

# AMICUS CURIAE

APORTES SUSTANTIVOS Y PROCESALES  
A LA PERSECUCIÓN DEL  
**DELITO DE TRATA DE PERSONAS**





# Contenidos

Presentación	4
1. Evolución legislativa del delito de trata de personas	5
2. Estudio sobre la “situación de vulnerabilidad” de las víctimas del delito de trata de personas	12
3. Irrelevancia del consentimiento de la víctima para declarar atípica la trata de personas	34
4. La invalidez de las conductas neutras en el delito de trata de personas irrelevancia	44
5. Criterios a considerar en la fundamentación de la reparación civil en el delito de trata de personas	53
6. Problemas concursales del delito de trata de personas	86
7. ¡El hacer de dama de compañía sí agota la fuerza de la trabajadora!	126
8. El testimonio de la víctima en el delito de trata de personas	152
9. Algunas consideraciones sobre la prueba y el delito de trata	169

# PRESENTACIÓN

**¿CUÁL ES EL ROL DE LA ACADEMIA?** No es solamente investigar y debatir, sino también aportar con soluciones concretas a problemas sociales que puedan convertirse en políticas públicas.

Un problema profundo y hasta desesperanzador es el de la explotación humana. Nos falta compasión. Nos falta remordimiento. Lo más desolador es que la explotación humana está normalizada en el Perú, y por ello se ha convertido en un problema invisible.

La explotación sexual de las víctimas de trata de personas es un problema muy complicado de resolver, pues es el resultado de un tejido social y cultural fracturado como consecuencia de la pobreza. Una pobreza que resta dignidad, que es reflejo de la falta de oportunidades y de una asignación de roles que pone en mayor desventaja a las mujeres frente a los hombres.

Profesores y estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico decidieron hacer algo. Han elaborado un informe legal (*amicus curiae*) para ser entregado al Ministerio Público con el propósito de aportar criterios teóricos y prácticos que faciliten la lucha contra la trata de personas.

La persecución de este delito se complica cuando los tratantes alegan que las víctimas prestaron su consentimiento. En realidad, este último es aparente o ficticio, pues se trata de un delito vinculado a la noción de vulnerabilidad. También es un obstáculo el que se afirme, como lo hizo la Corte Suprema, que para ser culpable de este delito la finalidad de explotar a la víctima se debe presentar desde que fue reclutada y no después.

La complicidad de los agentes involucrados en este delito tampoco es un tema sencillo de dilucidar, y el presente informe ofrece criterios que ayudarán a despejar dudas. También brinda parámetros más justos para determinar el monto de las reparaciones civiles, y aporta luces para valorar la prueba a través de indicios.

Con orgullo, la Facultad presenta este documento a la comunidad y hace votos por que las autoridades competentes pongan el mayor empeño posible en perseguir eficazmente este delito, pero por sobre todas las cosas, dediquen todos sus esfuerzos en dismantelar el tejido social que lo acoge.

