

ÁNÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL 28 DE ENERO DE LA SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA A LA LUZ DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y DEL DERECHO PENAL<sup>1</sup>

INFORME

El Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP) es una unidad académica de la Pontificia Universidad Católica del Perú, fundada en el 2004. Su objetivo está orientado al fortalecimiento de la democracia y a la vigencia de los derechos humanos en el Perú mediante la formación académica y la capacitación profesional, la investigación aplicada, la generación de espacios de diálogo y debate, y la promoción de políticas públicas desde la sociedad civil y el Estado. El IDEHPUCP desarrolla su labor en alianza con diversos organismos nacionales e internacionales, gobiernos regionales y locales, organizaciones e instituciones de la sociedad civil, y ciudadanos comprometidos con la cultura democrática del país. De esta manera, el IDEHPUCP cuenta con una amplia experiencia en el área de los derechos humanos tanto desde una perspectiva académica, como en la incidencia directa en la sociedad.

Respecto al tema de movilidad humana, el IDEHPUCP ha realizado diversas publicaciones académicas. Es así que se han analizado los marcos normativos nacionales e internacionales en el tema de trata de personas y se han desarrollado proyectos que permitan fortalecer las políticas públicas nacionales en esta materia, mediante por ejemplo, la elaboración de manuales o protocolos.

En 2016, la organización Terre des Hommes, Suisse, solicitó al IDEHPUCP elaborar un informe sobre la sentencia del 28 de enero de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema con relación al caso de una niña víctima de trata de personas. El presente informe busca plantear un análisis de la sentencia a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho penal.

## 1. CONTEXTO DE LA TRATA DE PERSONAS EN EL PERÚ

Según el Índice Global de Esclavitud 2016, Perú es el tercer país de mayor tasa de víctimas de esclavitud moderna en América, solo superado por México y Colombia, ocupando el puesto 18 de 167 países evaluados (Walk Free Foundation 2016). Estos datos reflejan que en el escenario de América Latina, el fenómeno de esclavitud moderna en Perú asociado al fenómeno de trata de personas, es alarmantemente alto. En el país, existen dos fuentes de registro oficiales sobre los estimados del fenómeno de trata: el Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público y el

---

<sup>1</sup> Este informe fue elaborado por el equipo del IDEHPUCP conformado por Yván Montoya, Asesor del proyecto Anticorrupción; Cécile Blouin, Investigadora sénior y Lorena Vílchez, Asistente de investigación. Cristina Blanco, Coordinadora Académica, brindó asesoría para la elaboración del documento.

Sistema de Registro y Estadística del Delito de Trata de Personas de la Policía Nacional del Perú (RETA-PNP). De enero del 2009 a diciembre del 2014, el primero ha detectado 2,241 casos y 3,911 víctimas, y por su parte, del 2011 al 2016, el segundo ha detectado 1748 denuncias, y 7075 víctimas<sup>2</sup>.

Cabe resaltar que la mayoría de las víctimas son mujeres y menores de edad. Sobre ello, según el Observatorio de Criminalidad el 79,6% de las víctimas son mujeres y el 50,1% de estas se encontraban en el rango de edad de 13 a 17 años, mientras que según el Sistema RETA este grupo constituye el 93.76% de las víctimas totales del 2011 al 2016 (Policía Nacional del Perú 2016). Asimismo, el Observatorio de Criminalidad detalla que las víctimas mujeres entre los 13 a 24 años suponen el 61,25% de las víctimas y el 92,3% de ellas (722) tienen nacionalidad peruana. Esto muestra un perfil bastante claro de sus características: la mayoría de las víctimas de trata en el Perú son mujeres jóvenes de nacionalidad peruana. No obstante, es importante notar que estos datos solo constituirían un porcentaje de la verdadera magnitud del fenómeno, debido a las dificultades de subregistro, las pocas denuncias y las dificultades que ha enfrentado el sistema RETA-PNP en su interconexión con otros sistemas estadísticos como el Sistema de Información Estratégica sobre Trata de Personas (SISTRA) del Ministerio Público, que permita hacer seguimiento a las denuncias (Meuwisen 2014: 14).

En cuanto a los lugares de explotación es preciso subrayar que la mayoría de víctimas detectadas en el 2015 se concentraron en Lima y el Callao (49,8%), mientras que el 10,3% se encontraron en Loreto, 8,2% en Madre de Dios y 4,7 en Cusco (Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público 2015). Los fines más comunes en Perú son la explotación sexual que supone un poco menos de la mitad de casos (41,6%) y la explotación laboral o trabajo forzado que supone el 14,5% del total. 31,5% de los casos están aún en etapa de investigación, lo cual reflejaría las dificultades que enfrenta el Estado para su procesamiento. La modalidad de captación más común es el ofrecimiento de puestos de trabajo (48,9%), mientras que el ofrecimiento de apoyo económico por parte del presunto autor a las víctimas o a sus familiares para su alimentación, estudios u otras necesidades básicas representa el 3,9%. En cuanto a los fines de la trata, el 34,9% de las víctimas fueron objeto de explotación sexual, lo cual incluye, por ejemplo, brindar servicios sexuales en prostíbulos, servir de damas de compañía en bares o *night clubs*, mientras que el 14,5% fueron objeto de explotación laboral (CHS Alternativo 2015:41).

