una remisión interpretativa implícita a los tratados.

CAPÍTULO 4

EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS Y EL PROBLEMA CONCURSAL CON OTROS DELITOS CONEXOS

En los últimos años, tres leyes han incorporado cambios sustanciales en el marco de protección penal contra la trata de personas y delitos conexos en el Código Penal peruano:

- Ley N° 28251, sobre proxenetismo, usuario de servicios sexuales de menor, rufianismo, turismo sexual infantil y publicidad de la prostitución.¹
- Ley N° 28950, sobre la represión de la trata de personas y tráfico de migrantes.²
- Ley N° 29194, que modifica el Código Penal y precisa los alcances de la pena accesoria de inhabilitación al padre, madre o tutor del menor víctima de trata de personas, especialmente cuando la víctima es menor de edad.³

A partir de estas modificaciones legislativas, los operadores del sistema penal (jueces, fiscales y miembros de la Policía Nacional)⁴ han identificado dos tipos de problemas para la protección penal de la trata de personas en el Perú.

1. **La complejidad del tipo penal que prohíbe este fenómeno:** Los operadores de justicia tienen poca claridad sobre el bien jurídico protegido en el delito de trata de personas⁵, a su naturaleza (si es un delito de peligro o un delito de lesión; si es un delito instantáneo o un delito permanente; si es un delito de mera actividad o un delito de resultado típico, etc.), a la calidad del sujeto activo o el sujeto pasivo, a las conductas típicas prohibidas por este delito, a la precisión de los medios empleados, a la relevancia o no del consentimiento, al momento de la consumación, y las formas imperfectas de su realización. Este aspecto será estudiado en el acápite 4.1 de este capítulo.
2. **La relación que existe entre el tipo penal de trata de personas y otros tipos penales conexos, tales como el proxenetismo, el favorecimiento a la prostitución y el rufianismo:** Los fiscales y jueces califican determinados hechos como simples delitos de proxenetismo o de rufianismo, cuando los hechos pueden configurar la existen-

1 Publicada el 6 de junio de 2004.

2 Publicada el 16 de enero de 2007.

3 Publicada el 25 de enero de 2008. Los tipos penales conexos se analizarán en el acápite 4.2.

4 Entrevistas realizadas a fiscales, jueces y policías así como eventos realizados a propósito de la lucha contra la trata de personas [Reunión de altas autoridades en materia de trata de personas y explotación laboral: hacia una inversión social descentralizada. Lima 5 y 6 de diciembre de 2011] han mostrado como principal problema la comprensión del delito de trata de personas y su relación con otros tipos de delitos conexos, especialmente los delitos de favorecimiento a la prostitución, proxenetismo y rufianismo.

5 Sin perjuicio del debate sobre su función legitimadora del Derecho penal, el bien jurídico es una categoría dogmática fundamental para la interpretación de los tipos penales, tal como lo sostiene SCHUNEMANN, Bernd. "El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación". En: *La teoría del bien jurídico*, Madrid: Marcial Pons, 2007. A ello debe agregarse que la delimitación del contenido del bien jurídico protegido por un tipo penal resulta también fundamental para esclarecer las relaciones concursales (concurso aparente, concurso ideal o concurso real de delitos) entre el delito de trata de personas y los delitos conexos mencionados.

cia de un verdadero delito de trata de personas. Es decir, se presenta el riesgo de un tratamiento penal benigno de un hecho considerado grave por la comunidad internacional. Problemas similares se presentan cuando un hecho concreto que se investiga o juzga contiene elementos de dos o más de los delitos indicados. En términos prácticos, calificar un hecho como trata de personas o como delito de favorecimiento a la prostitución o cómo ambas figuras a la vez implica diversos tipos de consecuencias penales (principalmente, en lo que se refiere a la determinación de la pena a imponer) para el agente perpetrador. Este aspecto será analizado en el acápite 4.2 de este capítulo.

4.1 ANÁLISIS DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS TIPIFICADO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

Artículo 153 del Código Penal – Delito de trata de personas

El que promueve, favorece, financia o facilita la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país, recurriendo a: la violencia, la amenaza u otras formas de coacción, la privación de libertad, el fraude, el engaño, el abuso del poder o de una situación de vulnerabilidad, o la concesión o recepción de pagos o beneficios, con fines de explotación, venta de niños, para que ejerza la prostitución, someterlo a esclavitud sexual u otras formas de explotación sexual, obligarlo a mendigar, a realizar trabajos o servicios forzados, a la servidumbre, la

esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud u otras formas de explotación laboral, o extracción o tráfico de órganos o tejidos humanos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años. La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considerará trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios señalados en el párrafo anterior.

(...)

4.1.1 Bien jurídico protegido

Existen tres posiciones sobre cuál es el bien jurídico protegido en el tipo penal de trata de personas.⁶ En las líneas siguientes haremos una reseña de estas posiciones y estableceremos finalmente aquella que consideramos como la más adecuada, teniendo en cuenta el marco constitucional y la tipificación interna.

Posición 1: La libertad personal como bien jurídico protegido⁷

Esta posición sostiene que la libertad ambulatoria es el concreto bien jurídico protegido en el tipo penal de trata de personas, aunque posteriormente reconoce de manera específica a la dignidad personal como bien jurídico protegido.⁸

Esta posición se asienta fundamentalmente en dos razones:

1. Los **medios comisivos** del delito (es decir, los mecanismos por los cuales se restringe la volun-

6 Hemos descartado algunas posiciones residuales en virtud de su escasa trascendencia para la discusión en la doctrina nacional. Por ejemplo, hemos descartado la perspectiva de un sector de la doctrina española que señalaba a la política migratoria como bien jurídico protegido. Esta discusión se debía a la pésima técnica legislativa del parlamento español, que incluía el delito de trata de personas como un agravante del delito de tráfico ilegal de personas.

7 Esta es la posición seguida preferentemente por la doctrina nacional. Los profesores Salinas Siccha y Peña Cabrera Freyre sostienen que la libertad personal es el bien jurídico protegido en este delito.

8 SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho penal. Parte Especial*. Volumen 1, Grijley, Lima, 2010, p. 498. En el mismo sentido CARO CORIA, Dino Carlos. Ponencia presentada al VII Plenario de la Corte Suprema de la República realizado el 2 de noviembre de 2011.

tad de la víctima) denotan distintas intensidades de afectación a la libertad ambulatoria (por ejemplo, la violencia, amenaza, engaño, abuso de autoridad, etc.).⁹

2. La **ubicación sistemática** del delito de trata de personas en nuestro Código Penal. Este tipo penal se encuentra dentro de los delitos contra la libertad individual, junto a los delitos de coacción y secuestro.

No obstante, existen dos argumentos que contradicen esta posición: De un lado, se señala que esta postura no puede explicar la trata de menores de edad (incluso menores de 18 años) en la cual los medios de comisión son irrelevantes. Por otro lado, la referida posición no tiene en cuenta mínimamente lo que resulta ser la característica principal del fenómeno de la trata en el mundo: los fines de explotación laboral o sexual de la persona. En razón de ello, se argumenta, el delito de trata trasciende la mera restricción de la libertad ambulatoria.

El Acuerdo Plenario N° 3-2011/CJ – 116 de 6 de diciembre de 2011, asume en nuestro concepto de manera equivocada, esta posición. El Acuerdo señala que en el delito de trata de personas se protege la **libertad personal** entendida como la capacidad de autodeterminación con la que cuenta una persona para desenvolver su proyecto de vida. Esta posición, entre otras observaciones, no permite explicar los casos en que el sujeto pasivo del delito sea un(a) menor de edad. En estos casos, según el propio tipo penal de trata de personas, no puede sostenerse que los y las menores de 18 años tengan capacidad de autodeterminarse personalmente.

Posición 2: La dignidad personal como bien jurídico protegido

Esta es la posición mayoritaria de la doctrina penal comparada.¹⁰ Si bien se reconoce que la dignidad humana es un valor presente, en mayor o menor intensidad, en todos los derechos fundamentales, también posee un contenido específico y autónomo que no puede ser alcanzado totalmente por cada derecho independientemente considerado¹¹.

Concebimos a la dignidad como el derecho de todo ser humano (mayor o menor de edad) a no ser instrumentalizado por otro, a no ser tratado como objeto de cambio o mercancía.

Así, la dignidad impide todo "trato vejatorio que represente convertir en cosas a los seres humanos"¹². La trata de personas, en consecuencia, describe un proceso que implica justamente un atentado al núcleo fundamental de la personalidad humana, por que supone la vulneración de la esencia misma de la persona.¹³

Desde nuestra perspectiva, esta es la posición correcta, a pesar de que no se condiga con la ubicación sistemática del tipo penal. Nuestra postura coincide con la perspectiva asumida por diversos instrumentos internacionales de protección frente a la trata de personas. Dichos instrumentos señalan en sus respectivos preámbulos la necesidad de proteger la dignidad de las personas. Además, la dignidad humana constituye una categoría que permite una mejor desvaloración de la gravedad del fenómeno de la trata de personas.

9 Ibidem.

10 VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *El delito de trata de personas*. Op. Cit. pp. 835 a 837. La autora cita también dentro de esta posición a PEREZ CEPEDA, Ana. Op. Cit. Además si incluimos en esta posición a aquellos que conciben al bien jurídico como integridad moral pueden citarse a autores como DE LEON VILLALBA, PEREZ ALONSO, GARCIA ARAN, CARMONA SALGADO, LAURENZO COPELLO, entre otros.

11 Muy claramente sobre esta diferenciación BENDA, Ernesto. "Dignidad humana y derechos de personalidad", en : *Manual de Derecho Constitucional* (Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde), Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 120 y 121. Los críticos que cuestionan el rendimiento de la dignidad como bien jurídico protegido sólo cuestionan la función de la dignidad como valor presente en todos los derechos fundamentales más no su contenido autónomo.

12 VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *Comentarios a la Parte especial del Código Penal*, Arazandi, Navarra, 2007, p. 1119.

13 VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *El delito de trata de personas*. Op. Cit. p. 837.

Posición 3: Pluralidad de bienes jurídicos protegidos

Esta posición considera que, detrás del delito de trata de personas existe una pluralidad de bienes jurídicos protegidos, dependiendo del bien jurídico amparado detrás de cada modalidad de explotación prohibida.

Así, por ejemplo, en los casos de trata con fines de explotación laboral el bien jurídico sería la libertad laboral. En los casos de trata con fines de explotación sexual, el bien jurídico sería la libertad sexual.

Consideramos que esta postura no resulta viable por su estructura difusa, y porque no contribuye con una interpretación estable del tipo penal, ni tampoco con su función de resolver los problemas de concurrencia con delitos afines.¹⁴

4.1.2 Tipo objetivo:

4.1.2.1 Los sujetos del delito:

4.1.2.1.1 Sujeto activo:

El sujeto activo es la persona física que realiza la conducta típica. El delito de trata de personas (en su modalidad básica) constituye un delito común y no un delito especial. En ese sentido, cualquier persona natural (mayor de edad) puede resultar responsable de este delito.

A diferencia del Protocolo de Palermo contra la trata de personas, que presupone un sujeto activo colecti-

vo, es decir, la existencia de un grupo delictivo organizado,¹⁵ el tipo penal interno recogido en el artículo 153° del Código Penal, no establece como elemento necesario la existencia de una pluralidad de perpetradores. En consecuencia, nos encontramos ante un delito monosubjetivo, es decir, que basta que una persona se adecue a cualquier de las conductas que se señalan en el tipo (captar, trasladar, acoger, entre otros) para que se configure como sujeto activo del delito. Ello sin perjuicio que, desde una perspectiva criminológica, varios sujetos concurren a la realización del hecho delictivo. Esto está relacionado con el hecho de que el delito de trata de personas es un delito proceso, es decir, constituye una conducta delictiva que implica la posibilidad de diversas etapas que van desde la captación de la víctima hasta la recepción o alojamiento de la víctima en el lugar de destino. Durante estas etapas es posible que se involucren diversas personas, por lo que no resulta difícil que en estos casos se constituya una coautoría delictiva.

Cuando los casos de coautoría denotan permanencia en su actuación, distribución de roles y habitualidad nos encontraríamos, además del delito de trata de personas, ante formas de organización criminal reprimidas por el artículo 316° del Código Penal. Se trataría entonces de un concurso ideal de delitos entre la trata de personas y la asociación ilícita para delinquir (ver Acuerdo Plenario N° 4-2006/CJ-116).¹⁶

Por otro lado, el artículo 153-A° del Código Penal incorpora diversas modalidades agravadas de trata de personas. Estos agravantes obedecen a diversas razones,¹⁷ pero nos concentraremos en aquellos supuestos referidos a la cualidad especial del sujeto activo. En estos casos, en particular cuando los au-

14 En la doctrina española algunos autores consideran la existencia de dos bienes jurídicos protegidos en el delito de trata de personas: la dignidad personal y la libertad. Estas posturas obedecen a un esfuerzo interpretativo que planteaba la deficiente técnica legislativa española antes de la reforma de 2003. Dado que la figura de trata de personas se encontraba dentro de los delitos de favorecimiento de la prostitución, los autores no podían prescindir de la libertad sexual como bien jurídico. Sin embargo, detectaron elementos que trascendían la mera restricción de la libertad y que implicaban situaciones de instrumentalización de las personas que atentaba al núcleo de la dignidad humana.

15 GERONIMI, Eduardo. *Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores migrantes*. Op. Cit. p. 21

16 De fecha 13 de octubre de 2006

17 Tres grupos de razones parecen explicar las agravantes del delito de trata de personas en el Perú (artículo 153-A del Código Penal): i) los supuestos referidos a la cualidad especial del sujeto activo, aspecto que les otorga especial autoridad y superioridad sobre la víctima (incisos 1, 2 y 5), ii) los supuestos referidos a la dañosidad de la conducta (inciso 3, inciso 1 segundo párrafo), y iii) los supuestos referidos a la vulnerabilidad de la víctima (incisos 4, inciso 6 e inciso 2 segundo párrafo).

tores son los padres o tutores de la víctima, la realización del hecho delictivo no sólo configura un supuesto agravado de trata sino que, dada la posición de garante respecto de las víctimas del delito, su condición de autores también puede imputarse por omisión.¹⁸

Finalmente cabe hacer mención a la persona jurídica como sujeto activo del delito de trata. En nuestro ordenamiento jurídico aún no se reconoce la responsabilidad penal originaria de la persona jurídica. Sin embargo, sí se contempla una serie de medidas punitivas de carácter accesorio que pueden imponerse a aquellas entidades que fueron utilizadas o se beneficiaron con la realización del delito de trata (Acuerdo Plenario N° N° 07-2009/CJ-116.¹⁹

4.1.2.1.2 Sujeto pasivo

El sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico protegido, es decir, el titular de la dignidad individual protegida. En ese sentido, el sujeto pasivo es la víctima concreta que es objeto de captación, traslado, recepción o acogimiento con fines de explotación sexual o laboral.

Algunos han considerado que el delito de trata de personas es un crimen de lesa humanidad y que, por tanto, el sujeto pasivo es la comunidad internacional. Sin embargo, esta consideración especial sólo es posible en algunas de sus modalidades (fines de explotación sexual, embarazo forzado, etc.) y siempre que sean parte de un ataque generalizado o sistemático.²⁰

4.1.2.2 La(s) conducta(s) típica(s):

4.1.2.2.1 Comportamientos rectores

Los comportamientos rectores son las actuaciones básicas que preceden la realización de alguna de las conductas típicas. En el caso de la trata de personas, estos serían, la promoción, favorecimiento, financiación y facilitación de las conductas típicas.

En el primer capítulo de este manual presentamos una definición de trata de personas. Este concepto se construyó a partir del Protocolo de Palermo contra la trata de personas y por el concepto que el legislador penal peruano estableció en su tipificación interna (artículo 153° del Código Penal).²¹ En dicho acápite mencionamos también que esta definición estaba compuesta por tres elementos (dos objetivos y uno subjetivo): acciones o conductas, medios comisivos y fines.

Sin embargo, la prohibición penal de la trata de personas establecida en el tipo penal del artículo 153° del Código Penal viene precedida por cuatro comportamientos rectores que se concretizan²² en alguna o algunas de las conductas o acciones que componen la definición de la trata de personas (captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de la víctima):

- **Promoción:** implica cualquier comportamiento que estimule, instigue, anime o induzca a la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de la víctima con fines de explotación.²³

18 De acuerdo con el artículo 13 de nuestro Código Penal, aquel sujeto que, teniendo posición de garante o de protección sobre la víctima, no impide o no evita la comisión de un delito de trata por parte de otras personas respecto de la mencionada víctima, será responsable como autor en comisión por omisión del delito de trata de personas, en su modalidad agravada.

19 De fecha 13 de octubre de 2009.

20 MATEUS RUGELES, Andrea; VARON MEJIA, Antonio; LONDOÑO TORO, Beatriz; LUNA DE ALIAGA Beatriz; VANEGAS MOYANO, Mauricio. *Aspectos jurídicos del delito de trata en Colombia. Aportes desde el Derecho Internacional, Derecho penal y las organizaciones no gubernamentales*. Bogotá: UNODC/Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia/Universidad del Rosario, 2009, p. 35.

21 Ver Capítulo 1

22 Sobre la función de concretización de las conductas o acciones que se definen en la trata respecto de los actos de favorecimiento o facilitación ver el texto de PRADO SALDARRIAGA, Víctor. "El delito de tráfico ilícito de drogas: tipo básico y tipos especiales". En: *Estudios penales. Libro homenaje al profesor Luis Alberto Bramont Arias*, Lima: Editorial San Marcos, 2003, p. 607.

23 SALINAS SICCHA, Ramiro. Op. Cit., p. 491

- **Favorecimiento:** cualquier conducta que permita la expansión o extensión de actos de captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de la víctima por parte de otra que no realizaba estas conductas.²⁴
- **Financiación:** implica la subvención o contribución económica de las conductas antes mencionadas.
- **Facilitación:** cualquier comportamiento que coopere, ayude o contribuya con la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de la víctima.²⁵

Nos encontramos ante un tipo penal complejo que criminaliza, sobre la base de las conductas de captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de la víctima, todo el proceso que facilita, favorece o promueve la trata de personas.

4.1.2.2 Conductas típicas concretas

Las conductas típicas son el objeto de los comportamientos rectores. En el caso del delito de trata de personas, la promoción, el favorecimiento, la financiación y la facilitación apuntan a lograr esas conductas típicas.

En relación con estas conductas típicas que concretizan los comportamientos rectores del delito de trata de personas, hemos hecho referencia en el capítulo 1 a las mismas, al definir el concepto de trata de personas.²⁶ En este acápite hemos mencionado que, tanto el Protocolo de Palermo contra la Trata de Personas, como nuestro Código Penal tipifican alternativamente las conductas de *captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención*.

Es importante advertir que la verificación de cualquiera de las conductas indicadas con fines de explotación y apelando a los medios coercitivos indicados configuran un delito de trata, independientemente del estadio que haya alcanzado el proceso en su conjunto.²⁷

- **Captación:** Es la primera cadena del eslabón del fenómeno de la trata de personas cuando esta se verifique completamente.²⁸ Ello no quiere indicar que deban verificarse las otras conductas para configurar el delito de trata. Basta que se configure alguna de las conductas indicadas y se verifique alguno de los medios coercitivos y los fines de explotación para comprobar la ocurrencia del delito de trata de personas.

Sobre este punto, la jueza Cubas Longa ha ilustrado las diversas formas de reclutamiento o modalidades de captación de las víctimas.²⁹ Podemos citar entre ellas a:

- Las falsas ofertas de empleo (de empresas formales o informales³⁰) y mejores condiciones de vida a través de la prensa, volantes, paneles, televisión, Internet, entre otros mecanismos de difusión.
- La seducción, por medio de la cual se crean lazos afectivos con la víctima o el engaño directo con la propia víctima. Sobre el particular, advierte Villacampa EstiarTE³¹ que la captación requiere algo más que la simple oferta de empleo o servicio dirigido a potenciales víctimas (este momento puede constituir en todo caso una tentativa de trata). Es importante llegar a cierto grado de acuerdo o con-

24 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op. Cit., p. 607

25 SALINAS SICCHA, Ramiro. Op. Cit., p. 491

26 Ver Supra

27 GERONIMI, Eduardo. Op. Cit., p. 21

28 MATEUS RUGELES, Andrade y Otros. Op. Cit., p. 41.

29 CUBAS LONGA, Ana. *Trata de personas. Buscando respuestas*, Lima, 2008, p. 40

30 No se comprende entonces la sentencia de fecha 2 de julio de 2008. por medio del cual la jueza de Nauta absuelve a un acusado de trata considerando que no resulta prueba de explotación sexual de una menor que fue encontrada en un local comercial formal.

31 VILLACAMPA ESTIARTE, Ana. Op. Cit., p. 843

venio con la víctima, aunque estos sean preliminares.

- **Transporte:** se alude a cualquier conducta de traslado de la víctima de un lugar a otro dentro o fuera del territorio nacional. Evidentemente no es suficiente con la sola organización del transporte o con el sólo acompañamiento de una persona durante el transporte. Resulta importante que dicha conducta (transportar) genere un riesgo prohibido que supere comportamientos neutrales. Esta situación, según Mateus Rugeles y otros, sólo es posible de evidenciar cuando el tratante mantiene una cierta relación de dominio frente a la víctima y en ese sentido pueda dominar el curso de los acontecimientos.³²
- **Traslado:** Definido de manera amplia, el transporte resulta difícil de diferenciar del traslado. Una primera perspectiva nos señala que se trata de conceptos equivalentes y en ese sentido, innecesaria la diferencia. Una segunda perspectiva pretende darle un sentido novedoso que permita abarcar una de las conductas registradas en el Protocolo de Palermo pero que no se halla explícitamente en la tipificación interna. **Nos referimos al traslado entendido como el traspaso de control sobre³³ una persona que es objeto de trata.** Efectivamente, el Protocolo de Palermo se refiere con esta conducta a la "concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra". Así, la modalidad de traslado puede servir para cubrir estos casos aparentemente no previstos expresamente por nuestro tipo penal sobre trata de personas.
- **Acogida:** implica admitir en su hogar o domicilio a una persona objeto de trata, o darle albergue o refugio.³⁴
- **Recepción:** supone recoger a la víctima que es trasladada de un lugar a otro sea el destino final o sea un lugar de tránsito.³⁵ Cabe mencionar que

la persona que recibe a una persona objeto de trata no necesariamente es la misma que da acogida a la víctima.