Cecilia O'Neill de la Fuente  
*Vicedecana de la Facultad de Derecho*

# 1

## Evolución legislativa del delito de trata de personas



<b>1823</b>	Constitución de 1823, prohibió la esclavitud: <i>"Art. 11: Nadie nace esclavo en el Perú, ni de nuevo puede entrar en él alguno de esta condición. Queda abolido el comercio de negros".</i>
<b>1828</b>	Constitución de 1828, prohibió la esclavitud: <i>"Art. 5.- El ejercicio de los derechos de ciudadanía se pierde: 3.- Por el tráfico exterior de esclavos".</i> <i>"Art. 152.- Nadie nace esclavo en la República, tampoco entra de fuera ninguno que no quede libre".</i>
<b>1834</b>	Constitución de 1833: <i>"Art. 146.- Nadie nace esclavo en el territorio de la república, ni entra ninguno de fuera que no quede libre".</i>
<b>1854</b>	Decreto firmado por Ramón Castilla en Huancayo: <i>"Art. Único. Los varones y las mujeres tenidas hasta ahora en el Perú por esclavos o por siervos libertos, sean que su condición provenga de haber sido enajenados como tales o de haber nacido de vientres esclavos, sea que de cualquier modo se hallen sujetos a servidumbre perpetua o temporal; todos, sin distinción de edad, son desde hoy para siempre enteramente libres".</i>
<b>1856</b>	Constitución de 1856, sancionó el comercio de esclavos: <i>"Art. 40.- El derecho de ciudadanía se pierde: 6°.- Por el tráfico de esclavos aún en el exterior".</i>
<b>1920</b>	Constitución de 1920, prohibió el trabajo forzoso: <i>"Art. 22.- No hay ni puede haber esclavos en la República. Nadie podrá ser obligado a prestar trabajo personal sin su libre consentimiento y sin la debida retribución.</i> <i>La ley no reconoce pacto ni imposición alguna que prive de la libertad individual".</i>
<b>1926</b>	Convención relativa a la esclavitud del 25 de septiembre de 1926 y entró en vigor desde el 9 de marzo de 1927.
<b>1933</b>	Constitución de 1933, prohibió el trabajo forzoso: <i>"Art. 55.- A nadie puede obligarse a prestar trabajo personal sin su libre consentimiento y sin la debida retribución".</i>
<b>1948</b>	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en la ciudad de Bogotá, Colombia, el 30 de abril de 1948, en la Novena Conferencia Internacional Americana y entró en vigor el 13 de diciembre de 1951.
<b>1949</b>	Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena del 2 de diciembre de 1949 y entró en vigor el 25 de julio de 1951.
<b>1951</b>	Convención relacionada con el Estatuto de Refugiados de las Naciones Unidas de 28 de julio de 1951.

<b>1956</b>	Convención complementaria sobre la abolición de la esclavitud, comercio de esclavos, las Instituciones y Prácticas Análogas de la Esclavitud, aprobada mediante resolución 608 (XXI) de 30 de abril de 1956 y entró en vigor el 30 de abril de 1957.
<b>1957</b>	Ratificación del Convenio 105 de la OIT relativo a la abolición del trabajo forzoso del 25 de junio 1957 y entró en vigor el 17 de enero de 1959. El Perú se adhirió el 6 de diciembre de 1960.
<b>1959</b>	Ratificación de la Declaración Universal de derechos humanos Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948. El Perú la aprobó mediante Resolución Legislativa N° 13282 de 15 de diciembre de 1959.
<b>1959</b>	Convenio 29 relativo al Trabajo de Forzoso u Obligatorio de la Organización Internacional del Trabajo del 28 de junio de 1930 y entró en vigor el 1 de mayo de 1932.
<b>1966</b>	Ratificación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976.
<b>1969</b>	Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica) de 22 de noviembre de 1969 y entró en vigencia el 18 de julio de 1978.
<b>1979</b>	Constitución de 1979, prohíbe la trata de personas: "Art. 2: 24) (...) En consecuencia: b) No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo los casos previstos por la ley. Están abolidas la esclavitud, servidumbre y trata en cualquiera de sus formas".
<b>1979</b>	Ratificación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer del 18 de diciembre de 1979 y entró en vigor 3 de septiembre de 1981.
<b>1980</b>	Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores del 25 de octubre de 1980 y entró en vigor el 1 de diciembre de 1983.
<b>1985</b>	Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las víctimas de Delitos y del Abuso del Poder Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, la cual se aprobó mediante Resolución 40/34. El Perú la adoptó el 29 de noviembre de 1985.
<b>1986</b>	Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los planos Nacional e Internacional. Fue Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/85, de 3 de diciembre de 1986.