Frente a este contexto, en los últimos años, el Estado peruano ha impulsado determinadas medidas. En un primer momento, en enero de 2007, se adoptó la Ley n° 28950 - Ley contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, modificada por la Ley N° 30251 de 21 de octubre de

---

<sup>2</sup> Información obtenida por medio de un pedido a la Policía Nacional del Perú en el marco de la actualización del Manual para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de trata de personas.

2014, con la finalidad de contar con una tipificación más completa. Adicionalmente, a nivel de política pública, el Estado peruano aprobó la Política Nacional contra la Trata de Personas y sus Formas de Explotación —Decreto Supremo N° 001-2015-JUS— que busca desarrollar una serie de lineamientos técnicos para fortalecer la actuación estatal ante este fenómeno criminal. En cuanto a los instrumentos, se debe agregar que el Ministerio del Interior aprobó el 27 de septiembre de 2013 el *Protocolo para la atención y protección de víctimas y testigos de trata de personas por parte de la Policía Nacional del Perú*, mientras que el 24 de enero de 2014 el Ministerio Público-Fiscalía de la Nación aprobó el *Protocolo del Ministerio Público para la atención de las víctimas del delito de trata de personas*. Asimismo, en el 2016, el Estado peruano aprobó el “*Protocolo Intersectorial para la Prevención y Persecución del Delito y la Protección, Atención y Reintegración de Víctimas de Trata de Personas*” bajo Decreto Supremo Número 005-2016-IN, con el objetivo de elaborar un instrumento guía para la articulación de acciones entre los sectores involucrados y responsables de la lucha contra la trata de personas. Recientemente, se publicó el Decreto Supremo N° 001-2016-IN que aprueba el Reglamento de la Ley N°28950, Ley contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes, y crea la Comisión Multisectorial de naturaleza permanente contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes.. A su vez, el 6 de enero de este año se publicó el Decreto legislativo N° 1323 que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género. Esta norma incorpora tres nuevos artículos al Código Penal: el artículo 153-B sobre explotación sexual, el artículo 153-C sobre esclavitud y otras formas de explotación, y el artículo 168-B sobre trabajo forzoso.

## **2. LA SENTENCIA DEL 28 DE ENERO DE LA SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA**

La sentencia de fecha 28 de enero de 2016 emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia resuelve recurso de nulidad presentado por el Ministerio Público contra la sentencia de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios de 14 de mayo de 2014, en la cual se absolvió a la acusada del delito de trata de personas en perjuicio de una niña de catorce (14) años de edad. De acuerdo a los hechos recopilados en la sentencia de la Corte Suprema, la niña fue captada en la localidad de Mazujo-Tambopata y trasladada al sector minero de la localidad de Manuani en el departamento de Madre de Dios para trabajar como dama de compañía en un bar. Su trabajo consistía en acompañar “a los parroquianos que concurrían a dicho local (...) consumiendo bebidas alcohólicas en beneficio de la procesada” (página 2 de la Sentencia).

La Corte Suprema de Justicia declaró que no la sentencia no era nula, aunque se da por acreditado que la niña fue captada para trabajar como dama de compañía de los clientes de un bar en una zona diferente a la de su ubicación familiar, que trabajaba aproximadamente en este ambiente trece (13) horas diarias, bebiendo licor con los clientes y que, a sugerencia de la acusada, eventualmente realizó “pases” con los clientes; es decir, mantuvo relaciones sexuales con ellos. La sentencia indica que no se llega a configurar el supuesto de trata de personas, pues no

existió la finalidad de explotar a la adolescente. La Corte sostiene que si bien su jornada de trabajo era excesiva, no era extenuante (fundamento n°4), y que fue captada con el fin original de trabajar como dama de compañía y no de ser explotada laboralmente o sexualmente (fundamento n°6). Asimismo, indica que el hecho de haberse podido dedicar ocasionalmente a realizar práctica sexual con los clientes a cambio de dinero no constituye un supuesto de explotación sexual; ya que, no fue la finalidad por la cual fue trasladada (fundamento n°8).

Frente a las críticas que recibió la decisión, la Corte publicó dos comunicados. El primero de 14 de septiembre de 2016 explica que el bien jurídico protegido es la libertad personal y que, en este caso, no fue vulnerado porque la niña no fue sometida a amenaza, coacción o violencia alguna ni régimen de esclavitud. A su vez, argumentó que la víctima le dijo a la procesada que tenía 18 años y que era madre por lo que se trataría de un error de prohibición. Finalmente, en este comunicado, figura que la edad de la niña es quince (15) años y no catorce (14). El segundo comunicado de 16 de septiembre de 2016 advierte que la niña no fue captada en tanto viajó a Iberia con un familiar y agrega que, luego de la denuncia, la niña fue ubicada en un hotel de la localidad con el esposo de la acusada con lo cual los cargos presentados habrían obedecido a otro móvil. Ahora bien, en los dos comunicados, la Corte recordó que no puede condenar a una acusada absuelta sino que solo podría haber declarada nula la sentencia.