- **Retención:** se trata de una conducta dirigida a privar la libertad de otra, generalmente apelando al uso de la violencia como medio comisivo.

Se ha asociado a estas dos últimas etapas la evidencia de que la víctima se encuentra una situación de pérdida de control sobre sus vidas. Se menciona habitualmente que, al llegar a un contexto cultural nuevo o con un idioma desconocido, la víctima experimenta una situación de desarraigo. Debemos indicar que, **aunque el fenómeno del desarraigo se presente con frecuencia en los casos de trata externa de personas, no constituye un elemento necesario del delito de trata de personas.** Lo contrario no permitiría explicar los casos de trata interna que constituyen la modalidad con mayor número de casos en nuestro país. Además, como explicaremos posteriormente, basta que se presente la situación de vulnerabilidad que se crea o puede crearse en la víctima de trata a partir de las conductas de captación, traslado, transporte, acogida o recepción, para que se pueda configurar el delito de trata de personas.

El Acuerdo Plenario 3-2011/CJ-116 (fundamento 13° y 18°) parece concebir el delito de trata como un delito de comportamientos traslativos de la víctima a efectos de que **otro** sea el que la explote sexualmente. Es decir, sujeto activo no puede ser el que explota sexualmente a la víctima. Esta posición nos parece restringe de manera inaceptable el alcance del tipo penal. El delito de trata también alcanza los comportamientos de quien acoge, recibe o retiene a una víctima con fines de explotación o cuando ésta se está efectivamente produciendo. En este último caso estamos ante la fase de agotamiento del mismo delito de trata.

32 MATEUS RUGELES, Andrade y Otros. Op. Cit., p. 42

33 El Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos de Varsovia, de 16 de mayo de 2005.

34 MATEUS RUGELES Y OTROS. Op. Cit., p. 44

35 Ibidem.

Dado que estas conductas típicas no requieren materializarse en situaciones concretas de explotación sexual o laboral de una persona, el tipo penal se configura como delito de peligro concreto.³⁶ Una lectura coherente, a partir del bien jurídico protegido por el delito de trata de personas, nos muestra que no se reprime cualquier acto de favorecimiento, promoción o facilitación, sino que dichos actos se concretan en actos de captación, transporte o traslado, recepción o acogimiento dirigidos a la explotación (sexual o laboral) de una persona. En ese sentido, la materialización de tales conductas pone en peligro concreto el bien jurídico protegido, es decir, la dignidad de la persona. Con la realización de cualquiera de las conductas típicas indicadas nos encaminamos casi inmediatamente a una situación de instrumentalización o explotación de la víctima (por ejemplo, a través del ejercicio efectivo de la prostitución coercitiva en caso de mujeres adultas).

***PRÁCTICA: REVISAR LOS CASOS N° 1 Y 2 DE LOS ANEXOS DEL MANUAL.**

4.1.2.2.3 Medios típicos

Los medios típicos son los mecanismos que el tipo penal exige para la relevancia penal de las conductas descritas en la norma penal.

Para la configuración del delito de trata de personas no basta con los comportamientos rectores (favorecimiento, facilitación, promoción o financiación) o con la concreción de los mismos a través de las conductas típicas (captación, transporte, traslado, acogimiento y recepción). Es necesario además que, en el caso de las víctimas mayores de edad, se verifique alguno de los medios coercitivos que exige el artículo 153° del Código Penal, a partir de lo prescrito por el Protocolo de Palermo.

El tipo penal peruano indica que cualquiera de las conductas típicas concretas antes mencionadas debe llevarse a cabo recurriendo a algunos de los siguientes medios:

- **Violencia:** se puede definir como la aplicación de fuerza física sobre otra persona, suficientemente idónea para doblegar la voluntad de la víctima que le no impida ser captada, trasladada, alojada o recibida por parte del tratante. Como puede apreciarse, en la definición sobre violencia no hemos incluido el concepto de resistencia, dado que puede introducir un estándar interpretativo muy restrictivo en perjuicio de la protección de las víctimas.³⁷
- **Amenaza:** consiste en la comunicación de un mal o perjuicio próximo hacía una persona (que puede ser la víctima o un tercero relacionado con aquella). Esta comunicación debe ser suficientemente idónea para doblegar la voluntad de la víctima y no le impida ser captada, trasladada, alojada o recibida por el tratante. La intensidad del mal no se específica en la figura penal, es decir, no necesariamente tiene que implicar la realización de un delito pero sí debe constituir la expresión de un ilícito.³⁸ Tampoco se exige que el mal que se comunica deba producir terror en la víctima.
- **Privación de la libertad:** supone la afectación directa de la libertad ambulatoria de una persona, generalmente por efecto de la violencia aplicada sobre ella.

Una clase de casos de trata de personas apelan a alguna de las tres modalidades comisivas antes referidas. Se trata de los casos más claros de medios coercitivos que explican una situación de trata de personas mayores de edad.

36 No compartimos la posición de MATEUS RUGELES Y OTROS. Op. Cit., p. 48 de calificar el delito de trata como delito de peligro abstracto.

37 Con relación al inconveniente de utilizar una concepción cuantitativa de violencia (que incluya el elemento resistencia) ver MONTOYA VIVANCO, Yvan. *Aplicación discriminatoria de la ley penal*, Lima: Defensoría del Pueblo, 2000, volumen IV.

38 Consideramos sumamente restrictiva la concepción de SALINAS SICCHA cuando señala que el mal que se comunica o anuncia debe estar dirigida a causar daño a la vida o integridad física de las personas, quedando descartado otro tipo de males. Esta concepción no se condice con el objeto y fin del Protocolo de Palermo contra la trata de personas. Ver SALINAS SICCHA, Ramiro. Op. Cit., p. 404

La Decisión Marco 2002/629-JAI de la Unión Europea de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, publicada en el DOUE el 01/08/2002 p. 0001 – 0004, identifica la situación de vulnerabilidad con aquella situación en que la persona

No tenga una alternativa real y aceptable, excepto someterse al abuso

No obstante, otros casos evidencian otros medios comisivos:

- **Fraude o engaño:** consiste en la simulación de la realidad a efectos de obtener el consentimiento "viciado" de la víctima de trata. Los casos más conocidos son la oferta de trabajos u oficios altamente rentables y que en realidad no lo son. En realidad, se trata de medios utilizados generalmente al inicio del proceso de trata apelándose posteriormente y casi siempre a algún medio coercitivo.
- **Abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad:** se trata de la modalidad comisiva más complicada y probablemente más recurrente en el ámbito de la trata interna. Se trata de un supuesto que ofrece márgenes más amplios de discreción a los operadores judiciales y desde esa perspectiva se justifica los intentos por delimitar este concepto.

El Código Penal peruano, en este caso, se refiere a una *situación* de abuso del poder o de vulnerabilidad de la víctima y no a una relación específica entre el sujeto activo y el sujeto pasivo³⁹. En ese sentido, no es necesario que medie entre el sujeto activo y el sujeto pasivo algún tipo de relación de jerarquía, sino que el sujeto activo debe encontrarse en cierta situación que le otorgue cierto poder del que se deriva una correlativa dependencia o inferioridad⁴⁰. A nivel de las instituciones de la Unión Europea se han hecho esfuerzos por brindar (a manera de recomendaciones) una definición más clara del concepto que nos convoca. Dada la identidad con la expresión utilizada por nuestra legislación y la identidad de

la función que cumple en ambas legislaciones, la definición recomendada por los órganos de la Unión Europea resulta útil y funcional, como fuente de interpretación, a nuestros fiscales y jueces.

En cualquier caso, no basta con que la víctima o el agresor se encuentren en la situación de vulnerabilidad o de poder respectivamente, sino que es necesario que se abuse de la misma.⁴¹

Es importante anotar que, en el caso de las personas mayores de edad, los medios típicos antes mencionados tienen naturaleza coercitiva o fraudulenta. A pesar de ello, consideramos que, en algún momento de la evolución del circuito de la trata de personas, los medios coercitivos son aquellos que se manifiestan para explicar la explotación de una persona. Esto no quiere decir que para verificar un delito de trata de personas tenga que acreditarse necesariamente un medio coercitivo. Puede ocurrir que el delito de trata se verifique con actos de captación a través de medios fraudulentos y con propósitos de explotación sexual o laboral. Este supuesto constituiría un perfecto delito consumado de trata de personas.

EL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA

Finalmente, es necesario recordar que el Protocolo de Palermo contra la trata de personas prescribe expresamente dos normas, en nuestro concepto, autoaplicativas. Ello es importante dado que estas disposiciones no se encuentran incorporadas expresamente en la legislación penal peruana.

39 TAMARIT SUMALLA, Josep María. *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual*, Navarra: Arazandi, 2002, p. 93

40 Ibidem.

41 Ibidem

La primera, ya analizada en el capítulo 3 del presente manual,⁴² prescribe que el "consentimiento" dado por la víctima de la trata de personas no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados. A pesar de la deficiente técnica utilizada, lo que el Protocolo pretende indicarnos es que nos encontramos ante factores que vician el supuesto consentimiento otorgado por la víctima. En otras palabras, no hay consentimiento en aquellos casos que revelen alguno de los medios coercitivos o fraudulentos sobre la víctima. Una víctima no puede consentir sobre su situación de explotación, sea esta presente o futura, y para ello es importante evidenciar alguno de los referidos medios. Particularmente debe destacarse el abuso de poder. En estos casos, no es necesario verificar una situación de violencia, tampoco actos de amenaza o de engaño sobre la víctima, sino que basta con evidenciar "una relación desnivelada entre autor y sujeto pasivo que otorga al primero una superioridad sobre el segundo"⁴³ superioridad que, como señala Orts, puede tener su origen muy variado: relaciones de jerarquía laboral, la dependencia socioeconómica, paterno filiales, notoria diferencia de edad, escasa estructura familiar en el lugar de acogida, etc.

En ese sentido, compartimos la opinión de Pérez Cepeda cuando refiere que el consentimiento, en estos casos, no tiene validez dado que se trata de tipos penales que tienen por finalidad proteger los bienes jurídicos de la parte más débil de una situación⁴⁴.

La segunda, prescribe la falta de necesidad de los medios comisivos para la configuración del delito de trata cuando se trata de víctimas menores de edad.

***PRÁCTICA: REVISAR LOS CASOS N° 3 Y 4 DE LOS ANEXOS DEL MANUAL.**

4.1.2.2.4 La consumación del delito

Dentro del proceso de desarrollo de un delito (*iter criminis*), la consumación constituye la última etapa relevante desde una perspectiva dogmática. En efecto, la consumación del delito es una categoría formal dentro del proceso de desarrollo del delito, que se sitúa luego de la tentativa y antes de la terminación⁴⁵ y agotamiento⁴⁶ de la conducta delictiva.

La doctrina mayoritaria⁴⁷ define la consumación como la realización o producción de todos los elementos del tipo objetivo (elementos descriptivos, normativos y subjetivos) del delito previsto en la Parte Especial del Código Penal. En otras palabras, apenas se evidencie la realización de todos los elementos que se describen en el tipo objetivo, la consumación se habrá verificado. Desde esta perspectiva, y en lo que se refiere a la consumación, no existe mayor diferencia entre un delito instantáneo y un delito permanente. Así lo sostiene Paz Lloria García cuando afirma:

A mi entender, y entrando ya en el estudio de la última de las posiciones expuestas la más adecuada es la tesis que sostiene que en los delitos permanentes la consumación es instantánea. Si por consumación se entiende al momento en que aparecen todos los elementos del tipo, no se puede negar que esta se produce en un instante, lo que sucede en todos los delitos.⁴⁸

42 Ver Supra

43 ORTS BERENGUE, Enrique y SUAREZ MIRA RODRIGUEZ, Carlos. *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 134 y 135.

44 PEREZ CEPEDA, Ana Isabel. *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal*, Comares, Granada, 2004, p. 204 y 205

45 Entendida como la finalización de la situación antijurídica sostenida por el sujeto activo.

46 En términos generales, el agotamiento es una fase posterior a la consumación y se define por la concretización del propósito final del sujeto activo con la realización del delito (por ejemplo, la obtención concreta de ventaja económica al cometerse el delito de robo). Esta etapa no es relevante para el derecho penal.

47 MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. p. 355; JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Granada: Editorial Comares, 1993. p. 468; LUZON PEÑA, Diego Manuel. Op. Cit. p. 350, entre otros.

48 LLORIA GARCIA, Paz. Op. Cit. p. 105.

Teniendo en cuenta esto, es posible sostener que en los delitos instantáneos (que son la mayoría) la etapa de consumación coincide con la etapa de terminación del delito (concepto material). Excepcionalmente, en algunos delitos, es posible apreciar una situación de prolongación de la situación antijurídica creada por el delito y sostenida por el sujeto activo (lo que hace que el delito sea permanente). En estos casos, la terminación del delito no coincide plenamente con la etapa de la consumación del mismo.

Bajo estos parámetros conceptuales, podemos decir que el delito de trata de personas se consuma con la realización de todos los elementos (objetivos y subjetivos) que componen el tipo penal. En ese sentido:

El delito de trata de personas se consuma con la realización de alguna de las conductas típicas (en tanto expresión concreta de los comportamientos rectores) descritas en el tipo penal, siempre que se haya recurrido a alguno de los medios comisivos que se indican, en los casos de víctimas mayores de edad, y se tenga el propósito de explotarla sexual o laboralmente.

La consumación, entonces, se produciría cuando pueda verificarse algún acto o comportamiento de favorecimiento, facilitación, promoción o financiación concretizada en alguna de las conductas tipificadas: captación, transporte, traslado, acogimiento, recepción o retención de una persona. Por ejemplo:

1. En el caso de la captación, la consumación se producirá con el primer acuerdo entre el tratante y su víctima respecto de su traslado y destino final.
2. En el caso del transporte, el delito se consumará con el inicio del viaje del lugar de origen al lugar del destino. No es necesario, en éste último caso, que la víctima haya llegado al lugar de destino.
3. En el caso de la retención, el delito se consumará apenas se tenga una mínima relevancia de la privación de la libertad de la víctima.

Cabe destacar en este punto nuestra discrepancia con la sentencia de 2 de julio de 2008, emitida por la Segunda Sala Penal de Loreto (Exp. N° 2007-00044), de acuerdo con la cual estaríamos ante un caso de tentativa cuando ya se produjo los actos de captación por medio de fraude con fines de explotación. Este caso constituye en nuestra opinión, un caso de delito consumado de trata de personas.

Por el contrario, nuestra posición es compartida por el Acuerdo Plenario N° 3-2011/CJ- 116 cuando sostiene en el párrafo 15° que el delito de trata de personas estaría perfeccionado incluso en el caso que la víctima captada, desplazada o entregada no llegue nunca a ejercer la prostitución o se frustre. Cabe reiterar que este aspecto no se opone en absoluto a considerar que determinados supuestos del delito pueden configurar un delito permanente.

En este sentido, alguna de estas conductas y la forma de realización del delito, pueden llevar a considerar *al delito de trata como un delito permanente*,⁴⁹ es decir, como un delito donde se prolonga la situación antijurídica sostenida por el sujeto activo o tratante. Por ejemplo, resulta evidente que en los supuestos de retención, la prolongación de la situación antijurídica sostenida por el sujeto activo puede evidenciar un delito permanente. En estos casos, la terminación del delito concluye con el cese de la situación antijurídica, es decir, con el cese de la privación de la libertad (por ejemplo, con la liberación de la persona por parte de la Policía Nacional).

Ahora bien, a pesar de que es posible identificar supuestos del delito de trata de personas como delito permanente, no compartimos la posición de Geronimi,⁵⁰ quien califica como delito permanente a la trata de personas sobre la base de la situación de explotación sexual o laboral de la víctima. Como hemos mencionado anteriormente, el delito de trata de per-

49 Una exposición extensa sobre las características del delito permanente puede consultarse en MONTROYA VIVANCO. Yvan. *La desaparición forzada de personas como delito permanente: consecuencias dogmático penales*. Cuaderno de trabajo 11, Lima: Departamento de Derecho de la PUCP, 2009.

50 GERONIMI, Eduardo. *Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores migrantes*, Programa para las Migraciones Internacionales – Ginebra: OIT, , 2002, p. 22

sonas tiene una estructura de delito de peligro concreto. En ese sentido, la situación efectiva de explotación sexual o laboral de una persona no es un elemento necesario para la configuración del tipo penal. Lo único que requiere el tipo penal, como veremos en el punto siguiente, es la presencia del propósito o la finalidad de explotación al momento de la realización de cualquiera de las conductas típicas, sin necesidad de que dicha situación se concrete efectivamente.

Finalmente, la configuración del delito de trata como un delito de peligro concreto o de resultado de peligro, permitiría afirmar la posibilidad de actos de **tentativa del delito**, especialmente de tentativa inacabada. En otras palabras, en un delito de peligro concreto es posible constatar actos de tentativa. Sin embargo, el tipo penal de trata de personas no presenta una redacción clara que permita sostener, sin mayor duda esta posibilidad de la tentativa del delito. En efecto, si consideramos que los actos de favorecimiento, promoción o facilitación están en relación con una próxima situación de explotación sexual o laboral y no a las conductas de captación, transporte o acogida, entonces sí es posible constatar la posibilidad de actos de tentativa del delito. Por ejemplo, en el caso de la captación, sería posible afirmar una situación de tentativa de trata de personas en los casos de ofertas de empleo o de prestación de servicios altamente rentables que, por medio del fraude o engaño, pretendan captar a personas con fines de explotación sexual. Estos casos, sin que se llegue a establecer acuerdos o convenios con las futuras víctimas, constituirían casos de tentativa de delito de trata de personas.

En cambio si consideramos que los actos de favorecimiento, promoción o facilitación se refieren, como parece ser una lectura literal del texto, a las conductas de captación, traslado o acogida de la víctima, entonces resultará difícil aceptar la posibilidad de una tentativa de delito, dado que el sentido de los com-

portamientos de favorecimiento, promoción o facilitación son muy extensos y parecerían integrar los supuestos de consumación y de tentativa.

*** PRÁCTICA: REVISAR EL CASO N° 3 DE LOS ANEXOS DEL MANUAL.**

4.1.3 Tipo subjetivo: dolo y finalidad de explotación

Al tratar los elementos subjetivos del tipo penal de trata de personas, debe estudiarse dos aspectos: el dolo y un elemento subjetivo adicional determinado por la finalidad de explotación (sexual o laboral) de la víctima.

Con relación al dolo, bajo una concepción tradicional, ampliamente aceptada en nuestra jurisprudencia, el dolo es el conocimiento y la voluntad de realizar los elementos del tipo objetivo. Es claro que el delito de trata de personas, de acuerdo con el artículo 153° del Código Penal, es un delito doloso, y no se acepta ninguna modalidad culposa.⁵¹

Así, para que se verifique el dolo en el delito de trata de personas debe imputarse y acreditarse que el sujeto activo (tratante) conocía que, con su conducta favorecía, financiaba, facilitaba o promovía la captación, traslado, transporte, recepción o acogida de una persona mayor de edad por medios coercitivos o fraudulentos. A ello debe agregarse, en la concepción tradicional del dolo, la voluntad de realizar cualquiera de las referidas conductas recurriendo a alguno de los medios indicados.⁵²

En el caso de los menores de edad, solo basta que el sujeto activo conociese que, con su conducta, favorecía, facilitaba, promovía o financiaba la captación, traslado, transporte, recepción o acogida de una menor de 18 años.

51 Esto por lo prescrito en el artículo 12 del Código Penal que establece que todas las conductas prohibidas por este cuerpo legal deben entenderse de manera dolosa, salvo que de manera expresa el legislador tipifique una modalidad imprudente o culposa, aspecto este último que no ocurre en el delito de trata de personas.

52 Desde una perspectiva cognitiva del dolo, cada vez más aceptada por nuestra doctrina nacional, el dolo es sobre todo conocimiento suficiente del riesgo típico creado por su conducta. Ver FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *El dolo eventual*, Bogotá: Universidad de Externado, 2006.

Sin embargo, este aspecto subjetivo no es suficiente para configurar el delito de trata de personas. El sujeto activo o tratante debe pretender, al momento de la realización del comportamiento típico, que la persona objeto de captación, traslado, transporte, recepción, acogida o retención sea objeto de alguna de las formas de explotación que se describen en el tipo penal: explotación laboral, explotación sexual u otras que señaladas en la norma correspondiente.

Este aspecto subjetivo del tipo ha conducido a una parte importante de la doctrina especializada a calificar al delito de trata de personas como un "delito de tendencia interna trascendente, en especial un delito mutilado de dos actos".⁵³ Esto supone que el sujeto activo, al momento de realizar la conducta típica, deba dirigir su actuación a la realización de otra conducta o resultado que no necesita producirse efectivamente.⁵⁴

En el caso de la trata de personas, esta segunda conducta es, de acuerdo con el artículo 153° del Código Penal:

- La explotación sexual (ejercicio de la prostitución, esclavitud sexual y otras formas de explotación sexual).
- La explotación laboral (obligación de mendigar, de realizar trabajos y servicios forzados, a la servidumbre, la esclavitud u otras formas de explotación laboral).
- Otros supuestos de explotación humana (venta de niños, extracción o tráfico de órganos o tejidos humanos).