<b>1990</b>	Ratificación de la Convención sobre los derechos del niño del 20 de noviembre de 1989.
<b>1991</b>	Código Penal de 1991, sanciona la trata de personas en el marco del proxenetismo: "Art. 182.- Trata de personas: El que promueve o facilita la entrada o salida del país o el traslado dentro del territorio de la República de una persona <i>para que ejerza la prostitución</i> , será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de 10 años. (...)".
<b>1993</b>	Constitución vigente prohíbe la trata de personas: "Art. 2: 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: b. No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas".
<b>1993</b>	Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional del 29 de mayo de 1993 y entró en vigor el 1 de mayo de 1995.
<b>1993</b>	Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de diciembre de 1993.
<b>1994</b>	Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores del 18 de marzo de 1994. El Perú la aprobó mediante Resolución Legislativa N° 28152 de 10 de diciembre de 2003. Ratificada por Decreto Supremo N° 020-2004-RE de 24 de febrero de 2004 y entró en vigor el 4 de junio de 2004.
<b>1994</b>	Ley N° 26309 que modificó el tipo penal de trata de personas: "Art. 153.- <i>El que retiene o traslada de un lugar a otro a un menor de edad o a una persona incapaz de valerse por su misma, empleando violencia, amenaza, engaño u otro acto fraudulento, con la finalidad de obtener ventaja económica o explotar social o económicamente a la víctima, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de 10 años, e inhabilitación conforme al artículo 36., incisos 1., 2., 4. y 5.</i> "
<b>1996</b>	Ratificación de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o "Convención de Belem do Para" del 9 de junio de 1994. El Perú la aprueba el 25 de marzo de 1996 mediante Resolución Legislativa N° 26583.
<b>1999</b>	Convención 182 de la OIT sobre la Eliminación de las Peores Formas de Trabajo Infantil del 17 de junio de 1999 Ginebra y entró en vigor el 19 de noviembre de 2000.
<b>2000</b>	Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional entró en vigor el 29 de septiembre de 2003.
<b>2000</b>	Código de los Niños y Adolescentes, aprobado el 21 de julio de 2000 mediante Ley N° 27337.

2000	Protocolo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Aprobada mediante Resolución 54/263 del 25 de mayo de 2000 y entró en vigor el 18 de enero de 2002.
2000	Protocolo para prevenir, suprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños aprobada mediante Resolución 55/25 de 15 de noviembre de 2000 (anexo II) y entró en vigor el 25 de diciembre de 2003.
2001	Ratificación del Estatuto de Roma del 17 de julio de 1998. El Perú lo ratificó el 13 de noviembre de 2001 mediante la Resolución Legislativa N° 27517.
2002	Ratificación del Convenio 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación del 17 de junio de 1999 y entró en vigor el 19 de noviembre de 2000.
2002	Ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus Protocolos. El Perú lo ratificó el 23 de enero de 2002. <ul style="list-style-type: none"> <li>- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños</li> <li>- Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.</li> </ul>
2002	Ratificación del 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 aprobada mediante Resolución 54/263 del 25 de mayo de 2000 y entró en vigor el 18 de enero de 2002.
2004	Ley N° 28251 que modifica el artículo 182 del Código Penal, amplía los supuestos de explotación sexual: <i>“El que promueve o facilita la captación para la salida o entrada del país o el traslado dentro del territorio de la República de una persona para que ejerza la prostitución, someterla a esclavitud sexual, pornografía u otras formas de explotación sexual, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de 10 años. (...)”.</i>
2004	Ley N° 28190 que protege a los menores de edad de la mendicidad del 26 de febrero de 2004.

2007	<p>Ley N° 28950 contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes: Deroga el artículo 182° del Código Penal y tipifica de forma más completa la trata de personas en el artículo 153:</p> <p><i>“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 15 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.”</i></p>
2008	<p>Reglamento de la Ley N° 28950 - Ley contra la trata de personas y tráfico ilícito de migrantes del 7 de junio de 2006.</p>
2014	<p>Ley N° 30251- que perfecciona la tipificación del delito de trata de personas. Modifica el artículo 153 del Código Penal (tipificación vigente):</p> <p><i>“1. El que, mediante violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio, capta, transporta, traslada, acoge, recibe o retiene a otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país con fines de explotación, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de 15 años.</i></p> <p><i>2. Para efectos del inciso 1, los fines de explotación de la trata de personas comprende, entre otros, la venta de niños, niñas o adolescentes, la prostitución y cualquier forma de explotación sexual, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, cualquier forma de explotación laboral, la mendicidad, los trabajos o servicios forzados, la servidumbre, la extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos, así como cualquier otra forma análoga de explotación.</i></p> <p><i>3. La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considera trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios previstos en el inciso 1.</i></p> <p><i>4. El consentimiento dado por la víctima mayor de edad a cualquier forma de explotación carece de efectos jurídicos cuando el agente haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en el inciso 1.</i></p> <p><i>5. El agente que promueve, favorece, financia o facilita la comisión del delito de trata de personas, es reprimido con la misma pena prevista para el autor”.</i></p>