### **3. LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO PERUANO EN MATERIA DE TRATA DE PERSONAS**

Con la resolución 55/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y tras el trabajo realizado por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, se adoptaron la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional<sup>3</sup>, y el Protocolo para Prevenir, Reprimir, y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños (en adelante, Protocolo de Palermo o Protocolo sobre Trata de Personas)<sup>4</sup>. Este último representa un avance considerable, pues brinda una definición común de la trata de personas y establece las obligaciones de los Estados para su eliminación. Es importante notar que estos instrumentos no fueron desarrollados en un órgano de derechos humanos (IDEHPUCP 2016). Sin embargo, ello no impide entender la trata como una violación a los derechos humanos, como se explicará más adelante.

Este instrumento fue ratificado por el Perú el 23 de enero de 2002 y entró en vigor el 25 de diciembre de 2003. El artículo 3(a) define la trata de personas de la siguiente manera:

Para los fines del presente Protocolo [...] 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

<sup>3</sup> Adoptada el 15 de noviembre de 2000 y en vigor desde el 29 de septiembre de 2003.

<sup>4</sup> Adoptada el 15 de noviembre de 2000 y en vigor desde el 25 de diciembre de 2003.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

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 [...] 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.

Esta definición se divide en tres elementos: (i) las conductas, (ii) los medios y (iii) las finalidades. En el caso de niños y niñas el segundo elemento no es necesario para que se configure el delito. Estos elementos serán estudiados en el siguiente acápite. Además, el Protocolo de Palermo establece una serie de obligaciones estatales relacionadas con la prevención, la persecución y la protección a las víctimas. De esta manera, los deberes establecidos en el Protocolo no solo tienen por finalidad la criminalización del fenómeno es decir la persecución y judicialización, sino que crean obligaciones en la etapa previa (eje de prevención) y posterior al delito mismo (eje de protección), etapas en las cuales la víctima se convierte en verdadero sujeto de derechos.

De acuerdo con el artículo 9 del Protocolo, los Estados tienen la obligación de prevenir la trata de personas.

1. Los Estados Parte establecerán políticas, programas y otras medidas de carácter amplio con miras a:

a) Prevenir y combatir la trata de personas

b) Proteger a las víctimas de trata de personas, especialmente las mujeres y los niños, contra un nuevo riesgo de victimización.

2. Los Estados Parte procurarán aplicar medidas tales como actividades de investigación y campañas de información y difusión, así como iniciativas sociales y económicas, con miras a prevenir y combatir la trata de personas.

3. Las políticas, los programas y demás medidas que se adopten de conformidad con el presente artículo incluirán, cuando proceda, la cooperación con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y otros sectores de la sociedad civil.

4. Los Estados Parte adoptarán medidas o reforzarán las ya existentes, recurriendo en particular a la cooperación bilateral o multilateral, a fin de mitigar factores como la pobreza, el subdesarrollo y la falta de oportunidades equitativas que hacen a las personas, especialmente las mujeres y los niños, vulnerables a la trata.

5. Los Estados Parte adoptarán medidas legislativas o de otra índole, tales como medidas educativas, sociales y culturales, o reforzarán las ya existentes, recurriendo en particular a la cooperación bilateral y multilateral, a fin de desalentar la demanda que propicia cualquier forma de explotación conducente a la trata de personas, especialmente mujeres y niños

Este deber implica la adopción por parte del Estado de todas las medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural para evitar la vulneración de derechos. El artículo 9 establece que la prevención no solo consiste en realizar campañas de prevención sino en atacar los factores estructurales de la trata tales como la pobreza, el subdesarrollo y la falta de oportunidades y tomar medidas para desalentar la demanda de trata. Adicionalmente, el Protocolo plantea de manera directa la obligación de evitar la “revictimización” que implica, entre otras medidas, garantizar la entrevista única y prever albergues con las debidas garantías de derechos.

La segunda obligación se refiere al deber de persecución, que supone la investigación, procesamiento y sanción penal de los responsables del delito y la debida reparación a las víctimas. Por ello, una obligación básica y concreta que se deriva de este deber es la adopción de medidas internas para que la norma internacional sea plenamente exigible y aplicable en el ámbito interno. Así, la tipificación del delito de trata, la implementación de un adecuado marco legal para su persecución y la eliminación de normas que obstaculicen estas tareas son acciones necesarias para un adecuado cumplimiento del Estado parte con respecto a los estándares planteados por el Protocolo.

Finalmente, se encuentra el deber de protección, entendido como el conjunto de obligaciones que posee un Estado frente a las víctimas de trata. Para dar cumplimiento a esta obligación, el tratado plantea deberes específicos, tales como: (i) el otorgamiento de garantías para que las víctimas de trata puedan participar en el proceso judicial contra sus victimarios y se proteja su privacidad e identidad; (ii) la implementación de medidas para que las víctimas reciban información sobre los procedimientos judiciales y administrativos, y asistencia para permitir que sus opiniones y preocupaciones se examinen durante las actuaciones penales correspondientes; y (iii) la ejecución de medidas destinadas a la recuperación física, psicológica y social de las víctimas. Ciertamente, la asistencia internacional es transversal a cada una de las obligaciones, y supone que los Estados deben adoptar medidas para mitigar las causas de la trata de personas y deben mejorar las condiciones para la persecución del delito a partir de la cooperación bilateral y multilateral.