***PRÁCTICA: REVISAR EL CASO N° 5 DE LOS ANEXOS DEL MANUAL.**

El Acuerdo Plenario N° 3-2011-PJ/CJ-116, también califica este delito como un delito de tendencia interna trascendente cuando sostiene que "*el uso sexual de la víctima es una finalidad cuya realiza-*

ción está más allá de la conducta típica que debe desplegar el agente pero que debe acompañar al dolo con que éste actúa". Si bien compartimos esta afirmación esto no impide que el delito permita subsumir también los casos en los que efectivamente se verifica una situación de explotación de la víctima. Reiteramos que el delito pretende desvalorar todo el proceso o circuito de la trata de personas y ello incluye los casos de explotación efectiva. Dogmáticamente se tratarían de casos de agotamiento del delito que sólo serían relevantes para la individualización de la sanción penal.

Varias de estas finalidades comprenden diversos conceptos normativos (prostitución, esclavitud, servidumbre, trabajo forzado, etc.) cuya comprensión, como hemos visto en el capítulo 3 exige una remisión implícita a otras fuentes normativas donde dichas definiciones se desarrollan, como tratados y el Reglamento de la Ley contra la trata de personas.⁵⁵ Estas normas operan, en consecuencia, como fuentes interpretativas vinculantes de los conceptos normativos que se contienen en el tipo penal de trata de personas.

4.2 EL DELITO DE TRATA Y LAS RELACIONES CON OTROS TIPOS PENALES CONEXOS

Como hemos señalado al inicio de este capítulo, los fiscales y jueces han manifestado sus dificultades al momento de calificar determinados hechos como simples delitos de proxenetismo o de rufianismo, cuando los hechos pueden configurar la existencia de un verdadero delito de trata de personas, dando origen a problemas de concurso aparente, real o

53 Califican así el delito de trata de personas VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. Op. Cit., p. 846 en la doctrina comparada y SALINAS SICCHA, Ramiro. Op. Cit., p. 499, en la doctrina nacional.

54 MIR PUIG, Santiago. Op. Cit., p. 226

55 Ver Supra

ideal. Es por ello que en este acápite abordaremos esta cuestión, analizando los diferentes delitos que pueden presentar problemas concursales con el delito de trata de personas.

De esta manera, haremos el análisis de estos diferentes tipos penales en dos momentos: en primer lugar, estudiaremos el bien jurídico protegido, y en un segundo momento la relación concursal de este delito con el delito de trata de personas.

El Acuerdo Plenario N° 03-2011-PJ/CJ-116, señala que, fundamentalmente, la relación entre el delito de trata de personas y los delitos de proxenetismo y favorecimiento a la prostitución es de un concurso real de delitos (fundamento 18). Nosotros, en principio, no compartimos esta posición. Aunque todo dependerá del caso concreto que se analice, creemos que un importante número de casos tenderá a resolverse como un concurso aparente de leyes penales.

El concurso de delitos

¿Qué es concurso de delitos?

Existe concurso cuando ante un mismo suceso o diversos sucesos cometidos por una misma persona aparecen dos o más tipos penales que pretenden subsumir o aplicarse a tal o tales sucesos. Los problemas que se plantean son en principio dos: determinar si estamos ante un suceso o ante varios sucesos (unidad o pluralidad de hechos) y, luego, determinar ante qué tipo de concurso estamos.

¿Qué tipo de concursos pueden haber?

1. Concurso de leyes penales o concurso aparente de tipos penales: en este tipo de concurso nos encontramos ante un solo suceso y la aparente concurrencia de dos o más tipos penales. Se señala que es aparente porque en realidad es sólo uno de los mencionados tipos penales el que desvalora mejor e íntegramente el suceso. Se considera en estos casos que la aplicación concurrente con los otros tipos penales vulneraría el principio de *non bis in ídem*.

1.1 Cómo se determina un concurso aparente

Se aplica un único tipo penal. Para decidir cual aplicar, deben tomarse en consideración tres principios:

1) **Principio de especialidad:** de todos los tipos penales que concurren para aplicarse a un mismo suceso sólo se aplica uno de ellos, por ser el que más específicamente contiene el suceso. Es decir frente a los otros tipos penales es el que mejor desvalora la complejidad del hecho.

POR EJEMPLO, una persona que da muerte dolosamente a otra colocando a ésta en una situación de indefensión o aprovechándose de la misma. Este caso es a la vez:

- i. Homicidio (artículo 106° del Código Penal), porque que una persona da muerte a otra dolosamente, y
- ii. Homicidio calificado por alevosía (artículo 108.3° del Código Penal).

Por principio de especialidad sólo debe aplicarse el delito de homicidio por alevosía dado que no sólo contiene la muerte de una persona sino también la circunstancia de que esta muerte se produjo en una circunstancia especial de la víctima y tomando provecho de ésta. Como puede apreciarse el delito especial (homicidio calificado) contiene todos los elementos del delito general (homicidio), pero incorpora además otros elementos.

2) **Principio de subsidiariedad:** de acuerdo con este principio un tipo penal se aplica sólo en el caso que no se aplique otro que se aprecia como principal o más importante. El primero, entonces, se dice que es subsidiario respecto del segundo y si este se verifica desplaza a la figura subsidiaria o secundaria. POR EJEMPLO:

Una relación explícita entre una figura principal y subsidiaria son los delitos contra la fe pública respecto del delito de falsedad genérica (artículo 438° del Código Penal).

Una relación implícita se da cuando la interpretación del sentido de un precepto pone de manifiesto que no pretende ser aplicado cuando concurre otra posible calificación más grave del hecho por constituir éste una forma de ataque más grave o acabada el mismo bien jurídico.⁵⁶ En el Código Penal peruano pueden citarse los casos del delito de coacción (artículo 151° del Código Penal) respecto de los delitos de secuestro (artículo 152° del Código Penal) o contra la libertad sexual (artículo 170° del Código Penal). Estos últimos contienen implícitamente afectaciones o restricciones a la libertad de decisión o libertad ambulatoria.

3) **Principio de consunción:** implica que un precepto desplaza a otro cuando por sí solo incluye ("*consume*") ya el desvalor que éste supone, por razones distintas a la especialidad y a la subsidiariedad.

POR EJEMPLO:

El caso más claro de consunción es entre el delito de receptación (artículo 194 del Código Penal) y la realización del delito de hurto en fase de agotamiento. Es decir, un sujeto que ha sustraído un bien mueble ajeno y posteriormente el mismo vende a un tercero no puede ser responsable de dos delitos (hurto y receptación). Solo sería un caso de hurto en fase de agotamiento.

OJO: Solo después de descartar que estamos ante un concurso aparente de tipos penales o concurso de leyes penales es que corresponde evaluar si estamos ante concurso ideal o real de delitos.

2. Concurso ideal: se produce cuando un mismo suceso sólo puede ser desvalorado o cubierto por dos o más tipos penales, porque uno sólo de los tipos penales resulta insuficiente.

POR EJEMPLO: En el caso de un disparo a un objeto valioso que produce, además de la destrucción del bien, una lesión a una persona que estaba cerca del objeto (por rebote de la bala), no resultaría suficiente el delito de daños (artículo 205 del Código Penal) sino que se requiere otra figura delictiva que desvalore las lesiones sufridas por la persona que estaba cercana al bien, como es el caso de las lesiones culposas (artículo 124 del Código Penal).

3. Concurso real: es el caso relativamente más fácil. Se produce cuando hay varios sucesos atribuibles a una misma persona. En estos casos existen tantos tipos penales como sucesos realice el sujeto. Por ejemplo una misma persona en un día sustrae un bien mueble ajeno de una casa abandonada (hurto calificado) y al día siguiente asalta un banco (robo a mano armada). Aquí hay un concurso real de delitos.

La determinación de si estamos ante un suceso o varios sucesos, así como si ante un mismo suceso existe concurso ideal o concurso real de delitos tiene repercusiones prácticas sobre el marco sancionatorio que recae sobre el sujeto.

56 MIR PUIG, Santiago. Derecho penal. Parte General, Reppetor, Barcelona, 2008, p. 655

Por lo tanto

TIPO DE CONCURSO DE DELITOS	¿CÓMO SE RESUELVE?
Concurso aparente	Se aplica un único tipo penal.
Concurso ideal	Se aplican varios tipos penales por un único hecho
Concurso real	Se aplican tantos tipos penales, como hechos se hayan producido

4.2.1 Respetto del delito de favorecimiento a la prostitución

De acuerdo con el artículo 179° del Código Penal:

Artículo 179.- Favorecimiento a la prostitución

El que promueve o favorece la prostitución de otra persona, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

La pena será no menor de cinco ni mayor de doce años cuando:

1. La víctima es menor de dieciocho años.
2. El autor emplea violencia, engaño, abuso de autoridad, o cualquier medio de intimidación.
3. La víctima se encuentra privada de discernimiento por cualquier causa.
4. El autor es pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o es cónyuge, concubino, adoptante, tutor o cuidador o tiene al agraviado a su cuidado por cualquier motivo.
5. La víctima ha sido desarraigada de su domicilio habitual con la finalidad de prostituirla o está en situación de abandono o de extrema necesidad económica.
6. El autor haya hecho del proxenetismo su oficio o modo de vida.
7. Si el agente actúa como integrante de una organización delictiva o banda.

• El bien jurídico-penal protegido

Algunos autores nacionales, aunque cuestionan la legitimidad de la intervención penal en esta clase de delitos, sostienen que el bien jurídico protegido por este delito sería la **moral sexual** acuñada por ciertos sectores de la sociedad.⁵⁷

Si bien compartimos la cuestionable legitimidad político criminal de la tipificación de este delito (en el caso de víctimas mayores de edad), consideramos que no coadyuva con el principio de lesividad, considerar como bien jurídico protegido a la *moral sexual*. Se trata de un concepto extremadamente vago y subjetivo dado que su contenido se presta a ser llenado con criterios religiosos dominantes. En esa perspectiva, consideramos que el bien jurídico protegido en este delito es también la dignidad de la persona contextualizada en el ámbito de la sexualidad. Entendemos por **dignidad sexual** al principio o derecho de todo ser humano (mayor o menor de edad) a no ser instrumentalizado por otro, a no ser tratado como objeto de cambio o mercancía sexual. Evidentemente, no se trata de un delito de lesión o de peligro concreto hacia la dignidad sexual de una persona en la medida que no se requiere que el sujeto pasivo del delito (mayor de edad) se encuentre en situación efectiva de explotación sexual⁵⁸ o que se hayan empleado medios coercitivos para determinar a una persona a ejercer la prostitución (como ocurre en el caso de trata de personas).

57 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Op. Cit. 49; SALINAS SICCHA, Ramiro. *Curso de Derecho Penal Peruano. Parte Especial II*. Lima: Palestra, 2002. p. 429; y VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte Especial I-B*. Lima: San Marcos, 1998. p. 214.

58 Tal como lo hemos mencionado en el primer capítulo no puede identificarse necesariamente el ejercicio de la prostitución como una situación de explotación sexual de la prostituta. De hecho es perfectamente posible encontrar situaciones de ejercicio libre de la prostitución.

En nuestra opinión el delito de favorecimiento a la prostitución es un delito de **peligro abstracto** en la medida que actos de promoción o favorecimiento (sin medios coercitivos) de la prostitución ajena (de mayores de edad) constituyen actos de promoción o favorecimiento a una situación (la prostitución) que en abstracto (o mediatemente) pueden conllevar su explotación o instrumentalización. En el caso concreto no se requiere verificar la puesta en peligro (proximidad espacio-temporal a la lesión) del bien jurídico ni su lesión efectiva, sino que se presupone *per se* la peligrosidad de la conducta.⁵⁹ Se establece normativamente que el hecho de que una persona promueva o favorezca la prostitución de otra, implica por sí misma un peligro para la dignidad humana. Esto debido a que las personas que ejercen la prostitución se encuentran más expuestas y vulnerables a que sean objeto de explotación o instrumentalización.

El Acuerdo Plenario N° 3-2011-PJ/CJ-116 señala que en este delito se protege la moral sexual de la sociedad. El Derecho penal moderno es incompatible con consideraciones moralistas o religiosas de carácter subjetivo. Es por eso que nuestra posición no considera que la moral sexual sea un bien jurídico susceptible de ser protegido por el Derecho penal. Es por eso que nuestra posición reconoce sólo a la dignidad de la persona como objeto jurídico de protección.

- **Relación concursal con el delito de trata de personas**

La acción típica de este delito consiste en promover o favorecer la prostitución de otra persona. Como sostiene la doctrina, promover es hacer que alguien se inicie en determinada acción, incitar o ejercer influencia en alguien que decida realizar cierto comportamiento; por otro lado, favorecer es sinónimo de coadyuvar, cooperar, colaborar en algo.⁶⁰

Respecto a la definición de "prostitución" nos remitimos a lo sostenido en el capítulo 1 de este Manual.⁶¹ Sin embargo, debemos recordar que la prostitución no supone necesariamente explotación sexual. Apelando a la concepción fuente de explotación sexual que hemos analizado en el capítulo 1, se requiere la existencia de un contexto especial de asimetría de poder y abuso que la prostitución no siempre implica.

En este sentido, el problema concursal no se presentará en los casos en que se promueva o favorezca una prostitución no explotadora, es decir, una prostitución libre. En estos casos estamos ante un concurso aparente de leyes penales en el que por principio de especialidad o subsidiariedad corresponde aplicar únicamente el delito de favorecimiento a la prostitución.

Ahora bien, el escenario se complica cuando la prostitución incentivada y favorecida sea realizada en un contexto de explotación en el sentido fuerte del término, ya que el tipo penal de trata contempla entre una de sus finalidades a la prostitución en contexto de explotación. En otras palabras, habría un complicado problema concursal cuando el sujeto activo favorece o incentiva, mediante actos materiales de recepción, traslado o acogida, a que una persona (mayor de edad) ejerza la prostitución en un determinado local en contexto de explotación.

Por ejemplo

Alguien es contratado por un *night club* o bar y se encarga de transportar a las personas que se prostituirán hasta el local apelando a medios coercitivos, fraudulentos o de abuso de poder.

Aquí el sujeto que transporta a la persona definitivamente configura el tipo penal de trata de personas.

59 Ver MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 7ma edición. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005. p. 234.

60 Ver PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. op. cit. p. 51-52.

61 Ver supra

Se trata en consecuencia también de un **concurso de leyes penales o concurso aparente de delitos** y, por principio de consunción, correspondería aplicar el delito de trata de personas. Este absorbe el desvalor del primero.

Ahora bien, debemos tomar en cuenta que la agravante del numeral 2° del artículo 179° del Código Penal sanciona al sujeto activo de este delito que emplea violencia, engaño, abuso de autoridad, o cualquier medio de intimidación para promover o favorecer la prostitución. Es decir, se recurre a medios coercitivos o fraudulentos para viciar el consentimiento de la víctima, lo cual convertiría a la prostitución sexual en una con rasgos de explotación. En este sentido:

En el ejemplo anterior

Si el transportista miente respecto del paradero a donde conduce a dicha persona, de tal forma que oculta la real ubicación y situación de lugar donde se le explotará, entonces se configurará plenamente el delito de trata de personas y se inaplicará el tipo penal del inciso 2 del artículo 179° del Código Penal.

En este sentido, el real problema concursal se presenta, en este caso, cuando estamos frente a la agravante del numeral 2° del Art. 179° del Código Penal. En este caso existiría un concurso aparente de leyes penales.

El delito de trata de personas con fines de prostitución exige que se presenten medios como la violencia, el engaño y el abuso de poder o autoridad que también son recogidos por el tipo agravado del inciso 2° del artículo 179° del Código Penal. Sin embargo, el tipo penal de trata de personas es más específico que este, ya que describe formas concretas de

actividades promotoras o favorecedoras de la explotación sexual como son la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de la víctima. Por el contrario, el inciso 2° del artículo 179° no especifica formas determinadas de favorecimiento o promoción, por lo cual este delito podrá realizarse mediante actividades distintas a las mencionadas por el tipo de trata (por ejemplo, cuando la madre que apoya la prostitución de su hija, la obliga a ponerse una inyección anticonceptiva).

De igual modo, aquel padre o madre que entrega a su hija a un patrón o padrino/madrina para que se le prostituya o sabiendo que va a ser captada por estos no hace nada para impedirlo⁶², indudablemente, al igual que el captor, comete el delito de trata, pues a través de un aprovechamiento de una situación de inferioridad de poder de la víctima⁶³ se favorece la captación de la misma para fines de prostitución en contexto de explotación. Aquí nunca entrará en juego el 179°.2 del Código Penal por las razones esbozadas precedentemente.

En resumen el tipo base del delito de favorecimiento a la prostitución mantiene un concurso de leyes o concurso aparente de delitos con el delito de trata de personas. Dicho concurso se resuelve en base al principio de especialidad: en caso de verificar medios coercitivos nos inclinamos a favor del delito de trata de personas y, en ausencia de tales medios, nos inclinamos a favor del delito de favorecimiento a la prostitución.

En el caso del tipo agravado del delito de favorecimiento a la prostitución, especialmente los numerales 1 y 2, la relación es también de un concurso de leyes o concurso aparente de delitos pero dicho problema resuelve en base al principio de subsidiariedad. En estos casos ante la ausencia de modalidades de captación, transporte, traslado, acogida o recepción de la víctima o ante la ausencia (o no verificación) del elemento subjetivo adicional en el delito de trata (finalidad de explotación), correspondería aplicar el delito de favorecimiento a la prostitución.

62 En este supuesto, de conformidad con el artículo 13° CP, la conducta omisiva de "no hacer" de los padres se desvalora penalmente de la misma manera que un "hacer", en virtud a la posición de garante que ellos detentan sobre sus hijos [Ver VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. op. cit. p. 669].

63 Como se dijo, si fuera una víctima menor de edad ni siquiera se requiere comprobar esa asimetría de poder.

El Acuerdo Plenario N° 3-2011-PJ/CJ-116 a pesar que intenta diferenciar los alcances del delito de favorecimiento a la prostitución con respecto al trata de personas (fundamentos 15 y 16), esta no queda clara. Aparentemente la diferencia estaría en que la trata favorece la prostitución de manera directa mientras que el delito de favorecimiento la favorece de manera indirecta. En nuestro concepto esta diferencia no aporta significativamente en la diferencia de ambas figuras penales.

4.2.2 Respeto del delito de rufianismo

El artículo 180° del Código Penal establece:

Artículo 180.- Rufianismo

El que explota la ganancia obtenida por una persona que ejerce la prostitución será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.

Si la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años, la pena será no menor de seis ni mayor de diez años.

Si la víctima tiene menos de catorce años, o es cónyuge, conviviente, descendiente, hijo adoptivo, hijo de su cónyuge o de su conviviente o si está a su cuidado, la pena será no menor de ocho ni mayor de doce años.

- **El bien jurídico-penal protegido**

Al margen de los serios cuestionamientos que la doctrina nacional ha formulado respecto de la legitimidad de la intervención penal en este delito, autores como Peña Cabrera vinculan la protección penal a un tema de moral y de una concepción de forma de

vida correcta⁶⁴. Por su parte Salinas Siccha señala que con este delito se tutela la moral sexual dentro de la sociedad⁶⁵.

En efecto, difícilmente se puede sostener que en este delito el bien jurídico protegido es la libertad sexual, pues al igual que en el delito de promoción y favorecimiento a la prostitución, no existe ningún medio coercitivo o fraudulento que limite la voluntad o vicie el consentimiento de la víctima para que decida ejercer la prostitución. Es así que también reconocemos como objeto de tutela de este delito a la dignidad humana conforme la entendimos precedentemente, de tal forma que aquel que se aprovecha económicamente de la prostitución de otra persona despliega una conducta que de alguna forma expone a la víctima a que caiga en un circuito de explotación sexual en donde se vulneren sus derechos humanos. Es decir a partir de un supuesto de aprovechamiento del servicio o las ganancias del ejercicio libre de la prostitución ajena podríamos pasar a una situación de explotación de la prostituta en tanto tal (más que de sus servicios) y de afectación de sus derechos fundamentales. Estaríamos, al igual que en delito del artículo 179° del Código Penal, ante un delito de peligro abstracto, pues el mero comportamiento de explotación de ganancias provenientes de la prostitución de otras personas ya se aprecia por el legislador como peligrosa para la dignidad humana, sin necesidad de constatar concretamente la cercanía espacio-temporal a su lesión efectiva.

- **Relación concursal con el delito de trata de personas**

Como se señala en la doctrina nacional, la acción típica de este delito consiste en explotar la ganancia de una persona dedicada al meretricio o ser mantenido por ella total o parcialmente.⁶⁶

A efectos de desarrollar la problemática concursal que se pudiera presentar entre el delito de Trata de personas y el de rufianismo, hay que recalcar la diferen-

64 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. op. cit. p. 69-72.

65 SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal. Parte especial*. 2da edición. Grijley: Lima, 2007. p. 797.

66 Ver PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. op. cit. p. 74-75.

ciación conceptual entre la explotación a que hace referencia el rufianismo y la explotación en la trata de personas.

Como sostuvimos en el capítulo 1, la explotación en el delito de rufianismo debe ser entendida como **el aprovechamiento económico del ejercicio de la actividad sexual o del ejercicio de un oficio o profesión de otra persona**.⁶⁷ Aquí, a diferencia de lo que sucede con la trata de personas, la explotación no supone una cosificación de la persona que ejerce la prostitución ni presupone un consentimiento viciado por parte de esta.

Por ejemplo

El administrador del local en el cual se explota a una prostituta es también quien se adueña de parte de las ganancias obtenidas por ésta.

Estamos aquí ante un concurso aparente de leyes penales que se resuelve aplicando el delito de trata de personas y descartando el rufianismo por aplicación del principio de consunción.⁶⁸

Con respecto a la agravante del segundo párrafo del tipo penal (víctima menor de edad) puede señalarse lo mismo que se ha señalado para el caso del concurso aparente entre la agravante del artículo 179° inciso 1 (favorecimiento de la prostitución de menores de edad) y el delito de trata de personas. Se trataría de un concurso aparente que se resolvería por principio de subsidiariedad.