<b>2017</b>	Decreto Legislativo N° 1322 del 6 de enero de 2017, este Decreto dispone excluir de la vigilancia electrónica los procesados y condenados por el delito de trata de personas.
<b>2018</b>	Ley N° 30794 del 18 de junio de 2018, esta Ley establece como requisito para prestar servicios en el sector público, no tener condena por terrorismo, trata de personas y otros delitos.
<b>2018</b>	Ley N° 30819, de 13 julio de 2018, esta Ley aumentó la pena a imponerse de 25 a 30 años. La pena no podrá ser menor de treinta años cuando la víctima haya sido sometida al delito de trata de personas o cualquier tipo de explotación humana en el tipo penal de feminicidio artículo 108-B del Código Penal.
<b>2018</b>	Ley N° 30838, de 4 de agosto de 2018, que incorpora al Código Penal el artículo 88-A, y establece la imprescriptibilidad de la pena y de la acción penal en el delito de trata de personas y otros delitos. Asimismo, mediante esta Ley se modificó el artículo 46 del Código de Ejecución Penal, para prohibir el beneficio penitenciario de redención de la pena por el trabajo o la educación para aquellos internos que hayan cometido delitos vinculados al crimen organizado, dentro de los cuales está el delito de trata de personas. Esta Ley también modificó el artículo 50 del Código de Ejecución Penal, para prohibir los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional para aquellos internos que hayan cometido delitos vinculados al crimen organizado, dentro de los cuales está la trata de personas.

# 2

## Estudio sobre la “situación de vulnerabilidad” de las víctimas del delito de trata de personas

**ES IMPORTANTE TENER EN CLARO QUE LA VULNERABILIDAD EN LA CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE LA TRATA DE PERSONAS ES UNO DE SUS PUNTOS FUNDAMENTALES.** Por ello, es imprescindible tener en claro *qué* se entiende por vulnerabilidad en el marco de la trata a fin de determinar *cuáles* son las situaciones de vulnerabilidad y su desarrollo en los instrumentos internacionales y nacionales.

Vulnerabilidad es un término utilizado en diversos ámbitos, como -por ejemplo- la seguridad humana, la salud, el medio ambiente y la justicia penal<sup>1</sup>. En el ámbito penal, la vulnerabilidad hace referencia exclusiva a los diferentes factores que aumentan el riesgo que una persona o un grupo puedan convertirse en víctimas potenciales de la trata. Entre los factores significativos que hacen susceptible la vulnerabilidad de una persona o grupo determinado de ellos, dentro del marco de la trata, tenemos la desigualdad, la violencia por razón de género, la discriminación y la pobreza<sup>2</sup>.

Estos factores no son excluyentes para definir la vulnerabilidad en el ámbito de la trata de personas, pues existen otros que permiten ubicar con mejor precisión su concepto. Así, se tiene que entre los factores que pueden considerarse significativos en atención a la vulnerabilidad de las personas que podrían convertirse en víctimas de la trata se incluye la pertenencia a un grupo minoritario, el sexo y la falta de una condición jurídica reconocida. También se tiene el factor edad, que sitúa a los menores en una situación de riesgo altamente probable de afectación<sup>3</sup>.

Los factores antes mencionados no solo ponen en peligro a la persona o a un grupo de ellas, sino que además ayudan a determinar que en la trata de personas la vulnerabilidad no se propaga o materializa de forma proporcional a toda la población;

- 
- 1 Véase el sitio web [https://www.unodc.org/documents/human\\_trafficking/2016/Abuse\\_of\\_a\\_position\\_of\\_vulnerability\\_Spanish.pdf](https://www.unodc.org/documents/human_trafficking/2016/Abuse_of_a_position_of_vulnerability_Spanish.pdf), p. 12.
  - 2 Véase el Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para Combatir la Trata de Personas, documento A/RES/64/293 de las Naciones Unidas, del 12 de agosto de 2010, tercer párrafo del preámbulo.
  - 3 Véase la publicación de la OIT: Dar un rostro humano a la globalización. Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo, 101ª reunión, junio de 2012, párrafos 590, 594 y 605.

por el contrario, solo se materializa en un grupo determinado de sujetos: menores, mujeres, refugiados y los desplazados internos.

Las *100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*, documento emitido en el marco de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que se llevó a cabo en 2008 en la ciudad de Brasilia (Brasil), señala –en la sección 2 punto 1 sobre el concepto de las personas en situación de vulnerabilidad– que:

“Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Podrán constituir causas de la vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de la libertad.

La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico”.