Luego de revisar el contenido del Protocolo de Palermo, es necesario entender que este debe ser estudiado a la luz de los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH). La aprobación de este tratado fuera de un órgano de derechos humanos, generó un debate en cuanto a su naturaleza como tratado de derechos humanos. Es necesario recordar 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” (Corte IDH 1982: 24). Sumado a ello, se debe considerar que el Protocolo de Palermo no tiene por objeto, exclusivamente, establecer un conjunto de derechos y obligaciones recíprocas entre Estados, sino más bien instituir un sistema de protección en favor de todas las personas que se encuentran bajo

su jurisdicción. En otras palabras, pretende proteger los derechos humanos de las víctimas de trata de personas y delitos (Novak y Namihás 2004: 55) y las principales obligaciones que establece resuenan a las obligaciones generales de garantía y prevención del DIDH. (Marinelli 2015: 85)

No obstante, es necesario recalcar que para una adecuada interpretación del Protocolo, los Estados deben tomar en consideración otros instrumentos y mecanismos del DIDH que han contribuido a regular, definir y precisar las obligaciones establecidas en otros tratados de derechos. En consecuencia, la interpretación del Protocolo de Palermo debe hacerse de manera conjunta con los demás instrumentos internacionales que regulan la trata u otras prácticas afines.

En cuanto al sistema interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) se distancia del resto de instrumentos al incluir expresamente en su artículo 6 la trata de personas, conjuntamente con otras figuras cercanas. Con ello, no solo es el primer tratado de derechos humanos constitutivo de un sistema regional de protección que recoge una prohibición expresa de la trata de personas, sino que además lo hace de manera autónoma a aquella relativa a la esclavitud y la trata de esclavos.

Artículo 6. Prohibición de Esclavitud y Servidumbre

1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas [...].

Si bien la disposición del artículo 6.1 de la CADH puede resultar problemática, entendiendo que la utilización del término trata de mujeres deja fuera de su protección a las víctimas de sexo masculino, esto no debe ser visto así, toda vez que la CADH tiene que ser analizada y aplicada conforme a los métodos de interpretación de los tratados de derechos humanos como el principio pro-persona, dinamismo y progresividad del derecho. (IDEHPUCP 2016). En esa línea, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) entiende que lo dispuesto en el artículo 6 de la Convención Americana debe ser interpretado en relación con la definición de trata de personas, que se encuentra contenida en el artículo 3(a) del Protocolo de Palermo (CIDH 2015:221). Adicionalmente, la CIDH ha reconocido que la trata de personas y las prácticas análogas a la esclavitud, representan una violación de carácter múltiple o continuado, carácter que se mantiene hasta que la víctima se encuentre en libertad (CIDH 2015:222).

Recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el primer caso relacionado con artículo 6.1 sometido a su jurisdicción, el caso *Trabajadores de la Hacienda Verde Vs. Brasil*. La Corte consideró que el Estado brasilero violó el derecho a no ser sometido a esclavitud y trata de personas calificando los hechos del caso como trata de personas (párrafos 305 y 343). Sobre la definición de la trata de personas con relación al artículo 6.1 en la misma línea que la CIDH consideró que:

la expresión “trata de esclavos y de mujeres” del artículo 6.1 de la Convención Americana debe ser interpretada de manera amplia para referirse a la “trata de personas”. De la misma forma que la trata de esclavos y de mujeres tienen como fin la explotación del ser humano, la Corte no podría limitar la protección conferida por ese artículo únicamente a las mujeres o a los dichos “esclavos”, bajo la óptica de la interpretación más favorable al ser humano y el principio pro persona (párrafo 289).

Por lo tanto, la Corte considera que la prohibición del artículo 6.1 se refiere a la definición del artículo 3 (a) del Protocolo de Palermo (párrafo 290).

#### 4. LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS EN EL PERÚ

El delito de trata de personas se encuentra tipificado en el art. 153 del Código Penal de la siguiente manera:

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.

Este texto configura un tipo penal complejo que está compuesto de tres elementos- Cada uno de ellos está constituido por diversos conceptos alternativos, cualquiera de los cuales puede constituir el delito de trata de personas<sup>5</sup>

- a) Las conductas: captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o retener a otro.

Cualquiera de estas conductas (que criminológicamente denotan una especie de ciclo del proceso de la trata), y no necesariamente todas ellas, pueden constituir el delito de trata de personas, siempre que se articule con alguno de los conceptos de los otros elementos. Inclusive, no es necesaria la captación como presupuesto del delito, tal como equivocadamente algunos operadores lo entienden. Puede constatarse solo una situación de acogida, de recepción o de retención sin necesidad de verificar la captación o el transporte. Los conceptos antes enunciados son fáciles de comprender, tal vez solo cabe hacer un comentario a la diferenciación de sentido

---

<sup>5</sup> Ver Mag Gillivray y otros 2017: 106-112.



entre los conceptos de transportar y de trasladar. A pesar de su confusión, es posible identificar que, mientras transportar se refiere al traslado geográfico o ambulatorio de una persona de un punto en el espacio a otro, el trasladar parece hacer referencia más al cambio de control o dominio que sobre una persona ejerce otra persona.