Ahora, ¿Qué sucedería con aquellos padres, hermanos mayores, tíos o tutores que reciben ganancias provenientes de la explotación de la prostitución de sus menores hijos o parientes bajo su autoridad? Este es un fenómeno muy común, especialmente en las

zonas rurales de la selva del Perú, en donde, como expusimos en el capítulo 2, la trata de personas es una práctica social de economía y sustento familiar.

El ejemplo propuesto nos introduce nuevamente al análisis de los delitos de omisión impropia o comisión por omisión previstos en el artículo 13° del Código Penal. En este caso, los familiares cercanos a la víctima detentan un deber de garante en virtud de la una estrecha relación, lo cual obliga a padres, hermanos, hijos, tíos, abuelos u otros familiares cercanos a protegerla. Como sostiene el profesor Mir Puig, importa poco la clase o grado de relación familiar existente con la víctima. Lo importante es que el sujeto tenga bajo su especial responsabilidad a la víctima y que el bienestar de ésta dependa de aquél en el caso concreto.⁶⁹

En ese sentido, si la mamá, tía, hermano mayor, etc. se aprovecha económicamente de las ganancias provenientes de la prostitución en contexto de explotación de su familiar dependiente, éstos son autores (en comisión por omisión) del delito de trata de personas, puesto que teniendo conocimiento suficiente de la actividad sexual explotadora a la que su dependiente se dedicaba, y la violación de derechos humanos que ello implicaba, voluntariamente decidieron favorecer posteriores recepciones de la víctima de Trata con fines de explotación (sobre todo si existiera un acuerdo entre los familiares y la persona que recibe a la víctima). Su comportamiento resultaría equiparable a la del administrador del bar en donde se realiza efectivamente la explotación de la víctima.

En el caso planteado debe aplicarse el tipo penal de trata de personas y no el de rufianismo, puesto que, por principio de consunción, el concurso aparente de leyes penales debe resolverse aplicando el tipo que desvalore completamente el hecho, para lo cual el delito de rufianismo resulta insuficiente.

67 Ver supra

68 Ver MIR PUIG, Santiago. op. cit. p. 650.

69 Ver MIR PUIG, Santiago. op. cit. p. 321.

***PRÁCTICA: REVISAR EL CASO N° 6 DE LOS ANEXOS DEL MANUAL.**

4.2.3 Respeto del delito de violación sexual

El artículo 170º del Código Penal señala lo siguiente:

Artículo 170.- Violación sexual

El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.

La pena será no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme corresponda:

1. Si la violación se realiza a mano armada o por dos o más sujetos.
2. Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendente, cónyuge, conviviente de éste, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima, de una relación proveniente de un contrato de locación de servicios, de una relación laboral o si la víctima le presta servicios como trabajador del hogar.
3. Si fuere cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, en ejercicio de su función pública.
4. Si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave.
5. Si el autor es docente o auxiliar de educación del centro educativo donde estudia la víctima.

- **El bien jurídico protegido**

La doctrina unánimemente sostiene que el tipo penal del artículo 170º del Código Penal protege la libertad sexual de las personas mayores de edad (ma-

yores de 14 años según el Acuerdo Plenario N°4-2008/CJ-116). Se entiende por libertad sexual el derecho de toda persona a autodeterminarse sexualmente y a no verse involucrada en un contexto sexual sin su consentimiento. Se trata de un delito que, apelando a medios coercitivos como la violencia o la grave amenaza contra una persona, implica actos de acceso carnal por vía vaginal, anal u oral contra la víctima.

En el caso de víctimas menores de edad (artículo 173º del Código Penal) la doctrina de manera consensuada refiere que el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual. Por indemnidad sexual debe entenderse aquel marco de garantías que el estado establece como presupuesto o seguridad para el ejercicio posterior o potencial de la libertad sexual de los o las menores de edad.

- **Relación concursal con el delito de trata de personas**

Teniendo en cuenta que el delito de violación sexual y el de trata de personas protegen bienes jurídicos diferentes (libertad sexual en el delito de violación, y dignidad personal en el delito de trata de personas), resulta bastante claro que nos encontramos ante un supuesto de concurso real o ideal de delitos, dependiendo del caso concreto. Esto es, ambos tipos penales se aplican. Nuestra propuesta se explica en razón de que el delito de trata de personas, al ser un delito de peligro dirigido a la explotación de una persona no desvalora la libertad sexual de la víctima necesariamente. En cambio el delito de violación sexual sí desvalora plenamente la afectación de la libertad sexual dado que supone el acceso carnal por medio de la violencia o la grave amenaza. Cabe señalar que este acto, considerado aisladamente, no necesariamente supone una situación de explotación sexual. El delito de violación sexual no desvalora, entonces, el peligro de someter a una persona a una situación de explotación o instrumentalización.

Es más, puede añadirse que mientras la violación sexual supone medios comisivos más restrictivos (violencia o grave amenaza), en el delito de trata de personas los medios comisivos son más amplios. Efectivamente, este delito comprende no sólo medios coercitivos (violencia o amenaza) sino también medios fraudulentos. Es más, el delito de trata de personas también incluye como medio típico el abuso de po-

der y el aprovechamiento de la situación vulnerable de la víctima. Es decir, el delito de trata de personas incluye supuestos coercitivos indirectos mientras que el delito de violación sexual tradicionalmente se le ha entendido que comprende sólo medios coercitivos directos.

Si bien compartimos con el Acuerdo Plenario N° 3-2011-PJ/CJ-116 la posición de que generalmente, en estos casos, se apreciará una relación de concurso real de delitos (en nuestro caso porque se trata de bienes jurídicos diferentes) no compartimos la posición que sostiene que el delito de violación sexual es un delito de propia mano. Se trata de un concepto modernamente superado dado los diversos problemas que plantea,⁷⁰ en particular en relación con la coautoría y la autoría mediata.

4.2.4 Respeto del delito de usuario-cliente

El artículo 179-A del Código Penal describe la conducta típica de la siguiente manera:

Artículo 179-A.- Usuario-cliente

El que, mediante una prestación económica o ventaja de cualquier naturaleza tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías con una persona de catorce y menor de dieciocho años, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

• El bien jurídico-penal protegido

Peña Cabrera señala que el bien jurídico protegido en este delito se desdobra en dos conceptos: la moral sexual y la dignidad del adolescente.⁷¹ Respecto a la identificación de una clase de moral como bien jurídico-penal reiteramos nuestro desacuerdo por la falta de claridad y utilidad de este concepto para realizar una adecuada interpretación del tipo penal.

Consideramos por tanto que el bien jurídico protegido por este delito es la libertad sexual, porque se pretende que el sujeto pasivo asuma una determinada forma de ejercer la sexualidad⁷². Se busca evitar que se distorsione el proceso de deliberación del adolescente respecto a la forma de ejercer su sexualidad.⁷³

El ofrecimiento de algún tipo de ventaja constituye, como señala García Pérez, un elemento de asimetría de poder que evita que el adolescente pueda tomar una decisión sobre el desarrollo de su sexualidad en plena libertad.⁷⁴ Se trata del abuso de poder del sujeto activo que vicia el supuesto consentimiento de la víctima. Mientras que el profesor Muñoz Conde sostiene que, (...) *el cliente que paga promueve o favorece la prostitución o la continuación en la misma (...)*⁷⁵, lo cual pone en peligro la libertad sexual del menor.

En nuestro concepto, el cliente que paga por los servicios sexuales de una menor de edad, a la vez que favorece la prostitución (y por lo tanto pone en riesgo la dignidad sexual de la menor), está afectando la libertad sexual de la menor en virtud del abuso de esa posición asimétrica. Por tanto, el delito contemplado en el artículo 179-A° del Código Penal supone un atentado a la libertad sexual de la víctima, pero también pone en peligro la dignidad del o la menor,

70 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, Julio. *Delito de propia mano*, Civitas, Madrid, 2004.

71 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. op. cit. p. 62.

72 Ver DIEZ RIPOLLES, José L. – ROMEO CASABONA, Carlos (coordinadores). *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. 482-484

73 Ídem. p. 484.

74 Ídem. p. 502.

75 TAMARIT SUMALLA, Josep María. *Protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual*. Aranzadi: Navarra, 2002. P. 84.

dado el riesgo de ser susceptible de explotación sexual y ver sus derechos vulnerados.⁷⁶

- **Relación concursal con el delito de trata de personas**

Un caso problemático de concurso entre el delito de usuario-cliente y el de trata de personas es el siguiente:

Por ejemplo:

Procesamiento y sanción penal a los clientes de un bar o *night club* intervenido por la policía en donde se explota sexualmente a mujeres, específicamente menores de edad (meseras, bailarinas, etc.).

Para solucionar el problema concursal hay que tener en claro que, como ya hemos afirmado, el delito de trata de personas no exige la producción efectiva de la explotación sexual ni el mantenimiento de una relación sexual efectiva con la víctima. El delito de trata de personas es un delito de peligro concreto que sólo exige tener la finalidad de explotar a la víctima. En este sentido, volviendo al caso planteado, cuando un cliente, a cambio de una prestación económica, recibe un servicio sexual de una menor que esta siendo recibida o acogida en un lugar, esta promoviendo la prostitución. Es decir, el cliente que mantiene una relación sexual con una menor de edad a cambio de una prestación económica conoce que promueve la prostitución de la misma y, de esa manera, sabe que la expone a una situación de explotación.

Ahora bien, si el cliente además cuenta con elementos para notar el contexto de abuso por parte del tratante – por ejemplo, realiza el pago de la contraprestación a una persona distinta a la víctima-, es posible afirmar que se configura el tipo penal de trata de personas: porque el cliente favorece o financia la continuación de la acogida de la víctima (en el bar o *night club*) con fines de explotación sexual.

Creemos que el caso configura también un delito de usuario-cliente al afectar la libertad sexual de la menor. Este bien jurídico no se encuentra desvalorado

efectivamente por el delito de trata de personas., por lo que habría, en consecuencia, un caso de concurso ideal de delitos.

Así, sólo será posible apreciar un concurso aparente de leyes penales y se aplicará únicamente el delito de usuario-cliente en los casos en que el sujeto activo no conozca suficientemente el peligro de explotación sexual al que expone a la menor. En otras palabras, solo se configurará el delito de usuario-cliente cuando no sea posible verificar en el agente el elemento subjetivo referido a la explotación sexual o laboral

4.2.5 Respeto del delito de explotación sexual comercial infantil y adolescente en el ámbito del turismo

El artículo 181-A° del Código Penal establece lo siguiente:

Artículo 181-A.- Explotación sexual comercial infantil y adolescente en ámbito del turismo

El que promueve, publicita, favorece o facilita la explotación sexual comercial en el ámbito del turismo, a través de cualquier medio escrito, folleto, impreso, visual, audible, electrónico, magnético o a través de Internet, con el objeto de ofrecer relaciones sexuales de carácter comercial de personas de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años de edad será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro (4) ni mayor de ocho (8) años.

Si la víctima es menor de catorce años, el agente, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis (6) ni mayor de ocho (8) años. El agente también será sancionado con inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1, 2, 4 y 5.

Será no menor de ocho (8) ni mayor de diez (10) años de pena privativa de la libertad cuando ha sido cometido por autoridad pública, sus ascendientes, maestro o persona que ha tenido a su cuidado por cualquier título a la víctima.

76 Ver DIEZ RIPOLLES, José L. – ROMEO CASABONA, Carlos (coordinadores). loc. cit.

- **El bien jurídico-penal protegido**

Autores como Peña Cabrera consideran que el bien jurídico protegido por este delito es la sexualidad, entendida como la "esfera privativa de la intimidad que no puede verse comprometida, ante invasiones que pueden perturbar su normal desarrollo, y la dignidad humana concebida como base portadora de la existencia como persona humana y ser social"⁷⁷. En sentido parecido Salinas Siccha sostiene que el bien jurídico protegido es la libertad sexual de las o los adolescentes.⁷⁸

Siendo coherentes con lo sostenido en el análisis de los anteriores delitos, coincidimos en parte con Peña Cabrera, pues, en estricto, el bien jurídico protegido por el artículo 181-A° del Código Penal es nuevamente la dignidad humana. Efectivamente, quien promociona o publicita folletos donde se ofrece relaciones sexuales con adolescentes con fines comerciales, pone en peligro de explotación a las personas que brindan estos servicios y coloca los derechos humanos de las víctimas en una situación de vulnerabilidad. A ello se suma que la minoría de edad de la víctima, como se dijo, hace que sea innecesaria la comprobación de algún medio coercitivo o fraudulento recaído sobre ella para la configuración del delito de trata de personas.

- **Relación concursal con el delito de trata de personas**

El presente delito desvalora los actos de favorecer, publicitar, etc. folletos y otro tipo de publicaciones que atraen a sus eventuales clientes:⁷⁹ es decir, su conducta no va dirigida hacia las personas que ejercerán la actividad sexual, sino a aquellos que contratarán ese servicio (dado que promueve la demanda del servicio sexual). En este sentido, se diferencia del delito

de trata de personas, puesto que este último supone una conducta del agente que se dirige hacia la víctima de la trata, favoreciendo su captación, traslado, recepción, etc. (promueven la oferta del servicio sexual).

Por tanto, el delito de explotación sexual comercial adolescente no se superpone en modo alguno al delito de trata de personas. Así, no existe un *bis in idem* en la aplicación de estas dos figuras, pues si bien ambos tipos penales regulan formas de ataque a la dignidad humana, estos ataques (desvalor de acción) son totalmente distintos.

Sin embargo es posible, en determinados casos, apreciar perfectamente un concurso real entre estas dos figuras.

Por ejemplo:

El agente (dueño de una agencia de viajes y de trabajo) ofrece el servicio sexual de adolescentes en contextos de explotación mediante publicaciones en Internet y, por otro lado, en otra publicación virtual, ofrece trabajo a adolescentes quienes en realidad serán explotadas sexualmente en los locales del negocio.

Cabe recordar que, cuando nos encontramos ante víctimas menores de edad, los medios coercitivos y fraudulentos no son necesarios para apreciar una conducta que favorece la captación, traslado, etc. con fines de explotación, por lo que, en el presente caso, no es imprescindible que la publicidad que favorece la captación de adolescentes sea engañosa.

77 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Op. Cit. p. 89.

78 SALINAS SICCHA, Ramiro. Op. Cit. p. 809.

79 SALINAS SICCHA, Ramiro. Op. Cit. pp. 806-807.

4.2.6 Respeto del delito de inducción a la prostitución

El artículo 181° del Código Penal dispone:

Artículo 181.- Proxenetismo

El que compromete, seduce, o sustrae a una persona para entregarla a otro con el objeto de tener acceso carnal, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

La pena será no menor de seis ni mayor de doce años, cuando:

1. La víctima tiene menos de dieciocho años.
2. El agente emplea violencia, amenaza, abuso de autoridad u otro medio de coerción.
3. La víctima es cónyuge, concubina, descendiente, hijo adoptivo, hijo de su cónyuge o de su concubina, o si está a su cuidado.
4. Si el agente actúa como integrante de una organización delictiva o banda.
5. La víctima es entregada a un proxeneta.

• Sobre el bien jurídico-penal protegido

Antes de iniciar este análisis debemos resaltar que, a pesar de que el título del tipo penal hace referencia al favorecimiento a la prostitución, el tipo prohíbe una conducta distinta que no tiene relación con el favorecimiento a la prostitución.

El Acuerdo Plenario 3-2011-PJ/CJ-116 equivocadamente presupone en el tipo penal la finalidad de prostituir a la víctima, situación que el tipo penal no lo contempla ni se deduce.

Al margen de los cuestionamientos que se han formulado a este tipo penal respecto de su legitimidad⁸⁰ y que en este manual compartimos plenamente,⁸¹ también identificamos el bien jurídico protegido de este delito en la dignidad humana, aunque tal como está planteado, el tipo penal no parece afectar, siquiera abstractamente, el referido bien jurídico.

Sin embargo, no es posible afirmar que el bien jurídico protegido es la libertad sexual,⁸² porque el tipo penal nunca exige que se lleve a cabo la relación sexual. Ni siquiera exige que la víctima haya dado un consentimiento viciado para ello, ni que haya sido efectivamente entregada a un tercero para ello. Solo basta con la sola conducta de seducción, sustracción o compromiso para que este se consuma. En tal sentido, lo único que se pretende tutelar con este delito es que la víctima no se vea expuesta a una situación de vulnerabilidad para su dignidad como la que se presenta cuando es entregada a otra persona para que tenga acceso carnal. Se pretende que la víctima no corra peligro de ser instrumentalizada sexualmente.

Por otro lado, nos encontramos ante un delito de peligro abstracto, ya que basta con seducir, comprometer o sustraer a la víctima para que se considere un cierto peligro de la dignidad humana. Se atribuye peligrosidad a la mera realización de estas conductas, sin necesidad de comprobar en el caso concreto una cercanía espacio-temporal a la lesión de la dignidad. La víctima incluso pudo nunca haberse encontrado con la tercera persona con la que tendría acceso carnal y, aun así, se configuraría el delito.

En consecuencia, el tipo básico del artículo 181° del Código Penal resulta una figura penal inconstitucional que en nuestro concepto debe inaplicarse. La única posibilidad en la que dicha figura resulta de relevancia radicaría en el caso de alguna de sus agravantes, especialmente los incisos 1 (caso de menores de edad) y 2 (empleo de medios coercitivos). En este caso plantearemos un concurso aparente de leyes penales con el delito de trata de personas, dependiendo de si en el caso se evidencia la finalidad de explotación sexual o no.

80 Ver PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Op. Cit. p. 81-82.

81 Ver Supra

82 Erróneamente así lo afirma SALINAS SICCHA, Ramiro. Op. Cit. p. 803.

El Acuerdo Plenario 3-2011-PJ/CJ-116 plantea que este delito exige, para su verificación, la presencia de una contraprestación generalmente pecuniaria (a manera de ánimo de lucro). Sin embargo no se deduce del texto tal exigencia típica (fundamento 17).

***PRÁCTICA: REVISAR EL CASO N° 7 DE LOS ANEXOS DEL MANUAL.**

4.2.7 Respeto del delito de explotación laboral

El artículo 168° del Código Penal establece lo siguiente:

Atentado contra la libertad de trabajo y asociación

Artículo 168.- Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años el que obliga a otro, mediante violencia o amenaza, a realizar cualquiera de los actos siguientes:

1. Integrar o no un sindicato.
2. Prestar trabajo personal sin la correspondiente retribución

• **El bien jurídico-penal protegido**

El bien jurídico protegido por este delito es la libertad laboral (libertad de trabajo), entendida como la libertad personal para trabajar e integrarse a asociaciones laborales.⁸³ Dicho bien jurídico engloba, por tanto, la libertad sindical y la obtención de remuneración equitativa y suficiente, tal como lo establecen los artículos 23° y 24° de la Constitución.⁸⁴

• **Relación concursal con el delito de trata de personas**

El supuesto que nos interesa analizar a efectos de su relación con el delito de trata de personas es el regulado por el inciso 2° del artículo 168° del Código Penal, que reprime a aquel que, mediante violencia o amenaza, obliga a otro a que trabaje sin retribución. Es decir, lo que se garantiza con este dispositivo es la vigencia del primer párrafo del artículo 23° de la Constitución, que señala que nadie esta obliga a prestar su trabajo sin retribución. El tipo penal sanciona que alguien, en forma coercitiva, haga trabajar a otro gratuitamente.⁸⁵

Debemos precisar que hacer trabajar a otro sin la correspondiente remuneración no equivale al sometimiento a explotación laboral o trabajo forzoso. Conforme lo señalan Fabián Novak y Sandra Namihás, la explotación laboral consiste en el aprovechamiento abusivo de la labor de una persona de menor experiencia, educación, fuerza o poder, en beneficio de

83 Ver DONNA, Edgardo. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo II-A. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2001. p. 386 y CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo I. Buenos Aires: Astrea, 1998. p. 373.

84 **Artículo 23.-**

El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.

El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo.

Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.

Artículo 24.-

El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual.

El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador. Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores.

85 Ver SALINAS SICCHA, Ramiro. Op. Cit. p. 584.

otra,⁸⁶ siendo el trabajo forzoso y la servidumbre por deudas una de sus modalidades más recurrentes. En este sentido, siguiendo la definición de trabajo forzoso expuesta en el capítulo 3 de este manual,⁸⁷ puede existir un trabajo forzoso que suponga la entrega de una retribución y, sin embargo, constituirá una modalidad de explotación laboral por la presencia de una instrumentalización de la víctima y un abuso de la asimetría de poder.

En esta lógica, el artículo 168° del Código Penal protege al trabajador de manera más amplia frente a conductas que atentan contra su libertad laboral, pues no se reduce a los supuestos de explotación laboral que la trata de personas contempla. Como lo hace notar Salinas Siccha⁸⁸, en el delito de explotación laboral basta con que el autor, usando la violencia o la amenaza, obligue a que otro trabaje sin pretender darle su correspondiente retribución para que el delito se consume. Este tipo penal nunca exige que exista una finalidad de explotación conforme se ha definido para los casos de trata de personas.

Por ejemplo:

Cuando un "enganchador" o "patrón" amenaza a un miembro de una comunidad indígena o nativa con matar a sus familiares si no va a trabajar a un campamento minero en el cual será explotado, aquel comete el delito de trata de personas por favorecer la captación de personas mediante amenaza con fines de explotación laboral.

Se trata de un concurso aparente, donde el delito de trata desplaza en el caso concreto al delito de explotación laboral, por desvalorar el hecho completamente en aplicación del principio de consunción.

En este sentido, siempre que el operador de justicia aprecie que la finalidad de la actuación del agente era introducir a la víctima en un circuito de explotación laboral, deberá aplicarse el delito de trata de personas, mientras que el artículo 168° del Código Penal se aplicará para casos en los cuales sólo se pretenda no entregar una retribución económica al trabajador.