La vulnerabilidad en el contexto de la trata no guarda definición concreta, sino que está sometida en relación con cada uno de los factores que ayudan a su entendimiento. Por ello, solo se podrá entenderla en función de cada caso en concreto.

Por otro lado, el concepto de vulnerabilidad no puede ser entendido en el mismo contexto conceptual de la “situación de vulnerabilidad”, pues este último término hace alusión a aquel momento en el que la persona víctima de la trata no tiene elección alguna que le permita no ser susceptible de abuso.

La vulnerabilidad, como se dijo líneas arriba, comprende todos los factores que hacen posible que un determinado sujeto o grupo de personas pueda ser víctima de trata, como el psicológico, social, económico, entre otros. La situación de vulnerabilidad condiciona a la persona a aceptar su explotación, como por ejemplo– la dependencia económica de la víctima, su situación jurídica en un determinado país, la fragilidad de su salud física y/o mental, entre otros<sup>4</sup>. Ahora bien, la similitud que podemos encontrar entre ambos conceptos es la generalidad de contenido. Prueba de ello es que durante todos estos años ningún instrumento internacional ha podi-

4 Cfr. Informe explicativo del Convenio Europeo contra la Trata de Seres Humanos, párr. 83.

do desarrollar de manera clara y precisa qué se ha de entender por cada término. Sin embargo, cada caso en concreto será el que ayude a construir su significado.

El protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional es uno de los instrumentos internacionales que comprueba lo antes mencionado. Así, en su artículo 3 inciso a) señala que se entenderá 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”.

Como se puede apreciar no se señala ni detalla de forma clara y precisa el concepto de vulnerabilidad y situación de vulnerabilidad, lo que mantiene en genérico ambos conceptos.

Otro de los instrumentos internacionales que desarrolla de forma genérica los conceptos antes mencionados es la Directiva Europea 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. La idea de vulnerabilidad es desarrollada en el preámbulo en un sentido amplio:

“Cuando la infracción se comete en determinadas circunstancias, por ejemplo, contra una víctima particularmente vulnerable, la pena ha de ser más severa. En el contexto de la presente Directiva, entre las personas particularmente vulnerables deben estar incluidos, al menos, los menores. Otros factores que podrían tenerse en cuenta al evaluar la vulnerabilidad de una víctima son, por ejemplo, el sexo, el estado de gestación, el estado de salud y la discapacidad”

Por otro lado, en su artículo 2 esta directiva señala respecto del concepto de situación de vulnerabilidad:

“[...] los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que sean punibles las conductas siguientes cuando se cometan intencionadamente: La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso

de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotarla” [inciso 1].

Agrega que “existe una situación de vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso” [inciso 2].

Como podemos observar ni el protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ni la directiva europea mencionada perfilan un concepto claro y preciso respecto a las definiciones de vulnerabilidad y situación de vulnerabilidad.

El Perú no es la excepción, pues simplemente se ha introducido el mismo concepto genérico y ambiguo ya comentado. Así, el protocolo del Ministerio Público para acreditación de la situación de vulnerabilidad de las víctimas de trata de personas<sup>5</sup> indica que se entenderá como 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. 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”.

Por su parte, la Defensoría del Pueblo dice en su ‘Informe sobre la trata de personas en agravio de niños, niñas y adolescentes’ que “la vulnerabilidad de un grupo o un individuo surge cuando está en una posición de desventaja para poder hacer efectivos sus derechos y libertades”<sup>6</sup>. Como vemos, un concepto genérico del término que no ayuda a entender su contenido.

En tanto, SALINAS SICCHA, explica que la situación de vulnerabilidad “se debe entender como la situación de desventaja en que se encuentran la víctima, ello como consecuencia de la carencia de recursos económicos, la falta de oportunidades, la

5 Documento aprobado mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 2636-2018-MP-FN del 18 de julio de 2018.

6 DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *La trata de personas en agravio de niños, niñas y adolescentes*, Serie Informes Defensoriales – Informe N° 158, 1era edición, Lima, 2013, p. 14

violencia política o la violencia familiar, etc., que son aprovechadas por las organizaciones criminales para identificar y captar a sus víctimas o por personas inescrupulosas que a través del engaño someten a una persona a labores o trabajos de explotación”<sup>7</sup>.