- b) Los medios: violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder, abuso de situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra.

La mayor parte de este tipo de medios ya ha sido estudiado por la doctrina penal, dado que son elementos comunes a otros delitos como, por ejemplo, la violencia o la amenaza en el delito de robo o violación sexual, o se entienden fácilmente como la privación de la libertad o el engaño. Tal vez quepa resaltar el último de los medios indicados por nuestro tipo penal: “concesión o recepción de pagos o de cualquier medio”. Para entender este medio, es necesario relacionarlo con la conducta de trasladar referida anteriormente (en tanto transferencia del control o dominio que sobre una persona ejerce otra persona) y el Protocolo de Palermo en tanto lo complementa con mayor sentido. Así, el Protocolo se refiere 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*. En otras palabras, la legislación peruana, aunque con una deficiente regulación, también regula los supuestos de traspaso de control de una persona a otra en el control que aquella ejerce sobre una tercera. En cuanto al “abuso de una situación de vulnerabilidad”, abarca así supuestos en el que el tratante, sin usar un medio de coacción, se aprovecha de que la víctima está en una situación de vulnerabilidad económica, física, emocional, familiar o social (Villacampa 2010: 845). Finalmente, es importante resaltar en este punto que tanto el Protocolo de Palermo como la legislación penal excluyen expresamente la necesidad de invocar estos medios cuando se trata de menores de edad, esto es, menores de 18 años (no corresponde sostener menores de 14).

- c) Los fines: venta de niñas, niños y adolescentes, explotación sexual y prostitución, esclavitud y practicas análogas, explotación laboral y trabajos forzados, mendicidad, extracción o tráfico de órganos, tejidos somáticos o sus componentes humanos.

Con relación a los fines, la tipificación peruana contiene tres grandes categorías: fines de explotación sexual, fines explotación laboral y extracción de órganos. La explotación sexual abarcará la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual. Este último supuesto, a su vez, puede incluir la utilización de personas para la elaboración de material pornográfico o para la exhibición sexual en espectáculos públicos (OIM 2007:17). La explotación laboral, por su parte, agrupará los supuestos de trabajos o servicios forzados, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud y la servidumbre, y cualquier forma de explotación laboral. Finalmente, los supuestos de extracción de órganos suponen aquellos actos de separación o trasplante de órganos humanos,

esto es, “de una parte diferenciada del cuerpo humano formado por diferentes tejidos, que mantiene su estructura, vascularización y capacidad para desarrollar funciones fisiológicas con un nivel de autonomía importante” (Pomares 2011: 555).

Es importante mencionar que no se requiere que se verifique en la realidad la situación de explotación de una persona, aunque sí es necesario que en tanto intención ésta se encuentre presente en cualquier momento de las conductas de trata que prevé el tipo penal.

## **5. EL ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DESDE EL DERECHO PENAL Y EL DIDH**

De acuerdo con la sentencia no existe controversia sobre el hecho que la víctima haya sido una niña y que haya sido captada en su lugar de origen para ser trasladada a otro lugar. La propia Corte en su fundamento 2 recuerda que no existe necesidad de unos de los medios. Aquí debemos mencionar que si bien los comunicados no tienen valor jurídico, los publicados en este caso han planteado posiciones contrarias a las desarrolladas en la sentencia. En el comunicado del 14 de septiembre se hizo referencia a los medios argumentando que no había sido sometida a ninguna amenaza, coacción o violencia y que había decidido voluntariamente trabajar como dama de compañía. En ese sentido, creemos necesario analizar a la luz de los estándares internacionales y del derecho penal: a) la ausencia de medios comisivos, b) el supuesto de explotación laboral y c) el supuesto de explotación sexual.

### **a) Sobre los medios comisivos**

El artículo 3 del Protocolo de Palermo en sus apartados c y d establece que:

“La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo; d) Por "niño" se entenderá toda persona menor de 18 años.”

Recordemos que tanto el Protocolo de Palermo como el artículo 153 del Código Penal excluyen expresamente la necesidad de invocar los medios cuando se trata de menores de edad. dado que se presume iure et de iure la ausencia de consentimiento válido de menores en un contexto vertical y de dominio como es el de la trata de personas. (Montoya 2016:414) En ese sentido, nunca puede argumentarse que es necesario analizar los medios; es decir, si la víctima fue engañada, coaccionada o violentada como se pretende en el comunicado del 14 de septiembre de 2016. No puede ser un argumento válido que la niña haya dado su consentimiento y que no se pueda probar uno de los medios para eximir de responsabilidad a la supuesta tratante.

## b) Con relación a la exclusión del supuesto de explotación laboral

Como se ha mencionado anteriormente, el tipo penal de trata prohíbe la captación o acogida de niños o niñas con fines de explotación laboral, entendiendo por estos fines los siguientes supuestos: trabajos o servicios forzados, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud y la servidumbre y cualquier forma de explotación laboral.