***PRÁCTICA: REVISAR EL CASO N° 8 DE LOS ANEXOS DEL MANUAL.**

4.2.8 Respeto del delito de tráfico ilícito de migrantes

El artículo 303-A° del Código Penal señala lo siguiente:

Artículo 303-A.- Tráfico ilícito de migrantes

El que promueve, favorece, financia o facilita la entrada o salida ilegal del país de otra persona, con el fin de obtener directa o indirectamente, lucro o cualquier otro beneficio para sí o para tercero, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

- **El bien jurídico-penal protegido**

Eduardo Geronimi señala que el bien jurídico protegido en este delito es la soberanía del Estado.⁸⁹ Villacampa, por su parte, sostiene que el bien jurídico está constituido por los intereses del Estado de control de los flujos migratorios.⁹⁰ Desde nuestra perspectiva el bien jurídico protegido en este delito es uno de naturaleza institucional, constituido por los intereses estatales de garantizar el orden migratorio. El sujeto pasivo en este delito no es ninguna persona, sino el Estado como titular del bien jurídico.

86 NOVAK, Fabián y Sandra NAMIHAS. Op. Cit. p. 26.

87 Ver Supra

88 Ver SALINAS SICCHA, Ramiro. Op. Cit. p. 592.

89 GERONIMI, Eduardo. *Perspectivas sobre migraciones laborales. Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores migrantes*. Ginebra: OIT, 2002. P. 22.

90 VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. op. cit. p. 824.

- **Relación concursal con el delito de trata de personas**

Como se explicó en el capítulo 1,⁹¹ existen varias diferencias entre el delito de trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes:

- a. El carácter no necesariamente transfronterizo de la trata de personas:**⁹² La trata de personas no necesariamente supone el cruce de fronteras de una persona hacia otro Estado (lo que se conoce como *trata externa*). Por el contrario, la trata de personas puede presentarse también en los casos de movilidad o tránsito de una persona dentro del propio territorio nacional (denominada *trata interna*) y también en los casos de movilidad o tránsito de una persona en la propia localidad, provincia o departamento (llamada *trata local*).
- b. Violación de la política migratoria:** Vinculado a lo señalado líneas arriba, el tráfico ilícito de migrantes supone el acto mediante el cual una persona traslada o transporta a otra con el fin de que entre o salga del país, vulnerando la política migratoria del mismo y así obtener una ventaja patrimonial. En el caso de la trata de personas, por el contrario, no siempre se producirá la vulneración de la política migratoria del país receptor, salvo en los casos de trata externa.
- c. El fin que se persigue con la movilidad de personas:** En este caso de la trata de personas estamos ante un fin de explotación de la persona transportada o movilizada (explotación sexual, laboral, etc.). Por el contrario, en el caso del delito de tráfico ilícito de inmigrantes el fin es esencialmente el lucro o cualquier otra ventaja patri-

monial, pero no la explotación de la persona en sí misma.

- d. El consentimiento:** Mientras el tráfico ilícito de inmigrantes presupone el consentimiento de la persona que es objeto de transporte o traslado⁹³, en la trata de personas la víctima nunca ha expresado consentimiento o si lo hizo dicha aceptación devino en viciada o sin valor alguno, dado los medios coactivos utilizados en su contra.⁹⁴ Esto, como ya hemos señalado, debe ser matizado en la medida que, como señala Pérez Cepeda los factores que motivan que un sujeto abandone su país para asentarse en otro país son, en la mayoría de los casos, situaciones extraordinarias que determinan una suerte de contexto coactivo. No es tan clara la plena libertad de la que goza el inmigrante ilegal para aceptar o solicitar su propio traslado o transporte. Sin embargo, para nuestro legislador penal, de acuerdo con el artículo 303 –A° del Código Penal, el tráfico ilícito de inmigrantes no presupone como elemento la privación o restricción de la libertad ni tampoco algún tipo de vicio del consentimiento

Teniendo en cuenta estas diferencias, los tipos penales de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas no se superponen, sino que tienen una configuración distinta. En consecuencia, en determinados casos se puede producir un concurso real de delitos cuando, después de contribuir con el ingreso irregular de personas en territorio extranjero, éstas son sometidas a explotación sexual o laboral. No debemos olvidar que la trata de personas no supone necesariamente el traslado de la víctima al extranjero de forma ilegal, sino que nos encontramos ante un hecho que vulnera dos bienes jurídicos distintos: la dignidad humana por un lado (trata de personas) y la política migratoria por el otro.

91 Ver supra

92 Ver al respecto GERONIMI, Eduardo. Perspectivas sobre migraciones laborales. Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores migrantes. Ginebra: OIT, 2002. p. 16.

93 VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de Trata de personas: Análisis del nuevo artículo 177 BIS CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, N° 14, 2010. p. 823.

94 En el mismo sentido DAUNIS RODRIGUEZ, Alberto. Op. Cit., p. 8

Para concluir:

- El bien jurídico protegido en el caso del delito de trata de personas es la dignidad humana, entendida como el derecho de todo ser humano (mayor o menor de edad) a no ser instrumentalizado por otro, a no ser tratado como objeto de cambio o mercancía.
- En el caso del delito de **favorecimiento a la prostitución** (artículo 179º del Código Penal), cuando se trate de una prostitución no explotadora (prostitución libre), estaremos ante un **concurso aparente** de leyes penales que se supera por principio de **especialidad o subsidiariedad**, aplicando únicamente el delito de **favorecimiento a la prostitución**.
- En el caso del delito de **favorecimiento a la prostitución** (artículo 179º del Código Penal), cuando se trate de una prostitución incentivada realizada en un contexto de explotación en el sentido fuerte del término, estaremos también ante un **concurso de leyes penales o concurso aparente de delitos** y, por principio de **consunción**, correspondería aplicar el delito de trata de personas.
- En el caso del **tipo agravado del delito de favorecimiento a la prostitución**, especialmente los numerales 1 y 2, la relación es también de un concurso de leyes o **concurso aparente** de delitos pero dicho problema resuelve en base al **principio de subsidiariedad**.
- En el caso del **delito de rufianismo** (artículo 180º del Código Penal), estamos ante un **concurso aparente** de leyes penales que se resuelve aplicando el delito de trata de personas y descartando el rufianismo por aplicación del **principio de consunción**.
- En el caso del **delito de violación sexual** (artículo 173º del Código Penal), teniendo en cuenta que el delitos de violación sexual y el de trata de personas protegen viene jurídicos diferentes (libertad sexual en el delito de violación, y dignidad personal en el delito de trata de personas), resulta bastante claro que nos encontramos ante un supuesto de **concurso real o ideal de delitos, dependiendo del caso concreto**.
- En el caso del **delito usuario – cliente** (artículo 179º-A del Código Penal), si el cliente cuenta con elementos para notar el contexto de abuso por parte del tratante – por ejemplo, realiza el pago de la contraprestación a una persona distinta a la víctima-, es posible afirmar que se configura el tipo penal de trata de personas (el cliente favorece o financia la continuación de la acogida de la víctima con fines de explotación sexual) y también un delito de usuario-cliente al afectar la libertad sexual de la menor, por lo que habría, en consecuencia, un caso de **concurso ideal de delitos**.
- En el caso del **delito de explotación sexual comercial infantil y adolescente en el ámbito del turismo** (artículo 181º-A del Código Penal) es posible, en determinados casos, apreciar un **concurso real**.
- En el caso del **delito de inducción a la prostitución** (artículo 181º del Código Penal), mal llamado "proxenetismo", consideramos que el tipo básico resulta inconstitucional y debe inaplicarse. La única posibilidad en la que dicha figura resulta de relevancia radicaría en el caso de alguna de sus agravantes, especialmente los incisos 1 (caso de menores de edad) y 2 (empleo de medios coercitivos). En este caso plantearemos un **concurso aparente** de leyes penales con el delito de trata de personas, dependiendo de si en el caso se evidencia la finalidad de explotación sexual o no.
- En el caso del **delito de explotación laboral** (artículo 168º de Código Penal) estamos ante un **concurso aparente**, donde el delito de trata desplaza en el caso concreto al delito de explotación laboral, por desvalorar el hecho completamente en aplicación del **principio de consunción**.

CAPÍTULO 5

LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS

Texto elaborado por la Dra. Fanny Quispe y
revisado por el equipo del IDEH-PUCP

5.1 LA INVESTIGACION PROACTIVA Y REACTIVA

La investigación del delito de trata de personas es dinámica y flexible. No existe una única clase de investigación y por ello no existe una receta a seguir para cada tipo delictivo.

Sin embargo, dadas las características organizacionales del delito de trata de personas podríamos afirmar, en principio, que nos encontramos ante una **investigación del delito de carácter complejo**. Esto, en primer lugar, por las acciones que se deberán emprender para identificar a los responsables y demostrar su culpabilidad; pero además porque la investigación del delito de trata de personas generalmente no se origina en una denuncia de parte, es decir que no siempre es "reactiva", como sí sucede en otra clase de delitos donde la víctima acude a la autoridad para denunciar un hecho. En el delito de trata de personas, dada las características de las víctimas que se encuentran sojuzgadas por una organización, la **investigación eficaz debe ser proactiva**.

A) INVESTIGACIÓN PROACTIVA EN EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS

En la actualidad, existen nuevas formas de criminalidad que retan la forma tradicional de abordar la investigación del delito. Ello en razón de que la crimi-

nalidad organizada suele presentarse bajo andamiajes anónimos que no permiten la identificación o utilizan las nuevas tecnologías que nos permitan delimitar el espacio en el cual operan.

Esta forma proactiva de actuación policial resulta no solo imperativa en los casos de delincuencia organizada sino también de codelinquencia en delitos complejos con el delito de trata de personas. Efectivamente, es importante recordar lo mencionado en el capítulo 2, en el sentido que en el Perú no todos los casos de trata de personas constituyen necesariamente delitos de criminalidad organizada, sino que en otros casos son cometidos por pocas personas sin estructura permanente, es decir, se trataría de casos de codelinquencia.

En este sentido, la investigación del delito organizado de trata de personas debe estar vinculado al manejo inteligente de información. Es decir, se deben usar herramientas que nos permitan procesar los datos obtenidos para el análisis de las incidencias del delito. Esto permite afrontar debidamente la prevención y persecución del delito.

Actualmente, con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal, surge la interrogante sobre si toda investigación policial tiene que enmarcarse en las reglas planteadas por este Código, ya que éste establece límites en el tiempo y formas de control que impedirían la llamada investigación inteligente del delito. Al respecto, se debe entender que la **investigación proactiva en estricto es preventiva**, por lo que dado los roles constitucionales que se establecen a la Policía Nacional y al Ministerio Público¹,

1 La Constitución Política del Estado establece en el Art. 166 de que la Policía Nacional previene, investiga y combate la delincuencia y en el Art. 159 que "corresponde al Ministerio Público... Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.

no se puede pretender que toda actuación proactiva encaminada a combatir la delincuencia forme parte de la llamada investigación preliminar. La lucha contra el fenómeno de la trata de personas requerirá de enfoques integrales, interdisciplinarios y de largo plazo que aborden cada aspecto del ciclo de la trata.²

Este tipo de investigación supone, por ejemplo, la búsqueda de datos a través de la identificación de zonas de incidencia delictiva, la identificación de inmuebles con actividades sospechosas, modalidades de captación, el establecimiento de relaciones de elementos comunes entre diversas denuncias de delitos conexos, la vinculación de estos datos, el estudio de las relaciones y/o conexiones entre personas, propiedades, antecedentes, análisis de información que permitan estructurar el organigrama de una posible organización criminal, etc.

Este tipo de investigación preventiva contra la delincuencia supone la *obtención proactiva* de indicios de la comisión de un delito mediante la *acumulación* de diferentes actos de investigación realizados ante una sospecha inicial³.

En conclusión, la investigación preliminar como parte de la investigación preparatoria sólo se realiza ante sospecha inicial, y es generalmente **reactiva** pues parte de la identificación de un hecho a fin de individualizar a los imputados.

B) LA INVESTIGACIÓN "REACTIVA" EN EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS

La noticia de un delito, debe dar al menos pie a una sospecha inicial. Esta sospecha inicial constituye el presupuesto necesario y la hipótesis mínima para que pueda disponerse el inicio de una investigación.⁴

De esta manera frente a la noticia de un hecho presuntamente delictivo, el aparato estatal de persecución penal "reacciona" a efectos de esclarecer los hechos e identificar a los responsables. Esta investigación se desarrolla durante lo que se conoce como etapa de investigación preliminar.

En el modelo del nuevo Código Procesal Penal se ha establecido que las diligencias de la investigación preliminar forman parte de la investigación preparatoria. Esta etapa del proceso penal sólo se instaura una vez que se han establecido indicios reveladores de la existencia de un delito y se ha individualizado al autor o autores, con el fin de reunir elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al fiscal decidir posteriormente si formula o no acusación.

En principio, se puede señalar como regla general, en razón a las facultades constitucionales establecidas, que el Ministerio Público debe conducir la investigación del delito desde su inicio. De esta manera, un fiscal dirige las diligencias preliminares destinadas a recoger indicios o hechos concretos y verificados, a partir de los cuales se pueda deducir lógicamente la materialidad del delito. Estas investigaciones son ejecutadas directamente por el Fiscal o por el personal policial, pero siempre con la participación del primero.

Una forma de abordar una denuncia por trata de personas si es que la circunstancia del hecho lo permite, es a través de una acción investigativa para revelar el delito, lo que en el Perú se conoce como "**operativo**" a efectos de lograr la **captura in fraganti de los autores**. Para esto, el Fiscal Provincial de turno con apoyo de la Policía Nacional, planifica la realización de una acción en una hora y día determinado. En el caso de delito de trata de personas para fines

2 KYLE, David. Human Trafficking Policies: Ships Passing in the Night, en http://www.ips-dc.org/articles/human_trafficking_policies_ships_passing_in_the_night. De esta manera, si bien en otros países de Europa, el problema de trata de personas está íntimamente relacionado con la migración ilegal, no sucede lo mismo en el Perú, donde el delito de trata de personas está localizado en diversas regiones.

3 AMBOS, KAI, "Control de la policía por el fiscal versus dominio policial de la instrucción" En: *Fundamentos y ensayos críticos de Derecho Penal y Procesal Penal*, Ob. Cit.

4 RAMÓN QUINTERO, Jesús. *Instrucción probatoria en el Proceso Penal peruano*. En: Sextas Jornadas de Derecho Penal. Temas Actuales de Derecho Procesal Penal, Universidad Andres Bello, Caracas 2003. p. 95.

de explotación sexual, estos operativos se suelen realizar en lugares de diversión nocturna de acceso público previamente identificados en la investigación proactiva. **Estos operativos sólo deben practicarse cuando existe la seguridad de que los responsables se encuentran en el local a intervenir.** Esto con el fin de evitar que ante la intervención policial se pierda el rastro de los autores.⁵

Sin embargo, cuando no sea posible tener certeza acerca de la presencia de los responsables en el local, la decisión de llevar a cabo el operativo debe ponderar si resulta imperativo el rescate de las víctimas por tratarse de un grupo en riesgo (por ejemplo, menores de edad) en relación a la real desarticulación de la organización de los tratantes.

Los operativos exitosos son aquellos que por la intervención simultánea de parte de la autoridad en diferentes lugares, permiten que no se pierdan valiosos elementos de prueba que van a dar a lugar a la identificación de los autores y el posterior procesamiento de los mismos. Para ello se deberán poner en práctica las diferentes herramientas de búsqueda de prueba que permite nuestra legislación.

5.2 DILIGENCIAS DE BÚSQUEDA DE PRUEBAS

El Código de Procedimientos Penales no ha regulado las llamadas "diligencias preliminares". Sin embargo, de acuerdo a las facultades constitucionales del Ministerio Público y la Policía Nacional, esto no impide que estas instituciones practiquen diversas diligencias tendientes al esclarecimiento del delito y la iden-

tificación de los autores con el fin de iniciar el procesamiento penal⁶

En cambio, el nuevo Código Procesal Penal regula explícitamente las diligencias preliminares. A continuación desarrollaremos algunas diligencias de búsqueda de prueba, la problemática que plantea y su utilidad en la investigación de delito de trata de personas.

5.2.1 Allanamiento

A) DOMICILIO Y CONSENTIMIENTO DEL TITULAR PARA EL REGISTRO

La figura del allanamiento está íntimamente vinculada al concepto de domicilio y su inviolabilidad.

El derecho a la inviolabilidad de domicilio, previsto como un derecho fundamental en nuestra Constitución, implica que nadie puede ingresar a un domicilio sin el consentimiento de su titular, salvo las excepciones que establece la misma Constitución en su artículo 2.9°. Así, las personas tenemos derecho a un espacio que se encuentra limitado de la injerencia de terceros, incluso del propio Estado, con el fin de cautelar la esfera íntima de las personas.

El domicilio es definido en el artículo 33° de nuestro Código Civil como **la residencia habitual de la persona en un lugar**. Esta residencia puede ser permanente o temporal. Esto ha sido recogido en el artículo 214.1° del nuevo Código Procesal Penal, por lo que debe considerarse también como domicilio a las habitaciones de hotel u otro similar que habiten los huéspedes.

5 Según una nota publicada por el Día Internacional contra Trata de Personas": se señaló 236 denunciados y ninguno investigado en lo que va del 2011. <http://tratadepersonasenelperu.blogspot.com/2011/09/dia-internacional-contra-trata-de.html#>. Asimismo en otra nota se señaló que los operativos policiales en Madre de Dios, "no estarían teniendo el tratamiento adecuado para acabar con el delito de la trata de personas con fines de explotación sexual los operativos policiales con gran cobertura en medios no estarían teniendo el tratamiento adecuado para acabar con el delito de la trata de personas con fines de explotación sexual" En: NDP N° 172: Operativos policiales no erradican la trata de personas en Madre de Dios. <http://tratadepersonasenelperu.blogspot.com/2011/10/ndp-n-172-operativos-policiales-no.html>

6 A efectos de conocer el modelo procesal penal del Código de Procedimientos Penales de 1940 y su aplicación en el delito de trata de personas se puede revisar el libro "El Proceso Penal Peruano en el delito de trata de personas 14 casos de Lima y Loreto" redactado por Claudio Boniato y María Alejandra González; publicado por Capital Humano y Social Alternativo, que se puede descargar en www.chsalternativo.org/Download/Proceso.pdf

En este sentido, las características de un domicilio son:

- **Uso de habitación:** Significa el lugar donde se pernocta, se cambia de ropa, se alimenta, etc. El nuevo Código Procesal Penal amplía el concepto al incluir la casa de negocios como objeto de la medida.
- **Lugar cerrado:** Esto significa los límites que una persona impone para dar privacidad a un espacio. Si bien este criterio no ha sido mencionado por el Tribunal Constitucional,⁷ la doctrina sí hace referencia a esta condición, puesto que lo que se protege es que nadie ingrese al domicilio. Esto además ha sido recogido por el nuevo Código Procesal Penal que dispone que el objeto del allanamiento es "una casa habitación, casa de negocio, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado temporalmente, y de cualquier otro lugar cerrado".

Por ejemplo:

Un vehículo no podría ser considerado un domicilio. Aunque si se tratara de una casa rodante, la situación es diferente porque respondería a las características de habitación, y sí debería ser considerado un domicilio.

La Constitución Política indisponde en su artículo 2.9° que, salvo algunas excepciones que analizaremos más adelante, nadie puede ingresar en el domicilio ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita, por lo que es preciso detenernos en observar los casos en los cuales el ingreso a la morada se realiza con consentimiento, y los elementos que deben verificarse en este consentimiento:

- **Que sea libre:** es decir, el consentimiento debe ser expresión de la voluntad de la persona. Sin embargo, este consentimiento puede resultar viciado por las circunstancias coercitivas o fraudulentas en que se realiza. En ese sentido, habría que tener cuidado con aquellos registros domiciliarios policiales en casos no flagrantes, en los que se señala que "se realizó con el consentimiento" del afectado, cuando este en realidad no expresó libremente su voluntad. En estos casos la defensa del investigado podría cuestionar la licitud de la prueba obtenida.
- **Que sea dado por quien tiene titularidad del domicilio, esto es por quien habita el domicilio:** Este punto resulta importante, porque puede suceder que X, esposa de Juan, consienta en la entrada de los efectivos policiales a la vivienda que habitan y que funciona además como hostel que administra Juan, ¿ello conllevaría a que se pueda registrar las habitaciones?. Dado el carácter personalísimo del derecho a la intimidad, requeriríamos consentimiento de los huéspedes o en su defecto orden judicial.

B) EL ALLANAMIENTO LEGAL

La vulneración del derecho a la inviolabilidad de domicilio se encuentra tipificado como delito en los artículos 159° y 160° del Código Penal. Dicho derecho, sin embargo, no es absoluto pues en algunos casos se permite el allanamiento legal, es decir, el ingreso al domicilio sin consentimiento del titular. Como hemos señalado, el artículo 2.9° de la Constitución establece algunas excepciones al requerimiento del consentimiento para llevar a cabo un allanamiento.⁸ Estas excepciones son las siguientes:

- i) Flagrante delito,
- ii) Grave peligro de su perpetración
- iii) Autorización judicial.

A continuación analizaremos cada una de estas excepciones:

7 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERU, Sentencia N° 4085-2008-PHC/TC, caso Marco Antonio Mendieta Chauca, 10 de diciembre de 2008.

8 En el mismo sentido, ver el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

b.1 Flagrante delito

De acuerdo con el artículo 259.2° del Código Penal el delito flagrante se presenta cuando:

- i) la realización del hecho punible es actual y en esa circunstancia el autor es descubierto,
- ii) el autor es perseguido y capturado inmediatamente de haber realizado el acto punible, o
- iii) el autor es sorprendido con objetos o huellas que revelen que acaba de ejecutarlo

Por ejemplo:

Se produce una persecución policial al señor X, quien acaba de cometer un robo, quien tomando de rehén a un transeúnte e ingresa a la vivienda del señor Y.

Momentos después los policías ingresan violentamente a dicha vivienda. Dado que el ingreso se ha producido en flagrante delito, el señor Y no podría sostener el allanamiento ilegal de su morada.