De la misma manera, GÁLVEZ VILLEGAS y DELGADO TOVAR, refieren que:

“El agente puede valerse también del abuso de una posición de vulnerabilidad, atendiendo a la indefensión de la víctima, ya sea por su inmadurez, falta de fortaleza física o moral derivadas de su edad o salud física o mental, o cuando está en situación en peligro, o en los que la persona involucrada no tiene más alternativa que someterse al abuso del agente por la situación en que se encuentra, por ejemplo, tratándose de personas que se encuentran en situaciones de endeudamiento –deudas creadas por los propios tratantes, p.ej., los costos del traslado de la víctima de un lugar a otro, de alimentación, etc.– y que se ven coaccionados por el agente del delito, llegando en muchos casos a exigirles el pago con la prestación de servicios sexuales en el mercado del sexo (prostitución), explotación laboral en algunos casos las víctimas se ven obligadas a pagar con la venta de sus órganos. También serán subsu- mibles los casos en los que la víctima es un adicto a las drogas y el tratante se encarga de proporcionarle las sustancias tóxicas que consume a cambio de que se prostituya. La situación socioeconómica también constituye un caldo de cultivo para la trata de personas, ésta obliga a muchos niños a dejar los estudios y los juegos infantiles para dedicarse a trabajar en las calles”<sup>8</sup>.

Sin embargo, si sumamos todos los conceptos desarrollados en relación con la vulnerabilidad podemos mencionar que ello consiste en las características personales o generales que son ocasionadas como consecuencia de una situación de desventaja, lo cual genera que sea(n) susceptibles de un sometimiento contra su voluntad.

Por otro lado, tenemos que el protocolo del Ministerio Público ha recopilado y estructurado en buen orden los factores de vulnerabilidad que permitirán determinar que nos encontramos frente a una situación de vulnerabilidad de un sujeto o grupo de personas víctima de la trata. Así, se señala en el punto 7.7.2 que los factores de

7 SALINAS SICCHA, Ramiro, *Derecho Penal. Parte Especial*, Volumen 1, 7ma edición, Iustitia, Lima, 2018, p. 670.

8 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y DELGADO TOVAR, Walther Javier, *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo II, Jurista Editores, Lima, 2012, p.156

vulnerabilidad han sido identificados y clasificados en atención al tipo de vulnerabilidad, es decir, en vulnerabilidad física, psicológica, mental y antropológica-social.

El protocolo brinda un inmerso aporte para la correcta identificación y clasificación de los factores de la vulnerabilidad, conforme se puede apreciar a continuación:

- a) **Vulnerabilidad física:** La palabra vulnerable es de origen latín “vulnerabilis”, una palabra formada por “vulnus” que significa “herida” y el sufijo “-abilis” que expresa “posibilidad”, por lo tanto, es la posibilidad de ser herido, adjetivo para hacer referencia a una persona o cosa que puede ser dañado o recibir lesiones, bien sea físicas o morales. Según el Diccionario de la Real Academia, el concepto puede aplicarse a una persona o a un grupo social de acuerdo a su capacidad para prevenir, resistir y sobreponerse de un impacto. Las personas vulnerables se caracterizan por ser frágiles e incapaces de soportar algún acto.

En un principio, el término de vulnerabilidad se relaciona con los niños, mujeres y ancianos ya que poseen mayor fragilidad con respecto a otros grupos de personas, por ejemplo: un niño es vulnerable frente al maltrato de un adulto. Una persona puede convertirse también en un ser vulnerable debido a ciertas circunstancias que esté atravesando en su vida, generando una crisis emocional, como es el caso de la muerte de un ser querido, ruptura en la relación amorosa, entre otras, lo que hace a la persona débil y que pueda ser herida con facilidad.

Asimismo, un individuo vulnerable es aquel que presenta condiciones sociales, culturales, políticas, económicas, educacional, diferentes de otras personas, ya que una persona sin estudios está en una situación de vulnerabilidad en tanto que le será difícil desenvolverse en el mercado laboral y obtener un puesto de trabajo que le permita satisfacer sus necesidades, lo que trae como resultado una desigualdad en la sociedad. En dicho contexto, en el marco de lo reseñado en los párrafos precedentes y las necesidades de creación del protocolo mencionado, se ha procedido de manera referencial a identificar una serie de factores de vulnerabilidad desde el punto de vista físico, los cuales procedemos a detallar:

- **La edad:** Del latín “aetas”, es un vocablo que permite hacer mención al tiempo que ha transcurrido desde el nacimiento de un ser vivo. La noción de edad brinda la posibilidad de segmentar la vida humana en diferentes periodos temporales.
- **Discapacidad física:** Son las deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación. Las deficiencias son problemas que

afectan a una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones o tareas, y las restricciones de la participación son problemas para participar en situaciones vitales. Por consiguiente, la discapacidad es un fenómeno complejo que refleja una interacción entre las características del organismo humano y las características de la sociedad en la que vive.