La sentencia niega la posibilidad de que la captación con fines de trabajo como dama de compañía sea una forma de explotación laboral. La Sala si bien no define expresamente en qué consiste el trabajo de dama de compañía, si constata las condiciones del trabajo real desempeñado por la menor de edad durante el tiempo de su acogida: más de doce (12) horas diarias de trabajo, él acompañar a los clientes en la consumición de bebidas alcohólicas, trabajo en un bar y *night club* y realización de por lo menos en una oportunidad un “pases” con uno de los clientes, lo cual significa de acuerdo a la sentencia haber mantenido relaciones sexuales. Establece que el trabajo de la niña no agotó su fuerza (fundamento n°4).

En este supuesto, es necesario analizar con precisión las obligaciones del Estado peruano hacia los niños y las niñas víctimas de trata con finalidad de explotación laboral. Este grupo cuenta con una protección específica desde el DIDH mediante la adopción de tratados referidos a su especial condición de vulnerabilidad.

Con relación a los niños, niñas y adolescentes, la Convención sobre Derechos del Niños<sup>6</sup> establece una serie de obligaciones relacionadas con la trata de personas:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.
2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular:
  - a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar;
  - b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo;
  - c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo. (Artículo 32) (énfasis agregado)

---

<sup>6</sup> El tratado entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. El Perú es un Estado parte desde el 4 de diciembre de 1990.

Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma. (Artículo 35)

Como puede observarse, existe una prohibición clara de la trata con la finalidad de explotación laboral. En el marco de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se adoptaron el Convenio 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo<sup>7</sup> y Convenio 182 de la OIT sobre Peores formas de trabajo infantil<sup>8</sup>. El primero plantea en su artículo 3 que la “edad mínima de admisión a todo tipo de empleo o trabajo que por su naturaleza o las condiciones en que se realice pueda resultar peligroso para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores no deberá ser inferior a dieciocho años”.

El artículo 3 del Convenio 182 por su lado, establece los cuatro (4) supuestos de peores formas de trabajo infantil:

- (a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados;
- (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, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y
- (d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

Como puede notarse, las finalidades de trata de personas establecidas en el Protocolo de Palermo se encuentran clasificadas como peores formas de trabajo infantil.

Luego de la adopción del Convenio 182, la OIT adoptó la Recomendación sobre las peores formas de trabajo infantil en 1999 con la finalidad de fortalecer la implementación del Convenio. Con relación al artículo 3 d) precisa que este tipo de trabajo hace referencia a:

- (a) los trabajos en que el niño queda expuesto a abusos de orden físico, psicológico o sexual;
- (b) los trabajos que se realizan bajo tierra, bajo el agua, en alturas peligrosas o en espacios cerrados;
- (c) los trabajos que se realizan con maquinaria, equipos y herramientas peligrosos, o que conllevan la manipulación o el transporte manual de cargas pesadas;
- (d) los trabajos realizados en un medio insalubre en el que los niños estén expuestos, por ejemplo, a sustancias, agentes o procesos peligrosos, o bien a temperaturas o niveles de ruido o de vibraciones que sean perjudiciales para la salud, y
- (e) los trabajos que implican condiciones especialmente difíciles, como los horarios prolongados o nocturnos, o los trabajos que retienen injustificadamente al niño en los locales del empleador. (énfasis agregado)

<sup>7</sup> El tratado entró en vigor el 19 de junio de 1976. El Perú es un Estado parte desde el 13 de noviembre de 2002.

<sup>8</sup> El tratado entró en vigor el 19 de noviembre de 2000. El Perú es un Estado parte desde el 10 de enero de 2002.

En el sistema interamericano, sobre la especial situación de la niñez, la Corte IDH a la luz del *corpus iuris* en materia de derechos de la niñez, en especial la Convención sobre Derechos del Niños y los Convenios 138 y 182 de la OIT consideró que las obligaciones del Estado de eliminar las peores formas de trabajo infantil son prioritarias (Corte IDH 2016: párrafo 332).

A nivel del ordenamiento interno el Estado peruano ha incorporado estas obligaciones. Mediante el Código de Niños y Adolescentes ha establecido en su artículo 22 que

El adolescente que trabaja será protegido en forma especial por el Estado. El Estado reconoce el derecho de los adolescentes a trabajar, con las restricciones que impone este Código, siempre y cuando no exista explotación económica y su actividad laboral no importe riesgo o peligro, afecte su proceso educativo o sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

Además, ha regulado los supuestos de trabajos de niños, niñas y adolescentes estableciendo que los adolescentes entre quince y diecisiete años no pueden trabajar más de seis horas diarias (artículo 56) y prohíbe el trabajo nocturno al menos de contar con una autorización judicial excepcional y que este no exceda las cuatro horas diarias (artículo 57). Adicionalmente, de manera específica, el Decreto Supremo 003-2010 MIMDES “Aprueban la Relación de Trabajos Peligrosos y Actividades Peligrosas o Nocivas para la Salud Integral y la Moral de las y los Adolescentes” ha regulado los trabajos peligrosos de acuerdo a las normas internacionales. En el anexo al Decreto se establece la lista de trabajos peligrosos por su naturaleza:

- B1. Trabajos en jornadas extensas, por encima de las seis (6) horas diarias.
- B2. Trabajos que se realicen con ausencia de medidas sanitarias, de higiene y seguridad.
- B3. El trabajo que se realice en medios de transporte público, interurbano o interprovincial, tales como cobradores, terramozas y otros similares.
- B4. El trabajo que, por su horario, distancia o exigencias, impida la asistencia al centro educativo, socializarse entre pares o comunicarse con su familia de origen.
- B5. Los trabajos en los que las y los adolescentes estén expuestos a abusos de orden físico, psicológico o sexual como son los realizados en centros nocturnos, prostíbulos, salas de juego de azar, salas o lugares de espectáculos para adultos. (énfasis agregado)

De acuerdo a la sentencia, la víctima trabaja más de doce (12) horas bebiendo alcohol con los clientes en un bar en el cual se lleva a cabo pases (fundamentos n°4, 6 y 7), queda claro que la niña fue sometida a un trabajo con un número de horas superior a la reglamentada en un establecimiento poco seguro y que ha sido expuesta a diversos abusos de orden sexual. En ese sentido, los riesgos para la salud y la seguridad de la niña son más que evidentes. De acuerdo con los estándares internacionales y la normativa peruana, tanto el número de horas dedicadas a la jornada de trabajo como el tipo y las condiciones del trabajo que desempeña son importantes para

considerar el trabajo de niña como trabajo peligroso. En ese sentido, la Corte debió calificar el trabajo como peligroso para la niña y por lo tanto como peor forma de trabajo infantil y debió sancionar a la tratante en base a las obligaciones previstas por el Protocolo de Palermo, la Convención sobre Derechos del Niño, los Convenios OIT y la normativa peruana.

### c) Con relación a la exclusión de la explotación sexual

El Protocolo de Palermo así como el tipo penal de trata prohíbe la captación o acogida de menores de edad con fines de explotación sexual, entendiendo por estos fines los siguientes supuestos: prostitución, servicios sexuales no remunerados, turismo sexual y pornografía. De acuerdo a los argumentos de la sala, el hecho de que las relaciones sexuales forzadas de la adolescente fueron solamente realizadas una vez y que no fue la razón del traslado impide calificar el delito como trata de personas (fundamento 8).

En este supuesto, es necesario analizar con precisión las obligaciones del Estado peruano hacia las niñas víctimas de trata con finalidad de explotación sexual. Existen una serie de instrumentos que prohíben la trata de personas con finalidad de explotación sexual en el caso de mujeres y niñas específicamente. En primer lugar, la Convención sobre Derechos del Niños, ha desarrollado un artículo específico sobre esta finalidad:

Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos. (Artículo 34)

Con relación a las mujeres, en el sistema universal, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante CEDAW)<sup>9</sup> establece en su artículo 6 que los Estados “ tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer”. El Comité CEDAW en su Recomendación General N° 19 (11º período de sesiones, 1992) sobre violencia contra la mujer reconoció que debido a la pobreza muchas niñas son llevadas a ejercer la prostitución.

En el ámbito interamericano, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra Mujer (en adelante, Convención de Belém Do Pará)<sup>10</sup> que constituye el primer tratado en establecer una relación directa y explícita entre la trata de personas y la violencia por

<sup>9</sup> El tratado entró en vigor el 3 de septiembre de 1981. El Perú es un Estado parte desde el 13 de septiembre de 1982.

<sup>10</sup> El tratado entró en vigor el 5 de marzo de 1995. El Perú es un Estado parte desde el 2 de abril de 1996.

razones de género, entendiéndose que la trata de personas constituye una forma de violencia contra la mujer. En particular, su artículo 2 establece lo siguiente:

Artículo 2.-

Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: [...] b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar [...] (énfasis agregado).

Estas disposiciones específicas en caso de mujeres y niñas implican un deber de garantía reforzado para el Estado.

Desde el derecho penal es importante comentar que:

la prostitución hace referencia a la prestación de servicios sexuales remunerados por lo que la prestación de servicios sexuales remunerados se deberá realizar en un contexto en el que una o más personas (los explotadores) tengan el control o el dominio de la persona que ejerza la prostitución. Este control se logra no solo a través de medios coercitivos, sino también de medios fraudulentos y abusivos (abusar de la situación de vulnerabilidad de la víctima). Las formas de explotación sexual incluyen los servicios sexuales que no son remunerados, el turismo sexual y la pornografía (entendida como representación de una persona realizando actividades sexuales explícitas, reales o simuladas o de una parte del cuerpo de la persona con fines primordialmente sexuales (Villacampa 2011: 432), siempre que medie una relación de dominación y control sobre la persona que realiza las actividades (Mac Gillivray y otros 2017:116).

La explotación sexual, especialmente de una niña, no se mide por el número de veces que tuvo relaciones sexuales con los clientes, si fue por encargo de otro o a cambio de una prestación económica. Debe quedar claro que recibir a una niña en un ambiente determinado y aprovechar su práctica sexual con un cliente a cambio de una prestación, aunque esta sea la única vez, constituye un acto de prostitución de menor en la que éste no tiene capacidad de consentir. Entonces, recibir a una menor de edad, dedicarla a la prostitución (aunque sea ocasionalmente), aprovechándose de su situación de vulnerabilidad (presunción iure et de iure) es un acto de trata de personas agotado en su modalidad de explotación sexual (Cobo Del Rosal 2002: 704 y 705). Tanto desde el derecho penal como desde las obligaciones del DIDH, el hecho que la niña haya sido trasladada para trabajar en un bar en el cual fue sometida a ejercer relaciones sexuales forzadas constituye trata de personas con finalidad de explotación sexual.