Por ejemplo:

Se está cometiendo un delito al interior de una vivienda. Se oyen los gritos de una niña pidiendo auxilio. Esa niña no reside en el lugar y se la vio ingresar a la fuerza y contra su voluntad por un sujeto. El allanamiento a esa vivienda se produciría en situación de flagrancia.

Ahora bien, la flagrancia presenta algunas aristas en el caso de delitos de comisión permanente. Es estos casos es necesario que exista una razón de urgencia que justifique la medida de allanamiento, de lo contrario, debe tramitarse una orden judicial.

Por ejemplo:

En el caso que se tenga información veraz de que existe una familia dedicada al tráfico ilícito de droga en un inmueble, es preciso solicitar orden judicial que garantizará un allanamiento legal, pues no se requiere una intervención tan urgente que no pueda esperar dicha autorización, teniendo en cuenta que se ha determinado que es una actividad habitual.

¿Qué pasa en el caso del delito de trata de personas?

En el caso de delito de trata de personas se debe valorar el riesgo de las víctimas para valorar la situación de urgencia a efectos de proceder al allanamiento en flagrancia.

Por ejemplo:

En los casos de sospecha de trata por explotación sexual de menores retenidas en un local se debe tener en cuenta los elementos que podrían indicar una situación de explotación sexual de las menores, tales como, el horario de las actividades, la concurrencia de los clientes, la ingesta de alcohol o sustancias tóxicas, etc. En el caso de inmuebles donde se conoce que se somete a las víctimas a trabajos forzados, de la misma manera se debe evaluar el riesgo cuando nos encontramos ante casos de menores, de lo contrario se debe proceder a solicitar la autorización judicial, cuyo trámite debe ser inmediato.

b.2 Grave peligro de su perpetración

Otro de los motivos previstos para ingresar a un domicilio sin consentimiento del titular es que exista un grave peligro de la perpetración del delito.

Este peligro inminente es la **percepción que tiene el común de las personas de que se va a cometer un delito**, es decir que resulta razonable presumir que una persona ingresó o se encuentra en un lugar con la intención de delinquir.

Por ejemplo:

Es razonable considerar que existe peligro inminente si vemos a un hombre que se asoma a la ventana con un cuchillo en la mano gritando que va matar a su esposa, y luego escuchamos los gritos de auxilio de una mujer desde el interior.

Respecto a la evaluación del peligro inminente, el nuevo Código Procesal Penal señala en su artículo 214.3° que los motivos que determinan el allanamiento

to sin orden judicial deben constar detalladamente en el acta.

b. 3 Por autorización judicial

La tercera excepción al consentimiento para llevar a cabo un allanamiento es la existencia de una autorización judicial.

En estos casos el ingreso a un domicilio es por orden judicial y ante la solicitud de Fiscal. Esta posibilidad se encuentra prevista en el artículo 214° del nuevo Código Procesal Penal. En el caso del delito de trata de personas, esta autorización permitiría el ingreso a inmuebles de los que se tenga información fundada de actos de captación, traslado, transporte, acogida o recepción de personas mediante mecanismos coercitivos (en caso de mayores de edad), o en los casos de información fundada sobre locales donde se explota sexualmente o laboralmente a determinadas personas.

Apariencia de los inmuebles

En el caso de trata de personas con fines de explotación sexual, los inmuebles suelen presentarse bajo la forma de salones de masajes, bares, discotecas, salones de strip tease, estudios de modelos, servicios de acompañamiento, salones de masajes, tiendas de objetos o libros sexuales, etc.

En el caso de trata de personas con fines de explotación laboral o mendicidad, los inmuebles suelen presentarse bajo la forma de fábrica talleres clandestinos llamadas "empresas familiares"; casas cercanas a sembradíos de coca, lavaderos de oro, tala ilegal de madera, ladrilleras, minas informales, extracción de moluscos. Además, se da el caso de inmuebles que usan a las víctimas como empleadas domésticas, "muchachas de ayuda", niñeras; así como restaurantes que usan a las víctimas como mozos o lavaplatos.⁹

La solicitud del Fiscal para solicitar la autorización judicial deberá contener la siguiente información:

1. **Motivos razonables:** El nuevo Código Procesal Penal exige motivos razonables para considerar que se oculta en el domicilio al imputado o alguna persona evadida, o que se encuentran bienes delictivos o cosas relevantes para la investigación.
2. **Previsibilidad de la negativa:** Se exige que sea previsible que se negará el ingreso a un determinado recinto.
3. **Ubicación:** Es necesario ubicar el domicilio, señalando concretamente el lugar o lugares que habrán de ser registrados.
4. **Finalidad y diligencias a practicar:** Se debe precisar si el allanamiento es para detener a una persona y/o para la búsqueda de bienes delictivos o de investigación. Además se debe detallar si se requiere la incautación y el decomiso y el registro personal de quienes se encuentre, etc.
5. **Tiempo aproximado de duración:** Debe especificarse el tiempo que consideremos aproximadamente como de duración de la diligencia.
6. **Plazo de ejecución de la Orden:** El nuevo Código Procesal Penal establece un límite a la ejecución de la orden judicial pues señala que tendrá una duración máxima de dos semanas, después de las cuales caduca la autorización. Sin embargo, es posible que en el requerimiento fiscal se solicite otro plazo o tiempo determinado, lo cual deberá constar expresamente (artículo 215.2° del nuevo Código Procesal Penal).

b.3.1 Desarrollo de la diligencia de allanamiento

El capítulo V del título III del Código Procesal Penal de 2004 regula la diligencia de allanamiento. Esta se compone en general de los siguientes momentos:

1. Comunicación de la orden

Es una garantía de la realización de la diligencia de allanamiento que se comunique la orden judicial con la que se cuenta, ya sea al mismo imputado o a quien

9 Vid. CAPITAL HUMANO Y SOCIAL. *Manual para conocer el problema* En: <http://www.chs-peru.com/Concurso/manual1.html#seccion22>

tenga la disponibilidad actual del lugar. Si esta persona no se encuentra, se deberá dejar una copia de la orden a un vecino, a una persona que conviva con él, al portero, o a quien haga sus veces.

Esta comunicación se realiza al iniciarse la diligencia, teniendo en cuenta que la orden de allanamiento es *inaudita pars* no se comunica al afectado antes de su ejecución. Ello con el objetivo que el allanamiento sea eficiente y no se pierda el objetivo para el cual fue solicitado.

Se debe comunicar, además, la facultad que tiene el afectado de hacerse representar o asistir por una persona de su confianza.

2. Registro de personas

Durante el desarrollo de la diligencia, pueden encontrarse o llegar personas al inmueble. Ante esta situación el artículo 217.2° del nuevo Código Procesal Penal faculta que el allanamiento pueda comprender el registro personal de estas personas, si se considera que éstas pueden ocultar bienes delictivos o que se relacionen con el mismo.

Esto es así porque al otorgarse la autorización de allanamiento existe una hipótesis incriminatoria contra los residentes o los que frecuentan dicho inmueble. Es por ello que existen fundados motivos para proceder a un registro personal.

El registro personal es la búsqueda de elementos de delitos, de modo externo o superficial sobre el cuerpo de la persona investigada, de lo que porta o que se encuentra en su alcance inmediato.

No olvidar:

Las personas tienen derecho a ser registradas por alguien del mismo sexo, en un espacio íntimo y que se prohíbe las situaciones humillantes.

3. Redacción de acta

La diligencia se circunscribirá a lo autorizado. En el caso del delito de trata de personas es necesario redactar el acta tomando en consideración la siguiente información:

- Prestar especial atención a las medidas de seguridad que se han implementado en los inmuebles cuando nos encontramos ante delito de trata de personas. Ello debido a que estos tendrían por fin impedir la libre libertad ambulatoria de las víctimas: ventanas con barrotes, cerraduras, rejas, puertas de acero, número de vigilantes con especial seguridad, ubicación aislada, vigilancia electrónica, etc. Es necesario registrar (fotográficamente o por medio de vídeo) estos indicadores de capacidad ambulatoria restringida.
 - Identificar la totalidad de ocupantes del lugar
 - Distinguir preliminarmente las víctimas de los posibles perpetradores.
 - Atender a las señales que revelan cuándo una persona está siendo controlada por otra, en particular en el caso del delito de trata de personas:
 - No tiene consigo sus propios documentos de identidad o de viaje;
 - Sufre abuso verbal o psicológico destinado a intimidar, degradar y atemorizarla;
 - Tiene un tratante o proxeneta que controla todo el dinero. La víctima tendrá muy poco o ningún dinero en efectivo consigo;
 - La víctima está extremadamente nerviosa, especialmente si su "traductor" (la persona que podría ser su tratante) está presente durante una intervención".¹⁰

4. Preservar la reputación y el pudor de las personas

Durante el desarrollo de la diligencia, es necesario que el Fiscal adopte las precauciones necesarias para preservar la reputación y el pudor de las personas

10 CAPITAL HUMANO Y SOCIAL, La trata de personas en el Perú, manual para conocer el problema. En: <http://www.chs-peru.com/Concurso/Documentos/MANUAL%20PRENSA.pdf>

que se encuentren en el local allanado. Más aún, en el caso de delitos de trata de personas de índole sexual, es menester que en la diligencia se guarde especial cuidado a efectos de proteger la dignidad de las personas.

5. Facultad Coercitiva del Fiscal en la Diligencia

Se establece en el artículo 217.2° del Código Procesal Penal de 2004, que el Fiscal que participa en la diligencia puede disponer que determinada persona no se aleje del lugar antes de que la diligencia haya concluido.

Los motivos de esta decisión deben ser consignados en el acta. El trasgresor será retenido y conducido nuevamente y en forma coactiva al lugar. Luego, si corresponde se solicitara la prisión preventiva de los posibles responsables.

5.2.2 Incautación

Esta figura fue introducida en el artículo 59° del Código de Procedimientos Penales. Según esta disposición la policía debe entregar los elementos de prueba o efectos que haya incautado¹¹.

La incautación de bienes puede responder a fines cautelares o instrumentales, es decir servir para fines asegurativos del decomiso, o como elementos de prueba. La incautación de bienes sustraídos de la esfera de su poseedor se denomina secuestro¹².

El nuevo Código Procesal Penal regula la incautación, señalando en su artículo 220.2° que:

Los bienes objeto de incautación deben ser registrados con exactitud y debidamente individualizados, estableciéndose los mecanismos de seguridad para evitar confusiones o altera-

ción de su estado original; igualmente se debe identificar al funcionario o persona que asume la responsabilidad o custodia del material incautado. De la ejecución de la medida se debe levantar un acta, que será firmada por los participantes en el acto.

Sin embargo en una escena del crimen, se procederá a recoger múltiples evidencias del delito. Estas pueden ser vestigios biológicos, tales como pelos, uñas; así como vestigios materiales como son restos de comida, basura u otros objetos. Este levantamiento no significa necesariamente un secuestro de bienes, porque no podemos considerar que todos los actos de aprehensión o recolección de vestigios o evidencias en la escena del delito constituyan supuestos de secuestro. El secuestro es una medida que afecta derechos de los investigados o de terceros con fines de investigación".¹³

El nuevo Código Procesal Penal en su artículo 316° establece que el Fiscal, al ingresar al inmueble, puede disponer la incautación de **instrumentos, efectos o ganancias del delito**.¹⁴

¿Qué bienes muebles pueden ser comúnmente incautados en el caso de delito de trata de personas?

- Grilletes
- Armas de fuego
- Dinero en efectivo a disposición del administrador o dueño del local que se considere proveniente del servicio prestado por personas en situación de explotación u ocupación (en caso de bienes inmuebles) de diversos bienes

Esto implica la aprehensión y custodia de los bienes.

11 Posteriormente se introdujeron modificaciones al Código de Procedimientos Penales de 1940 a través del Decreto Legislativo 982 publicado el 22 julio de 2007 en relación a la función del juez instructor.

12 De acuerdo con el profesor San Martín, la incautación y el secuestro son términos sinónimos pero distingue entre el secuestro cautelar y el secuestro instrumental. SAN MARTIN CASTRO, Cesar. Op. Cit., p. 595

13 GALVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino y GUERRERO LOPEZ, Susana Ivonne. *Consecuencias accesorias del delito y Medidas cautelares reales en el proceso penal, Jurista editores, 2009.y otras medidas de coerción reales* p. 314

14 El Código Penal del 1991 establece el decomiso o pérdida de efectos provenientes del delito (Art. 102 CP),

Asimismo también procede la incautación de **bienes inmuebles**, como es el caso del local donde las presuntas víctimas eran sometidas a explotación sexual o laboral. En este caso el Fiscal puede disponer su ocupación o su anotación en el registro respectivo. Sin embargo, esta medida sólo se justificaría si el propósito de la ocupación o notación es esencialmente una medida de decomiso, es decir, es un instrumento del cual se tiene el riesgo de volver a ser usada para la misma actividad peligrosa o es un efecto o ganancias del negocio de explotación de las víctimas.

En los distritos judiciales donde no se encuentra en vigencia el nuevo Código Penal, además de las modificaciones introducidas al Código de Procedimientos Penales, se debe aplicar el Decreto Legislativo 988, que regula el procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares en relación al secuestro y/o incautación de los objetos de la infracción penal. Es importante resaltar que éstas medidas se limitan, en los distritos en los que no se encuentra en vigencia el Código Procesal Penal de 2004, únicamente a los casos de trata en contextos de criminalidad organizada.

5.2.3 Aseguramiento e incautación de documentos privados

Durante las diligencias de investigación como el registro personal, allanamiento o inspección nos podemos encontrar con documentos privados protegidos por el derecho al secreto de las comunicaciones. Respecto de estos documentos no es posible revisar su contenido y menos incautarlos si es que no existe una orden judicial.

Por ejemplo:

Para el caso del delito de trata de personas, son de interés los libros contables, de registros de entrada, salida de personas, horarios, permisos, deudas de personas, etc.¹⁵

El derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados se encuentra previsto en nuestra Constitución Política del Perú en el artículo 2.10 que señala:

"las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen".

El nuevo Código Procesal Penal establece, en su artículo 232°, que en estos casos el Fiscal o la Policía se limitarán a asegurar dichos documentos **sin examinar su contenido**, a efectos de solicitar la autorización judicial correspondiente.

En el caso de encontrarnos con documentos contables y administrativos que no se encuentran protegidos por el secreto de las comunicaciones, el Fiscal y la Policía Nacional sí pueden revisar su contenido y una vez determinado su utilidad para la investigación, procederán a asegurarlo a efectos de solicitar la autorización judicial de incautación.

5.2.4 Exhibición forzosa de documentos

El nuevo Código Procesal Penal establece la exhibición forzosa o incautación de las actuaciones y documentos que no tienen la calidad de privados, es decir aquellos que no se encuentren protegidos por el secreto de las comunicaciones.

15 A pesar que el Nuevo Código Procesal Penal del 2004 parece señalar que el secuestro solo es posible cuando hay autorización judicial, GALVEZ VILLEGAS Y GUERRO LOPEZ, Op. Cit, p. 328 y 329 señalan que una interpretación teleológica permite entender que en casos de urgencia el Fiscal si puede proceder al secuestro y revisión de dichos documentos.

En caso de que los documentos, libros u otros bienes a incautar no puedan ser trasladados o no puedan practicarse en ese momento las pericias que se requieran, el Fiscal puede disponer el aseguramiento de tales libros, documentos u otros bienes. Si de la revisión se considera que dicha documentación debe ser incautada, total o parcialmente, y no se cuenta con orden judicial, se limitará a asegurarla, (artículo 234.1° del nuevo Código Procesal Penal).

5.2.5 Clausura y vigilancia de locales

En el caso de bienes inmuebles que han sido usados para la comisión del delito de trata de personas, cuando se requiere recabar mayores elementos probatorios, se puede disponer la clausura o la vigilancia temporal de un local por el plazo de quince días. Esta posibilidad se encuentra prevista en el artículo 237° del nuevo Código Procesal Penal. Esta medida tiene por fin evitar la manipulación o el riesgo de perder evidencias del delito en el interior del local.

5.3 TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, en su Artículo 20, obliga a los Estados Partes:

A generar repuestas efectivas a fin de combatir la delincuencia organizada, señalando el uso de técnicas especiales de investigación como **la entrega vigilada, la vigilancia electrónica y las operaciones encubiertas**.

Dada la operatividad criminal del delito de trata de personas, resulta conveniente referirnos brevemente a las dos últimas técnicas. Esto no quiere decir que deban ser dejadas de lado otras técnicas, como los actos de investigación de agente encubierto, que responde a un plan organizado de infiltración policial a efectos de conocer una organización, o las técnicas de colaboración eficaz que permiten obtener información de parte de los investigados a cambio de beneficios.

5.3.1 La vigilancia electrónica

Dentro de este concepto se engloban todas las técnicas que utilizan herramientas tecnológicas y que nos permiten acceder a espacios privados de los ciudadanos, sin conocimiento de los mismos y bajo la justificación de la investigación de un grave delito o de organizaciones delictivas, como sería el caso del delito de trata de personas.

Estas técnicas especiales de vigilancia electrónica sólo deben ser utilizadas cuando resulten indispensables para cumplir los fines de esclarecimiento, o cuando la investigación resultaría menos provechosa o se vería seriamente dificultada por otros medios.

Estas nuevas técnicas han sido recogidas en el nuevo Código Procesal Penal bajo los nombres de:

- **Videovigilancia:** comprende el registro de tomas fotográficas o imágenes y cualquier medio técnico especial con fines de observación o para la investigación del lugar de residencia del investigado. Teniendo en cuenta la constante relación del tratante con sus víctimas, la videovigilancia se presenta como una técnica pertinente a fin de establecer y probar la relación de sometimiento en la que se encuentra la víctima. Nuestro nuevo Código Procesal Penal señala en el artículo 207.3° que se requerirá autorización judicial cuando la videovigilancia se realice en el interior de inmuebles o lugares cerrados. Según una lectura literal de esta norma, no se requerirá autorización judicial a efectos de proceder al registro de imágenes o videos sólo si nos encontramos ante lugares abiertos. Además, el nuevo Código Procesal Penal no hace diferencias entre espacios públicos y privados, por lo que consideramos que la regulación del término "lugar cerrado", debe ser interpretada según el concepto de domicilio, es decir de un espacio limitado de intimidad. No consideramos aplicable este concepto a lugares cerrados pero que constituyen espacios públicos, como es el caso de una discoteca, restaurantes, oficinas públicas, etc. De esta manera, de encontrarnos ante espacios públicos pero cerrados, tampoco debería ser necesaria la autorización judicial. Sin embargo, hay que observar el desarrollo de la jurisprudencia en esta materia a efectos de determi-

nar si es que primará o no la literalidad de la redacción del artículo 207.3¹⁶.

Por otro lado, en razón a que no necesariamente tenemos identificados a todos los sospechosos que participan en un delito, la regulación de la videovigilancia no puede circunscribirse al concepto de "investigado". Por eso, el artículo 207° del nuevo Código Procesal Penal señala que la videovigilancia se podrá dirigir contra otras personas, cuando resulta indispensable y bajo las condiciones establecidas en la norma.

- **Control de comunicaciones y documentos privados:** comprende la interceptación e incautación postal y la intervención y control de las comunicaciones.

El reconocimiento de un derecho fundamental al secreto de las comunicaciones exige que cualquier injerencia sea excepcional y rodeada de límites, requisitos y garantías. Por eso, el control de las comunicaciones si bien es una técnica útil para la investigación del delito de trata de personas, dado que permite intervenir las comunicaciones de los investigados (ya sean telefónicas, radiales, postales u otras, es decir por todos los medios de comunicación conocidos así como los que han ido apareciendo o puedan aparecer en el futuro), debe realizarse con estricta autorización judicial.

En doctrina se diferencia la **intervención** de la **observación**, al constituir formas de injerencia de diferente intensidad. Así:

- **Intervención** significa "apoderarse" del contenido de las conversaciones telefónicas, poder llegar a conocerlas. Es conocida en nuestro medio como "registro de llamadas" y en doctrina como *comptage*.
- **Observación** es tomar conocimiento del destino de la comunicación, la identidad subjetiva del receptor de la comunicación, o del titular de la comunicación, pero no el conocimiento del contenido.

En nuestro país la Ley N° 27697 reguló la facultad al Fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en casos excepcionales. Asimismo esta técnica está recogida en los artículos 226° a 234° del nuevo Código Procesal Penal.

Garantías mínimas para la interceptación y control de comunicaciones y documentos privados

- **Personas objeto de la medida:** Se encuentra proscrita la vigilancia general o exploratoria, por lo que se requiere que se dirija la medida contra investigados o personas contra las que cabe estimar, en mérito a datos objetivos determinados, que reciben o tramitan por cuenta del investigado determinadas comunicaciones, o que el investigado utiliza su comunicación. (Art. 230.2° del CPP de 2004)
- **Suficientes elementos de convicción y gravedad del hecho:** Se requiere que exista evidencia de que la comisión de un hecho delictuoso y que esté sancionado con pena superior a los cuatro años de privación de libertad
- **Necesidad:** Se requiere que se fundamente que la intervención sea absolutamente necesaria para proseguir las investigaciones.
- **Duración de la medida:** La interceptación no puede durar más de treinta días, excepcionalmente podrá prorrogarse por plazos sucesivos (artículo 203.6° del CPP de 2004). A diferencia de otras regulaciones que establece la razonabilidad del plazo, en nuestro país se ha optado por un límite expreso.
- **Control de la medida:** La medida tiene varios controles, un primer control la realiza el Juez al momento de evaluar la solicitud del fiscal, que es inaudita parte, es decir sin conocimiento del afectado, existe luego el control

16 Es el caso de la sentencia del 21/12/2011 dictada por el Tercer Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima, en la que el juez no valoró el contenido de los videos y audios correspondientes a las videovigilancias, al no contar con autorización judicial y al haberse realizado en el salón de reuniones del Ministerio de la Producción (interior de inmueble o lugar cerrado) Sentencia Expediente N° 005-2011-32-1826-JR-PE-03

del Fiscal en el desarrollo de la medida y un último control posterior del afectado, cuando luego de ejecutada la medida puede instar el reexamen judicial, dentro del plazo de tres días de notificado. La notificación al afectado sólo será realizada si es que no se pone en peligro de vida o integridad de terceros, esta situación debe ser evaluada en caso de víctimas y testigos de trata de personas.