- **Desnutrición moderada o severa:** El término “desnutrición” se refiere a las carencias y los desequilibrios de la ingesta calórica y de nutrientes de una persona. La desnutrición, que incluye la emaciación (un peso insuficiente respecto de la talla), el retraso del crecimiento (una talla insuficiente para la edad) y la insuficiencia ponderal (un peso insuficiente para la edad).
  - **Madre adolescente gestante:** Es el embarazo que ocurre dentro del período de vida en el que el individuo adquiere la capacidad reproductiva, transitando los patrones psicológicos de la niñez a la adultez. Fija sus límites entre los 10 y 20 años (Peláez, 2012, pág. 38), entendiéndose por tal, al tiempo transcurrido desde la menarquía, y/o cuando la adolescente es aún dependiente de su núcleo familiar de origen.
  - **Enfermedad crónica:** Son enfermedades de larga duración y por lo general de progresión lenta. Las enfermedades cardíacas, los infartos, el cáncer, las enfermedades respiratorias y la diabetes, son las principales causas de mortalidad en el mundo; toda enfermedad que tenga una duración mayor a seis meses puede considerarse como crónica.
  - **Violencia sexual:** Son acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento o bajo coacción. Incluye también actos que no involucran penetración o contacto físico alguno. Asimismo, se consideran tales la exposición a material pornográfico y que vulneran el derecho de las personas a decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva, a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación.
- b) Vulnerabilidad psicológica:** Resulta fundamental que el psicólogo forense en la evaluación pericial identifique los factores de vulnerabilidad que se presentan a continuación:
- **Estigmatización:** Es un comportamiento, pensamiento inaceptable o inferior que provoca una despersonalización del sujeto.
  - **Déficit cognitivo:** Es la pérdida de funciones cognitivas, específicamente en la memoria, atención y velocidad de procesamiento de la información.

Este deterioro cognitivo de nuestro cerebro depende tanto de factores fisiológicos como ambientales.

- **Desvinculación familiar:** Es un hecho que remite a la situación particular de uno o más miembros de la familia cuando han comenzado a dejar de pertenecer o, ya han perdido su pertenencia en la propia familia.
- **Indefensión aprendida:** Es la condición por la cual una persona se inhibe ante situaciones adversas o dolorosas, cuando las acciones para evitarlo no han sido fructíferas, terminando por desarrollar su pasividad o falta de respuestas ante estímulos violentos.
- **Baja autoestima:** Se define como la dificultad que tiene la persona para sentirse querida, valorizada y competente, estas características pueden ser el resultado de antecedentes de violencia y/o problemas psicológicos.
- **Dependencia emocional:** La persona tiene una necesidad excesiva de afecto y de ser querido, con sensación de no poder vivir sin la otra persona, presenta autoestima baja, ansiedad, idealiza al otro, temor al rechazo y al abandono, incapacidad de no ser autosuficiente sin el otro, existe vacío existencial, sumisión y una necesidad de aprobación.
- **Inmadurez emocional:** Son comportamientos infantiles, con bajo desarrollo de los mecanismos de regulación de las emociones de tolerancia a la frustración y del sentimiento de responsabilidad hacia los otros, no asume sus actos con responsabilidad y firmeza acorde a su edad cronológica.
- **Estereotipos de género:** Es el conjunto de ideas preconcebidas utilizadas para explicar el comportamiento de varones y mujeres generadas en torno de la idea sobre cómo deben comportarse y los papeles que deben desempeñar en el trabajo, la familia, el espacio público.
- **Distorsión cognitiva:** Son esquemas equivocados de interpretar la realidad, son pensamientos irracionales que llevan a interpretar la realidad de una manera no objetiva y distorsionada, se pueden elaborar juicios distorsionados.
- **Precocidad sexual:** Es el inicio de la actividad sexual a temprana edad, las causas se derivan de las condiciones socioeconómicas desfavorables, menores de edad provenientes de hogares disfuncionales y el inicio temprano de los cambios puberales.
- **Ausencia de las figuras parentales:** Es la ausencia de una de ellas o de ambas figuras parentales y que generan inestabilidad emocional en el individuo.