## CONCLUSIONES

- En el Perú según el Observatorio de Criminalidad el 79,6% de las víctimas son mujeres y el 50,1% de estas se encontraban en el rango de edad de 13 a 17 años, mientras que según el Sistema RETA este grupo constituye el 93.76% de las víctimas totales del 2011 al 2016 (Policía Nacional del Perú 2016). El 8,2% de los casos de trata de personas fueron detectados en Madre de Dios. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema no ha tomado en cuenta el contexto de la trata en el Perú y la especial situación de vulnerabilidad de la niña frente a este delito.
- El Estado peruano ha ratificado el conjunto de tratados que protegen a los niños y niñas de la trata de personas. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema no ha tomado en cuenta estos tratados en el caso estudiado.
- Tanto el Protocolo de Palermo como el artículo 153 del Código Penal excluyen expresamente la necesidad de invocar los medios cuando se trata de menores de edad dado que se presume iure et de iure la ausencia de consentimiento válido de menores en un contexto vertical y de dominio como es el de la trata de personas.
- La Corte debió calificar el trabajo de dama de compañía como peligroso para la niña y por lo tanto como peor forma de trabajo infantil y debió sancionar a la tratante en base a las obligaciones previstas por el Protocolo de Palermo, la Convención sobre Derechos del Niño, los Convenios OIT y la normativa peruana.
- Recibir a una niña, dedicarla a la prostitución (aunque sea ocasionalmente), aprovechándose de su situación de vulnerabilidad (presunción iure et de iure) es un acto de trata de personas agotado en su modalidad de explotación sexual. La Corte debió calificar el trabajo de dama de compañía como una finalidad de explotación sexual tomando en cuenta los estándares del DIDH y del derecho penal.
- Declarando la ausencia de nulidad de la sentencia que absolvía a la inculpada la Sala no ha cumplido con la obligación de sancionar a los responsables del delito de acuerdo al Protocolo de Palermo y otros instrumentos del DIDH. Además, no ha cumplido con el deber de protección y no revictimización de la niña.



## BIBLIOGRAFÍA

### CAPITAL HUMANO Y SOCIAL ALTERNATIVO

2015 *Trata de personas e Inseguridad ciudadana*. Lima. Consulta: 14 de octubre de 2016.

<http://www.chsalternativo.org/trata-de-personas-en-el-peru/416-trata-de-personas-e-inseguridad-ciudadana/file> COBO DEL ROSAL, Manuel (director)

2002 *Comentarios al al Código Penal*. Madrid: EDERSA.

### COMISIÓN INTERMAERICANA DE DERECHOS HUMANOS

2015 *Movilidad humana: estándares interamericanos Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: normas y estándares del sistema interamericano*. Washington D.C. Consulta: 5 de diciembre de 2016

<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf>

### CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

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

2016 *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil verde vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia: 20 octubre de 2016

### IDEHPUCP

2016 Amicus curiae: Caso Fazenda Verde Vs. Brasil. Consulta: 10 de noviembre de 2016.

<http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/03/Amicus-Caso-Trabajadores-de-la-Hacienda-Brasil-Verde-vs.-Brasil.pdf>

### MEUWISEN, Myrthe

2014 *Respuestas locales a los casos de Trata de personas: Un análisis de la asistencia brindada a víctimas de Trata de personas por instituciones del Estado y de la sociedad civil en Lima e Iquitos (Perú)*. Tesis de maestría en Estudios Internacionales de Desarrollo. Utrecht: Universidad de Utrecht, Facultad de Geociencias. Consulta: 10 de junio de 2016.

<http://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/1874/254265/TESIS%20completo.pdf?sequence=1>

MAC GILLIVRAY, Jeremy y otros (coordinadores)

2017 *Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de trata de personas*. Lima: IDEHPUCP/OIM.

MONTOYA, Yván

2016 “El delito de trata de personas como delito complejo y sus dificultades en la jurisprudencia peruana” *Derecho PUCP*. Lima, número 76, pp. 393-419.

NOVAK, Fabián y Sandra NAMIHAS.

2004 *Derecho internacional de los Derechos Humanos: manual para magistrados y auxiliares de justicia*. Lima: Academia de la Magistratura.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES.

2007 *La trata de personas: una realidad en el Perú. Diagnóstico y Módulo de capacitación a capacitadores*. Lima.

OBSERVATORIO DE CRIMINALIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO DEL PERÚ

2015 *Cifras estadísticas de Trata de Personas 2009-2014*. Lima: Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público del Perú. Consulta: 10 de septiembre de 2016.

<http://portal.mpfm.gob.pe/descargas/observatorio/tratadepersonas/20150405.pdf>

POMARES CINTAS, Esther.

2011 “El delito de trata de seres humanos”, en: *Derecho Penal Español. Parte Especial I*, Valencia: Tirant lo Blanch

WALK FREE FOUNDATION.

2016 *Índice Global de Esclavitud 2016*. Consulta: 8 de julio

<http://www.globallslaveryindex.org/region/the-americas/>