5.4 OTROS MEDIOS DE PRUEBA

5.4.1 La declaración de la víctima

La declaración de la víctima de trata de personas es un testimonio de importancia a efectos de conocer la operatividad de los tratantes y la relación de sometimiento que se impuso. Sin embargo, es uno de los medios de prueba más difíciles de obtener, en particular en el caso del delito de trata de personas, pues la persona ha sido sometida a un control permanente. Como se sabe, las víctimas de trata de personas son mantenidas en la esclavitud a través de una combinación de miedo, intimidación, abuso y controles psicológicos, y viven una vida marcada por el abuso, la vulneración de sus derechos humanos básicos y el control que sufren por parte de su tratante. Es por ello que no proporcionarán fácilmente información, de manera voluntaria, acerca de su estado, debido al temor y al abuso que han sufrido a manos de sus tratantes. También podrían estar renuentes a revelar alguna información debido a su desesperación, desaliento y porque tienen el sentimiento de que no hay opciones viables para escapar a su situación. Incluso si son presionadas, podrían no identificarse como personas sometidas a esclavitud.¹⁷

Por ello es necesario que los investigadores se muestren sensibles respecto de su estado y condición emocional, a efectos de lograr el establecimiento de una relación de confianza en el sistema de administración de justicia que permita contar con su testimonio en juicio.

MENORES DE EDAD

En caso de menores de edad, sería de gran importancia y utilidad que la entrevista la realice además un profesional en psicología infantil ante la observación del fiscal penal. En el caso de menores de edad, si es que la entrevista la realiza el Fiscal, es necesario que cuente con formación suficiente para entrevistar a menores, pues de lo contrario no se puede cumplir con el objetivo. Esto es importante, para obtener lo que se requiere sin que la víctima se vea obligada a repetir una y otra vez su historia.

Debemos tener en cuenta que cada repetición del hecho victimiza nuevamente, por lo que en la medida de lo posible puede ser útil filmar la entrevista única, para ser presentada en juicio oral.¹⁸ De esta manera, la llamada declaración preventiva es única ya sea en etapa preliminar o en la instrucción penal, por lo que el fiscal dispondrá, de acuerdo con la Guía de Procedimiento para la Entrevista Única de Niños, Niñas y Adolescentes víctimas de abuso sexual, explotación sexual y trata con fines de explotación sexual¹⁹, la fecha de la entrevista única con el objeto de evitar su revictimización.

El artículo 144° del Código del Niño y Adolescente establece en caso de violencia sexual la presencia obligatoria de un Fiscal de Familia, quien además debe velar por el bienestar del menor, sin que ello

17 *¿Cómo Reconocer a las Víctimas de la Trata de Personas?* Oficina para la Vigilancia y la Lucha contra la Trata de Personas, Oficina de la Subsecretaría de Estado para Asuntos Mundiales Departamento de Estado de los Estados Unidos de América, Washington DC, 28 de julio de 2004.

18 En Lima, existe instalada una "Cámara de Gessel", que permite presenciar, sin ser visto, la entrevista que realiza el profesional.

19 Aprobado mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación No. 589-2009-MP-FN, de fecha 28 de abril de 2009.

signifique que el Fiscal penal que no participa en dicha diligencia, se desvincule de los incidentes de la actuación.

En los distritos judiciales donde se encuentra en vigencia el Código de Procedimientos Penales de 1940, el artículo 140° (modificado por Ley N° 27055), señala que en los casos de violencia sexual en agravio de niños o adolescentes, la declaración de la víctima será la que rinda ante el Fiscal de Familia, con arreglo a lo dispuesto en el Código de los Niños y Adolescentes, salvo mandato contrario del Juez.

En los distritos judiciales donde se encuentra en vigencia el nuevo Código Procesal Penal no existe óbice para que se practique una declaración única de la víctima de trata de personas con fines de explotación sexual, sin embargo dada las exigencias del nuevo modelo, esta entrevista debe hacerse en forma de prueba anticipada, como veremos más adelante. En este contexto, la declaración de la víctima menor de edad debería ser practicada una vez recabados otros elementos de prueba que permitan formalizar investigación preparatoria y solicitar la actuación de prueba anticipada a efectos de evitar los efectos de una victimización secundaria.

El interrogatorio que se debe practicar a todas las víctimas de trata de personas debe versar sobre todas las etapas del ciclo de este delito, teniendo presente los momentos de reclutamiento o captación. Las preguntas deben buscar averiguar sobre la manera cómo la víctima fue contactada, la existencia de amigos, familiares o terceras personas involucradas en dicho contacto, así como la existencia de avisos de trabajo o prestación de servicio, tipo de trabajo o acuerdo propuesto, rentabilidad del empleo ofertado, etc.

En relación al traslado o transporte, se debe indagar el medio y modo de traslado de un lugar a otro (transporte público o privado, de forma individual o grupal), nombre de las personas y/o lugares donde fue recibida o alojada, características de los sitios donde fue obligada a permanecer, visitas recibidas, vías por donde transitó (ríos, arroyos, puentes, carreteras in-

formales, etc.), tiempo transcurrido en el traslado entre otros.

En relación a la recepción de la víctima las preguntas deben orientarse a las condiciones de permanencia y habitación, la posibilidad de mantener contacto con otras personas, la posibilidad o no de circular libremente por el local, el modo de alimentación, higiene, atención médica, condiciones laborales, posibilidad de mantener contacto con el exterior, disponibilidad sobre sus documentos de identidad, nacionalidad o procedencia, números telefónicos desde los cuales se realizaban comunicaciones, identificación de otras posibles víctimas, existencia de habilitación municipal para el funcionamiento del local, horarios de atención a los clientes de ser el caso, nombre de los administradores o dueños del local, etc.

La Oficina de Atención de Víctimas del Ministerio Público debe, en los casos de delitos de violación sexual, proveer a la víctima del apoyo de su personal o de asistentes que la acompañen durante estas instancias, pues el éxito de nuestra investigación en este tipo de casos, dependen en gran medida de la colaboración de la víctima.

5.4.2 Reconocimiento

La diligencia de reconocimiento del imputado constituye una diligencia importante para la investigación del delito de trata de personas. Ello debido a que en su comisión existe división de funciones, por lo que resulta importante determinar el rol que ha desempeñado cada imputado, pues el *captador* o reclutador es una persona diferente del retenedor y explotador. Los primeros participan sólo en el primer ciclo de la trata y probablemente ya no tengan contacto posterior con las víctimas.

Lamentablemente en la actualidad la diligencia de reconocimiento no se desarrolla debidamente en razón de que no se realiza oportunamente o no se garantiza la protección a la víctima. Hoy existe una práctica policial inadecuada de colocar a las víctimas e imputados en un mismo ambiente para llevar a cabo las diligencias individuales. Esta práctica afecta no sólo la protección de la víctima, sino incluso el éxito de la posterior diligencia de reconocimiento.

Es importante recordar que la rueda de reconocimiento debe tener la característica de inmediatez, y practicarse en la primera oportunidad que se presente, asimismo se debe evitar que la víctima se encuentre en contacto anterior y directo con el imputado quien se le va ser presentado. Por ello, tanto la policía como el Fiscal que dirige las investigaciones deben tomar todas las previsiones a efectos de que la diligencia de reconocimiento en el delito de trata de personas se lleve cabo debidamente a efectos de evitar cuestionamientos posteriores y validar debidamente la diligencia.

En el caso de la diligencia de reconocimiento, el nuevo Código Procesal Penal, atendiendo a la tranquilidad y seguridad de la víctima o, en su caso, del testigo, regula la necesidad de que quien reconozca lo haga desde un "un punto donde no pueda ser visto" (artículo 189°).

Recordemos que en los caso de las víctimas de trata de personas resulta de suma importancia otorgar esta seguridad, pues debido al temor a las represalias contra ellas mismas o contra miembros de su familia, podrían estar renuentes a participar.

5.4.3 Prueba Anticipada

La regla general respecto de la producción de prueba es que debe practicarse en el escenario del juicio oral. Sin embargo, de modo excepcional se establece la procedencia de la llamada prueba anticipada en determinados supuestos a efectos de asegurar los medios de prueba.

La prueba anticipada, conocida también como incidente probatorio, requiere contradicción y defensa. Ésta se realiza después de la formalización de la investigación preparatoria y antes del inicio del juicio oral; y tiene por finalidad evitar que se pierdan definitivamente datos probatorios. Requiere dos supuestos, la imposibilidad de practicar la prueba en juicio oral y previsibilidad de dicha imposibilidad.

La prueba anticipada requiere la existencia de una investigación preparatoria formalizada y se realiza a solicitud del Ministerio Público o de cualquiera de los sujetos procesales, quienes deben fundamentar la urgencia de actuación, la importancia del medio

de prueba y justificar la imposibilidad de su actuación posterior. Una vez presentada la solicitud ante el Juez de investigación preparatoria se requiere el traslado a los sujetos procesales y la realización de una audiencia pública en la que se practica la prueba con las formalidades establecidas para el juicio.

El Artículo 242° del nuevo Código Procesal Penal establece los supuestos de prueba anticipada en casos de:

- **Imposibilidad absoluta** cuando la actuación del medio probatorio es por su propia naturaleza irreproducible en juicio oral, tales como reconocimientos, inspecciones o reconstrucciones, que por su naturaleza y características deben ser considerados actos definitivos e irreproducibles, y no sea posible postergar su realización hasta la realización del juicio.
- **Imposibilidad relativa** cuando se presenta un impedimento para la actuación del medio de prueba. Por ejemplo, el testigo se enfermó, viajará al exterior o el declarante ha sido expuesto a violencia, amenaza, ofertas o promesa de dinero u otra utilidad para que no declaren o lo hagan falsamente.

En el caso de delito de trata de personas, la prueba anticipada se presenta como una herramienta útil con fines de aseguramiento a efectos de contrarrestar el impedimento practicar el testimonio en juicio oral, especialmente las víctimas de este tipo de delito son testigos vulnerables, más aún cuando nos encontramos frente a víctimas menores de edad.

5.5 ASISTENCIA DE VÍCTIMAS Y TESTIGOS

En el Perú ha imperado una concepción de los agentes estatales (policía, fiscalía, jueces) que reducía a la víctima a una fuente de información. Por ello, muchas veces no se observa preocupación institucional por la víctima, sino que sólo se vela porque cumpla con su declaración y esté presente en las diligencias que sean necesarias para lograr la verdad del proceso. Por la forma en que se realizaban algunas diligencias tanto a nivel policial, fiscal o judicial, la víctima no quería intervenir, precisamente, por sentirse muchas veces amenazada.

No obstante, los Fiscales reconocen la importancia de contar con la participación de la víctima cuando se ejerce la acción penal. Por ello, reconocer a la víctima como sujeto de derechos y no solamente como una fuente de información, plantea una nueva relación entre Fiscal y víctima. Se debe entonces comprender que la víctima es un actor relevante del sistema, por lo que es necesario que el Ministerio Público garantice su efectiva participación en el proceso, ya sea a través de los mecanismos de protección a las víctimas o de asistencia, según sea el caso y como veremos más adelante, con el objeto de salvaguardar sus derechos.

Ahora bien, revalorizar la idea de que víctima es en principio una persona real, un sujeto de derechos y con interés, que tiene derecho a la tranquilidad, a su vida privada y a su intimidad, lleva a concluir que la actividad de investigación presenta nuevos límites.²⁰ Así, la idea de que no podemos alcanzar la verdad a cualquier precio, no se encuentra solamente dirigida a cautelar los derechos de las personas imputadas, sino también de las víctimas.

5.5.1 La víctima como sujeto de derechos

La definición de víctima comprende a la persona, grupo o comunidad afectada por un delito. En el nuevo Código Procesal Penal, los artículos 94° a 110° engloban bajo el término "víctima" al agraviado, actor civil y por último al querellante.

El concepto base viene a ser el de agraviado y se señala textualmente en el artículo 94° que se considera como tal a "todo aquel que resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por las

consecuencias del mismo". Además, el artículo 94° ha recogido la protección de los intereses colectivos o difusos y el reconocimiento de las instituciones que velan por estos intereses como agraviados, por lo que tienen la opción a solicitar la reparación civil.

Por otro lado, el nuevo Código Procesal Penal ha optado por el término de actor civil, en lugar de parte civil, pues el concepto de actor se encuentra ligado en su definición, al carácter dinámico de la participación del agraviado en el proceso y en su pretensión reparatoria.²¹

Asimismo, el nuevo Código Procesal Penal en el artículo 155.5° señala expresamente que la actuación probatoria se realizará, en todo caso, teniendo en cuenta el estado físico y emocional de la víctima. Sin embargo, aún cuando no se encuentren expresamente reguladas algunas situaciones que afecten los derechos de las víctimas, los Fiscales deben preocuparse por la cautela de sus derechos a lo largo de toda la actividad investigatoria.

Finalmente, cabe señalar que incluso la Ley N° 27115, vigente antes del nuevo Código Procesal Penal establecía en caso de víctimas de delitos contra la libertad sexual, que los representantes del Ministerio Público y magistrados del Poder Judicial adoptarían las medidas necesarias para que la actuación de pruebas se practique, teniendo en cuenta el estado físico y emocional de la víctima. Esta es una norma de conducta que consideramos debería ser aplicada extensivamente a todos los delitos conexos, como sería el delito de trata de personas, incluso en los lugares donde no se encuentre vigente el Código Procesal Penal.

20 La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual es válido para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial respecto de las demás personas. (Caso Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú, fundamento 68). El texto completo de esta sentencia puede encontrarse en el siguiente link: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf. El fundamento 68 citado se encuentra en la página 40.

21 En el Art. 11.1° del Código Procesal Penal del 2004, se señala que el ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde al Ministerio Público y, especialmente, al perjudicado por el delito. Si el perjudicado se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso. En nuestro ordenamiento (Art. 104° del Código Procesal Penal del 2004), la participación de la víctima no sólo es de pretensión reparatoria, sino que se regula su participación como un colaborador de la pretensión penal, al participar en los actos de investigación y de prueba, intervenir en el procedimiento de medidas limitativas de derechos, etc.

5.5.2 Derechos de las víctimas

La víctima tendrá básicamente los siguientes derechos:

a) Derecho a ser informado

En el proceso penal, este derecho comprende recibir la información sobre los resultados de la actuación en que haya intervenido así como el resultado del procedimiento en el cual no haya intervenido, siempre que lo solicite (artículo 95.1.A° del nuevo Código Procesal Penal). Dado que se reconoce que puede existir desinterés de la víctima en recibir información (dimensión negativa del derecho de información) la información se brindará a pedido expreso.

El derecho a la información comprende además que la víctima tenga conocimiento de sus derechos, por lo que el nuevo Código Procesal Penal establece en el artículo 95.2° que ésta será informada cuando interponga la denuncia, al declarar preventivamente o en su primera intervención en la causa.

b) Derecho a recibir trato digno.

El derecho de atención a la víctima a recibir un trato digno involucra la atención que se le brinde, y que las actividades propias del procedimiento penal no le causen mayores perjuicios.

Asimismo, dentro de este concepto se encuentra la tutela de la víctima menor o incapaz, por lo que el nuevo Código Procesal Penal en su artículo 95.3°, reconoce expresamente el derecho de éstos a ser acompañado por una persona de su confianza. Es importante resaltar que la norma señala "persona de su confianza", sin que necesariamente se trate de sus padres. Ello es especialmente útil en el caso de delitos de trata de personas, donde los padres pudieran estar involucrados.

El Fiscal y los investigadores a cargo deben tener conocimiento de los hechos y de la evidencia reunida, a efectos de que "persona de su confianza" que se presente como tal no sea precisamente un miembro del grupo de los tratantes y que intente influir o socavar a voluntad de la víctima.

El artículo X.3 del nuevo Código Procesal Penal también recoge el deber de la autoridad pública de velar por la protección de la víctima y de brindarle un tra-

to acorde con su condición. La asistencia se encuentra también comprendida dentro de la exigencia de trato digno y será desarrollada en la segunda lección.

c) Derecho de protección

El nuevo Código Procesal Penal reconoce el derecho de las víctimas a la protección de su integridad, incluyendo la de su familia. Este tema será desarrollado en la tercera lección.

d) Derecho de participación

El derecho de participación de la víctima se encuentra previsto en el artículo IX.3 del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal y se establece dos niveles de participación procesal: como agraviado o como actor civil.

- Respecto al nivel de agraviado, se le reconoce el derecho de impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria. (artículo 95.1.D°)
- Si se constituye en actor civil, además puede deducir nulidad de actuados, ofrecer medios de investigación y de prueba, participar en los actos de investigación y de prueba, intervenir en el juicio oral, interponer los recursos impugnatorios que la Ley prevé, e intervenir -cuando corresponda- en el procedimiento para la imposición de medidas limitativas de derechos (artículo 104°).

De acuerdo con el artículo 101° del nuevo Código Procesal penal, la constitución en actor civil deberá efectuarse antes de la culminación de la Investigación Preparatoria. Se encuentra impedido de pretender la reparación civil en la vía extrapenal, pero puede desistirse de la calidad de actor civil antes de la acusación fiscal, en este caso no estará impedido de ejercer la acción indemnizatoria en la otra vía (artículo 106° del nuevo Código Procesal Penal). El artículo 96° del nuevo Código Procesal Penal precisa, además, que la intervención del agraviado como actor civil no lo exime del deber de declarar como testigo en las actuaciones de la investigación y del juicio oral.

5.5.3 La información a las víctimas

De nada sirve que se enumere una lista de derechos con los que cuenta la víctima si es que no le informamos que cuenta con ellos.

Sin perjuicio del derecho a la información a la que hacíamos referencia en la lección anterior, y a fin de hacerlo efectivo, es de gran utilidad destinar en el despacho fiscal, un espacio de atención a la víctima, con personal dispuesto a realizar una buena atención, de escuchar y orientar, evitando en caso de diligencias, las esperas, las suspensiones, siendo flexibles en torno a sus horarios, pues debemos tener en cuenta que se presta un servicio y se necesita su colaboración.

Es necesario también reducir las dificultades de comunicación que afecten la comprensión del proceso por parte de la víctima y "desinformalizar" la comunicación fiscal. Esta actitud no debe variar una vez iniciado un proceso penal, pues ello conlleva a garantizar una real participación de la víctima.

Este derecho involucra además que los encargados de esta atención, informen a la víctima sobre la manera en que se puede acceder de manera gratuita a asistencia sanitaria, psicológica o jurídica, debiendo orientarla sobre las organizaciones, públicas o privadas que puedan brindarle algún servicio gratuito, el modo en que puede pedir protección, lugares de refugio etc,

En el marco de una investigación por delito de trata de personas, quizás nos enfrentemos a una víctima que no quiere continuar el caso, a pesar de que el Fiscal considere que debe continuar. No obstante, dada la gravedad del hecho y el interés social que conlleva, la persecución penal pública se vuelve más importante que el interés privado de la víctima en no continuar el proceso.

A fin de no victimizar nuevamente a la víctima se deben utilizar mecanismos efectivos de comunicación. Es necesario entender que una simple notificación cursada no es suficiente si se quiere contar con la participación de la víctima en el proceso. De nada sirve que se cursen notificaciones con apercibimiento de conducción de grado o fuerza, si es que no se lo-

gra que la víctima entienda que es un actor importante del proceso. Debemos acercarnos a la víctima como un testigo de cargo importante, que le genere confianza en la justicia y que la experiencia de un proceso penal, a la larga, sea menos insatisfactoria que antes.

5.5.4 La asistencia a las víctimas

No todas las víctimas son iguales. Cada una ha pasado por una situación diferente, teniendo en cuenta el tipo de trata de personas del cual han sido víctimas. Algunos hechos han sido más traumáticos que otros.

Actualmente, se reconoce que la asistencia a la víctima va más allá de la información, pues involucra diversas facetas, ya sea de tipo sanitario, psicológico, psiquiátrico, jurídico y social. Por ello, actualmente el modelo de despacho fiscal orientado a la personalización del conflicto, exige una unidad u oficina de atención de víctimas, brindándoles la orientación y la ayuda que requieren, conociendo su realidad y sus problemas para enfrentar un proceso penal.

Actualmente las Oficinas de Apoyo a Víctimas y Testigos tienden a ser integradas por equipos multidisciplinarios, ya sea de abogados, psicólogos y asistentes sociales. Esta necesidad multidisciplinaria ha sido recogida en el Reglamento de Programa de Asistencia a Víctimas y Testigos del Ministerio Público²², que señala que el programa "tiene por finalidad establecer y ejecutar las medidas asistenciales consistentes en servicios médicos, psicológicos, sociales y legales que brinda el Ministerio Público a las víctimas y testigos relacionados con todo tipo de investigaciones y procesos penales, previniendo que sus testimonios no sufran interferencias por factores de riesgo ajenos a su voluntad", previéndose además la implementación de Oficinas de Apoyo a Víctimas y Testigos en cada distrito judicial.

22 El primer reglamento del Programa de Víctimas y Testigos fue aprobado mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 053-2008-MP-FN, de fecha 15 de enero de 2008 y posteriormente, mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1558-2008-MP-FN, de fecha 12 de noviembre del 2008 se aprobó un nuevo reglamento.

A) ASISTENCIA A LAS VÍCTIMAS DE ÍNDOLE SEXUAL

Uno de los aspectos más delicado de la atención de las víctimas por parte de la Fiscalía es cuando se enfrenta a un delito de índole sexual. Ello en razón de que no sólo estamos ante una agresión ocurrida en el momento de la comisión del delito, sino que cada paso que exige el sistema de administración de justicia se puede convertir en una agresión.

En el caso de delito de trata de personas de naturaleza sexual, este punto resulta de importancia cuando la víctima viene siendo explotada sexualmente efectivamente y no sólo ha sido captada, pues las prácticas policiales, de los médicos legales y la Fiscalía resultan desalentadoras para cualquier víctima de violación sexual.

Es bien sabido que generalmente el primer contacto de la víctima es con la policía. Si la víctima es mujer, como sucede en la mayoría de los casos de trata de personas de índole sexual, probablemente tendrá mayor pudor en realizar la denuncia o en narrar los detalles del hecho, ante un personal masculino, por lo que es recomendable la presencia de un personal femenino. Más aun, puede existir prejuicio del personal policial cuando la víctima conoce al agresor, si se encuentra en estado de ebriedad o cuando fue captada en una fiesta o discoteca por ejemplo, por lo que es necesario orientar al personal policial para que este tipo de denuncia sea inmediatamente atendida. Ello, sin perjuicio de una evaluación objetiva de las reales probabilidades de la denuncia

La visita al médico legista es muy importante para la recolección de evidencias, por lo que es necesario que la víctima entienda ello y que el personal de medicina legal se encuentre convenientemente orientado por los fiscales sobre su debida atención en conjunto con el recojo de muestras.

Por último, la declaración que es la entrevista que hace el Fiscal a la víctima, a fin de obtener antecedentes de la comisión del delito que hemos desarrollado al referirnos a la declaración de la víctima.

B) ASISTENCIA A LAS VÍCTIMAS DE TRATA DE PERSONAS

Las características especiales de las víctimas de delito de trata de personas no son bien conocidas por los actores del sistema de administración de justicia, por lo que resulta de utilidad tener en cuenta algunos aspectos que no sólo permitan reconocerlas como tales sino que permitan el trato y asistencia adecuados.

La Oficina para la Vigilancia y la Lucha contra la Trata de Personas del **Departamento de Estado de los Estados Unidos de América** ha desarrollado los siguientes indicadores que permiten reconocer a una víctima de este delito:

- a. Problemas de salud como desnutrición, deshidratación o pobre higiene personal; enfermedades de transmisión sexual; señales de violación o abuso sexual; moretones, huesos rotos u otras señales de problemas médicos no tratados; enfermedades críticas incluyendo diabetes, cáncer o enfermedades cardíacas; y estrés postraumático o desórdenes psicológico
- b. La persona no tiene consigo sus propios documentos de identidad o de viaje; sufre abuso verbal o psicológico destinado a intimidar, degradar y atemorizar a la persona; al tener un tratante o proxeneta que controla todo el dinero, la víctima tendrá muy poco o ningún dinero en efectivo consigo; y está extremadamente nerviosa, especialmente si su "traductor" (la persona que podría ser su tratante) está presente durante una intervención.

A esto se podría añadir:

- Problemas para contactarse con sus allegados, se encuentra en una jurisdicción diferente a donde habitaba, la forma en que llegó a dicho lugar, el hecho que viva en su lugar de trabajo, etc.

Es por estas circunstancias que para fines de una real atención de la víctima de trata de personas, debe existir asistencia social, psicológica y legal que le permita fomentar la autodeterminación mediante la

toma de decisiones personales para que la víctima recupere el control sobre su vida²³, para tal efecto debe darse las instrucciones necesarias a la Unidad de Asistencia a Víctimas y Testigos.

Dada la relevancia práctica del Protocolo de Actuación Relacionado con el Delito de Trata del Ministerio Público de México (CITAR) con relación a las medidas de asistencia a víctimas y testigos, nos permitimos recomendar se considere lo siguiente:

- La obtención de un diagnóstico inmediato del estado de salud físico y psíquico de la víctima, teniendo especialmente en cuenta la posible existencia de enfermedades venéreas, HIV, desnutrición u otras patologías adquiridas.
- La realización de pericias médica y psicológica que debe tender a evidenciar, además de posibles daños físicos, la existencia o no de desórdenes y stress postraumático.
- En el caso de víctimas menores de edad, tratar de localizar a la familia de origen si se trata de víctimas de otras localidades. Para tal efecto de debe descartar si es que existe alguna denuncia por desaparición por lo que se sugiere coordinar con la División de Personas Desaparecidas de la Policía Nacional y si de trata de víctimas extrajeras con el consulado del país.
- En los casos lo ameriten, disponer la ubicación de la víctima en un albergue o casa de refugio, para tal efecto el Ministerio Público debe contar a través de su Unidad de Víctimas y Testigos con una red de instituciones que puedan brindar este tipo de ayuda.

5.5.5 Protección de Víctimas y Testigos

Tanto las víctimas como los testigos cumplen un papel esencial en el éxito de un proceso penal. Antes que se inicie, y a lo largo de un proceso penal, muchas veces no sólo se necesita una atención o asistencia debida de parte de los funcionarios de la administración de justicia, sino que muchas veces se demanda protección.

Por lo que si bien existe una obligación de comparecer ante una autoridad cuando se es citada como testigo, dicha demanda de protección no puede ser desoída. Incluso, actualmente puede ser considerada como la exigencia de un derecho de protección, que no requiere que se solicite expresamente y puede ser dispuesta por la autoridad de oficio.

Las víctimas y los testigos son personas vulnerables a la intimidación y las represalias. Cada caso responderá a su coyuntura especial, por lo que es correcto señalar que la protección de los testigos es una cuestión amplia, que requiere una variedad de respuestas del sistema frente a las demandas de cada caso, ya sea en resguardo a su intimidad o seguridad, siempre que exista un riesgo de represalias o indicios de perturbar su vida privada.

Las medidas de protección van desde la confidencialidad de sus datos hasta la seguridad que se brinda al testigo o víctima para asistir al Ministerio Público o al juicio, pasando por la protección en corto plazo mientras dure un proceso y hasta los llamados programas de protección de testigos.

Las necesidades de protección de testigos varían de acuerdo al tipo de delito, la zona de incidencia delictiva, su relación con el imputado o con la víctima, etc.

Por ejemplo, por el modo en que conocieron el hecho, tenemos:

1. Personas ajenas a la criminalidad que circunstancialmente observaron los hechos. Puede que conozca o no a alguna de las partes, pero generalmente nos encontramos ante una persona que a simple vista no tiene ningún interés en el proceso, que no será reparada ni siquiera en el tiempo que invierta en el proceso penal y probablemente obedezca meramente al deber impuesto de comparecer ante las autoridades. En caso de represalias no sólo necesitará protección sino que comprenda la importancia de su testimonio para el proceso.

23 Fuente: IOM, *The Mental Health Aspects of Trafficking in Human Beings*, Budapest, 2004.

2. Personas que se encuentran dentro de un grupo criminal y que deciden colaborar como testigos. Sin perjuicio del análisis propio que significa la llamada colaboración eficaz, son personas que pueden encontrarse en riesgo de intimidación y represalias por parte de los integrantes de la organización de las personas que son perjudicadas con su testimonio.

Si bien una de las situaciones en las cuales se hace más palpable esta necesidad de protección es en los casos del crimen organizado, donde incluso se han llegado a cometer asesinatos de testigos, no debemos perder de vista que en la delincuencia común, también pueden presentarse situaciones en las que se requiera protección.

El Fiscal en los casos que el agraviado o un testigo se encuentre en situación de riesgo vinculado a su participación en el proceso, deberá disponer de oficio o a petición de parte las medidas de protección necesarias.

El sistema de protección se encuentra previsto en el nuevo Código Procesal Penal para todo tipo de delitos donde existe riesgo para la víctima o testigo, por lo que la implementación de este modelo ha exigido la implementación de Unidades de Víctimas y Testigos. Mediante Decreto Supremo No. 003-2010-JUS²⁴ se aprobó el Reglamento del Programa Integral de Protección a testigos, peritos, agraviados o colaboradores que intervengan en el proceso penal, de aplicación inmediata en los Distritos Judiciales donde se encuentren vigente el Código. Sin embargo en el caso de distritos judiciales donde no se encuentra vigente el nuevo Código se debe invocar la Ley N° 27378, que establece medidas de protección cuando el agente integre una organización criminal, como sería el caso de delito de trata de personas, cuando "se aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ellas, su cónyuge o su conviviente, o sus ascendientes, descendientes o hermanos".

A) NIVELES DE PROTECCIÓN

Dependiendo de cada situación existirán niveles de protección.

- **Nivel de confidencialidad de datos**

Si bien el juicio oral es público, esto no debe involucrar que necesariamente se hagan públicos los datos de ubicación y dirección de las víctimas y testigos. De la misma manera, a lo largo de la actividad investigatoria, ya sean las diligencias preliminares o en la etapa de investigación se deben cautelar estos datos, a fin de evitar perjuicios a la víctima y/o testigos.

El artículo 248.1° del nuevo Código Procesal Penal señala la facultad del Fiscal o del Juez, de adoptar según el grado de riesgo o peligro que presente cada caso, las medidas necesarias para preservar la identidad del protegido, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que le asista al imputado. Un ejemplo de ello es el modo como en nuestro viejo sistema se filtran las direcciones domiciliarias tanto de la víctima y de los testigos, ya sea a nivel policial o judicial, lo cual perjudica enormemente la confianza de estas personas en el sistema, porque se consideran vulneradas en su seguridad. Dicha situación debe ser cautelada en el nuevo proceso.

La reserva de identidad es quizás una de las medidas de protección más importantes para una víctima y/o testigo de un presunto delito de trata. Sin embargo, se trata de una medida que no se viene cumpliendo satisfactoriamente y probablemente sea una de las razones por las cuales la población aún desconfía de nuestro sistema de protección. Ante ello, una buena alternativa es fijar la dirección de la Fiscalía como domicilio y generar una comunicación interna con la víctima. No olvidemos que es al Fiscal a quien más le interesa que una víctima o testigo asista al juicio, por lo que es necesario establecer las vías comunicativas idóneas sin que se sientan vulne-

24 Publicado el 13 de febrero de 2010.

radas (artículo 248.2.f del nuevo Código Procesal Penal). Asimismo, se debe informar a la víctima o testigo que en el juicio oral también se podrá mantener su dirección en reserva (artículo 170.4° del mismo Código).

Una de las garantías de un proceso penal contradictorio es que exista la posibilidad de interrogar a los testigos y, por ende, conocer su identidad, por lo que en el proceso penal no se admiten los testigos anónimos. Ello, sin perjuicio de las medidas de seguridad que sean necesarias, con el fin de proteger la identidad, según lo establece el artículo 248.1° del nuevo Código Procesal Penal. Por ello se pueden habilitar biombos con el objeto de proteger la identidad del testigo en el desarrollo del juicio oral o se puede utilizar videoconferencias que permitan a la fiscalía y a la defensa interrogar a los testigos, sin que se perturbe ante la presencia del imputado, especialmente en el caso de menores. Esto se encuentra permitido por el artículo 248.1° del nuevo Código Procesal Penal, que acepta la utilización de cualquier procedimiento que imposibilite la identificación visual normal en las diligencias que se practiquen.

Ahora bien, el conocer la identidad se encuentra limitado en nuestro ordenamiento procesal en el artículo 248.2.C° del nuevo Código Procesal Penal a que el testigo se encuentre plenamente identificado con una clave o un número, y por ende no sea un anónimo.

Es preciso señalar como otra medida de protección, la prohibición de la policía de informar ante los medios de comunicación la identidad de la víctima, testigos o de otras personas que se encontraren o pudieren resultar vinculadas a la investigación de un hecho punible, por lo que en estos casos, según se señala en el Art.70 Código Procesal Penal del 2004, se requerirá la previa autorización del Fiscal.

Dentro de este nivel también se encuentra el ocultar el paradero de un testigo.

- **Nivel de custodia**

Este nivel se encuentra referido a las medidas de protección que requiere una persona ante determinadas situaciones que atenten contra su vida, integridad o libertad.

El nuevo Código Procesal Penal ha previsto la protección policial, por lo que esta medida de protección debe ser debidamente coordinada con la autoridad policial respecto al tiempo, necesidad y alcances, así como se debe orientar debidamente al protegido sobre los riesgos de inobservar las indicaciones policiales. Asimismo, se ha previsto como medida de protección el cambio de residencia, por lo que esta medida exige también participación policial a fin de brindar la seguridad para la ejecución de la medida.

Según el artículo 249.2° del nuevo Código Procesal Penal, el fiscal decidirá si, una vez finalizado el proceso, siempre que estime que se mantiene la circunstancia de peligro grave prevista en este Título, la continuación de las medidas de protección.

- **Nivel de Programa de Protección en situaciones críticas**

El artículo 252° del nuevo Código Procesal Penal establece el llamado Programa de protección de testigos, agraviados, peritos y colaboradores de la justicia.

Actualmente, este programa debe ser definido por el Poder Ejecutivo junto con la Fiscalía de la Nación. Sin embargo, desde ya debe señalarse que un programa de protección de víctimas y testigos trasciende el proceso penal, toda vez que la protección se da incluso después de finalizado el proceso, dentro de ello se encuentra el cambio de residencia y de identidad.

El nuevo Código Procesal Penal en el artículo 249.3° señala que en casos excepcionales, el Juez a pedido del Fiscal, podrá ordenar la emisión de documentos de una nueva identificación y de medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo. El conflicto, entre el derecho del imputado a un proceso equitativo y la necesidad de protección de los intereses de la víctima o testigo, puede ser cuestionado ante el Juez de la Investigación Preparatoria por quien se considere afectado, para que reexamine su procedencia, según se ha previsto en el artículo 251° del nuevo Código Procesal Penal. Es necesario ponderar además que las medidas de protección de las víctimas y testigos no afecten el derecho de defensa de los imputados, especialmente para fines de contrainterrogatorio, cuando se inicia el juicio oral.

CASOS PARA TRABAJAR EN EL CAPÍTULO 4

CASO 1

El 03 de febrero de 2008, personal de la Policía y del Ministerio Público intervino el local denominado Bar «Los Ángeles» de propiedad de Ángel Rojas, constándose la presencia de las menores de edad de iniciales L.G.L (15) y M.J.A.H (16) y otras mujeres mayores de edad, que venían laborando en dicho local en la atención de los clientes. Se evidenció que las menores antes mencionadas provenían de la ciudad del Cuzco, y que conocieron a Ximena Campos cuando se entrevistaron con ella en virtud de un aviso de periódico en donde se ofrecía trabajo bien remunerado como meseras y bailarinas de un bar. Ximena Campos las contactó y las entregó a Ángel Rojas, propietario y administrador del bar, donde laboraron inicialmente como damas de compañía, identificándose con apelativos y llegando a aceptar sostener relaciones sexuales con clientes. Rojas además de cumplir con el sueldo ofrecido a las menores, les otorgaba alojamiento (un cuarto) y alimentación.

- ¿Se configura en el presente caso el delito de trata de personas?
- ¿Por qué conducta típica de Trata respondería cada uno de los intervinientes en el delito?

CASO 2

Isidora Sánchez (20) y la menor identificada con las iniciales E.G.A.A. (16) conocieron a Jovino Pérez a las afueras de unas discotecas de la ciudad de Yurimaguas y Tarapoto respectivamente. Jovino Pérez convenció a ellas y a los padres de la menor para que

viajaran al Cusco a fin de que supuestamente trabajen en un restaurant turístico; sin embargo, encontrándose las dos en dicha ciudad fueron recogidas por el conocido como «Pollo», quien fue la persona que las llevó a la vivienda que ocupaba Jhonny Amisifuen, quien las encerró bajo llave en dicho recinto con la finalidad de que éstas trabajen en un centro nocturno de la ciudad. Cabe mencionar que debido al cariño que llegó a sentir por ellas, Jhonny sólo quería exponerlas a espectáculos de *striptease* y no de prostitución. Para tal fin éste les proporcionó unas prendas minúsculas con las que tenían que laborar.

- ¿Ante que conductas típicas del delito de trata nos encontramos en el presente caso?
- ¿Qué medios coercitivos o fraudulentos de la trata se observan en las conductas típicas?
- ¿Cuál sería el tipo penal específico de trata a aplicar en el presente caso?
- ¿Qué finalidad de la trata se aprecia?

CASO 3

Teobaldo Miranda, propietario de la Peña Turística «Teo», les paga a Cinthia Heraldo y María Flores para que estas se encarguen de la ubicación y desplazamiento a la ciudad de Piura de chicas que den servicios sexuales en dicho local. Así, las dos mujeres antes mencionadas contactaron en la ciudad de Nauta (Loreto) a la menor de iniciales R.P.S (17), ofreciéndole la suma de S/. 400 nuevos soles para que renuncie a su trabajo regular como trabajadora doméstica.

Luego de ello, se la llevaron a un lugar donde se encontraban más chicas a fin de ser posteriormente trasladadas a Piura; sin embargo, esto no se materializó, pues la policía intervino el local poco después.

- ¿Ante que conductas típicas del delito de trata nos encontramos en el presente caso?
- ¿Estamos ante un caso de delito de trata de personas consumado o en grado de tentativa?

CASO 4

A través de un Agencia constituida en Huánuco, Pedro Pérez, Manuel Berrios y Andrea Lozada lograron captar a una jovencita de 19 años de edad, agraciada, a quien se le ofreció trabajar como modelo en España; para ello se encargaron de tramitar toda la documentación requerida (pasaporte, pasajes, visa), luego cuando fue trasladada a Lima, fue alojada en una casa en San Juan de Lurigancho, donde se encontró con otras jovencitas que estaban en las mismas condiciones, esto es, sin sus documentos y dometidas a la red, allí se le dijo que tenía que ingerir cápsulas de cocaína, para ser llevada en la modalidad de ingesta a España. Al principio se negó y reclamó; finalmente, cuando se le dijo que si no aceptaba, la familia de ella iba a sufrir consecuencias, tuvo que ingerir las cápsulas, siendo intervenida en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez y luego procesada como Burrier.

- ¿Estamos ante un caso de trata de personas?
- ¿Ante que medios coercitivos o fraudulentos nos encontramos?

CASO 5

El 24 de julio de 2008, personal de la policía intervino a Justo Villalobos y Fructuoso Bueno en la agencia de transportes «Trans Inter» en la ciudad de Pucallpa cuando se disponían a viajar con destino final

a la ciudad de Ilo, llevándose a Roció (18), Luisa (19) y Patty (18) para que trabajen en el *night club* de propiedad de Fructuoso como damas de compañía y bailarinas en ropas íntimas, trabajo por el cual les darían la suma de S/. 350 nuevos soles semanales más el aporte de habitación, comida y ropa. Estas chicas les fueron conseguidas por el chofer motocarrista Pablo Sangama quien astutamente ubicó a estas menores deambulando en los alrededores del mercado local vendiendo caramelos en situación de precariedad y sin el cuidado de sus padres o familiares.

- ¿Existe el delito de trata de personas? ¿Por qué?
- ¿Cuál es el tipo de finalidad de la trata en este caso?

CASO 6

El 20 de febrero de 2006, Roxana y Carmen ambas de 27 años y naturales de Pucallpa, y Susana de 21 años, natural de Lima, denunciaron ante la DIRINCRI que venían siendo explotadas sexualmente por un individuo llamado Alberto Troncoso, quien les había doblegado bajo amenaza de muerte con un arma de fuego. Roxana contó que Alberto Troncoso la mantuvo bajo amenaza y coacción con un arma de fuego en un hospedaje ubicado en Chíncha, lugar que abandonó aprovechando que este viajó a Lima, para realizar algunos negocios. Carmen informó a la policía que desde noviembre de 2006 venía siendo explotada sexualmente por el tal Alberto, quien bajo amenaza y coacción con arma de fuego la trasladó a Chíncha, para trabajar en un burdel hasta el 30 de enero, fecha en la que regresó a Lima, y que el dinero que obtenía del trabajo sexual le era quitado por este sujeto en su totalidad al finalizar el día.

- ¿Ante que conductas típicas del delito de trata nos encontramos en el presente caso?
- ¿Qué delito o delitos se configuran en el presente caso?

CASO 7

El trece de junio de 2007, Antonio Méndez con sus guardaespaldas privó ilegítimamente la libertad personal a la agraviada, haciendo uso de violencia y amenazas, trasladó a la menor de iniciales J.H.GP. (13), desde la plaza de armas de Chao-Virú, lugar donde vivía la menor, hasta el domicilio de Lucía Zapatelli (madre de Antonio Méndez) en Trujillo; donde la retuvo dos días obligándola a que se comunique con su familia a fin de mentirle a su madre y decirle que estaba en Lima trabajando. Posteriormente, la llevaron a Lima quedándose en un departamento ubicado en el primer piso de un amigo de Antonio Méndez que estaba en el mismo negocio de la prostitución y fue en ese lugar donde fue violada por este por primera vez durante los cuatro días que permaneció en ese lugar. Luego de retornarla a Trujillo, Antonio Méndez le sacó un DNI falso para que aparente tener 18 años de edad y la llevo al prostíbulo «Quinto Patio» ubicado en El Milagro en donde la obligó a prostituirse por primera vez, amenazándola con que si decía algo le haría lo mismo a su hermanita de nombre Trilce. Cabe mencionar que de Chao-Virú a El Milagro hay 40 minutos de distancia en auto.

- ¿Ante que conductas típicas del delito de trata nos encontramos en el presente caso?
- ¿Qué delitos le pueden ser imputados a Antonio Méndez? ¿Existe algún concurso de delitos?

CASO 8

Carla (14) desapareció el 14 de marzo de 2008, por lo que su madre puso una denuncia el 21 de abril del mismo año en la Comisaría, argumentando que su hija fue obligada por Verónica, mediante amenaza, a trabajar vendiendo CDs; Verónica era la dueña de la casa en la que Carla trabajaba regularmente como «nana». La menor fue trasladada por Luis y por Verónica desde el distrito de Punchana (Loreto) al distrito de Nauta (Loreto) donde efectivamente trabajó gratuitamente como vendedora de CDs.

- ¿Ante que conductas típicas del delito de trata nos encontramos en el presente caso?
- ¿Qué delitos le pueden ser imputados a Verónica y Luis?