- **Carencias afectivas y desprotección:** Es la ausencia o insuficiencia de cuidados por parte de figuras significativas que se transmiten en conductas tales como desatención, falta de apego durante los primeros años y a lo largo del desarrollo emocional de la persona.
- **Conductas disociales:** Es la persistencia de un patrón de conducta que implica violación de los derechos de otra persona y el fracaso para cumplir las normas aceptadas por la sociedad, como falta de empatía, falta de valores, de responsabilidad, de un proyecto de vida, falta de adaptación, impulsividad, etc.
- **Antecedentes de victimización:** Son episodios o hechos de violencia que se analizan en la historia personal de los evaluados y que se pueden expresar como violencia física, psicológica, sexual y económica. La Ley N° 30364 para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar, brinda la siguiente descripción:

**i. Violencia física:** Es la acción o conducta que causa daño a la integridad corporal o a la salud. Incluyéndose el maltrato por negligencia, descuido o por privación de las necesidades básicas que hayan ocasionado daño físico o que puedan llegar a ocasionarlo, sin importar el tiempo que se requiera para su recuperación.

**ii. Violencia psicológica:** Es la acción o conducta, tendiente a controlar o aislar a la persona contra su voluntad, a humillarla o avergonzarla y que puede ocasionar daños psíquicos. El daño psíquico, es la afectación o alteración de algunas de las funciones mentales o capacidades de la persona, producida por un hecho o un conjunto de situaciones de violencia, que determina un menoscabo temporal o permanente, reversible o irreversible del funcionamiento integral previo.

**iii. Violencia sexual:** Son acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento o bajo coacción. Incluyen actos que no involucran penetración o contacto físico alguno. Asimismo, se consideran como tales la exposición a material pornográfico y que vulneran el derecho de las personas a decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva, a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación.

**iv. Violencia económica:** Es la acción u omisión que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de cualquier persona, a través de: 1. La perturbación de la posesión, tenencia o pro-

riedad de sus bienes. 2. La pérdida, sustracción, destrucción, retención o apropiación indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales. 3. La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; así como la evasión del cumplimiento de sus obligaciones alimentarias. 4. La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo.

**c) Vulnerabilidad mental:** A continuación, se describen algunas definiciones y conceptos sobre los trastornos mentales clasificados:

- **Trastornos generalizados del desarrollo:** Son un grupo de trastornos que se inician en la primera infancia (antes de los tres años) y se caracterizan por presentar: alteraciones en la comunicación verbal y no verbal, alteraciones en las relaciones sociales, interés restringido y conductas repetitivas. La gravedad de los síntomas varía de una persona a otra y su evolución es también variable en el transcurso de la vida. Se incluye en ellos a los trastornos del espectro autista (como el síndrome de Asperger), y a otros trastornos del neurodesarrollo.
- **Retraso mental:** También denominado discapacidad intelectual (DSM 5) o trastorno del desarrollo intelectual (CIE 11), es un trastorno definido por la presencia de un desarrollo mental incompleto o detenido, caracterizado principalmente por el deterioro de las funciones mentales que en cada época del desarrollo contribuyen al nivel global de la inteligencia, tales como las funciones cognoscitivas, el lenguaje, las funciones motrices y la socialización.
- **Experiencias traumáticas:** Son experiencias en las que la persona ha estado expuesta ante uno o más acontecimientos de naturaleza extremadamente traumática que involucran riesgo de muerte, lesiones graves, violencia sexual u otras formas de violencia, ya sea en forma real o de amenaza. Las experiencias traumáticas incluyen la posibilidad de que estos acontecimientos no solo le hayan sucedido directamente a la persona, sino que los haya presenciado o, que tomó conocimiento que estos porque le ocurrieron a un familiar afectivamente próximo. Su vivencia ocasiona un conjunto de síntomas recurrentes como recuerdos perturbadores e invasivos del suceso, intentos de evitar recordar el evento traumático, presencia de alteraciones cognitivas negativas (“estoy mal”, “no puedo confiar en nadie”, “el mundo es muy peligroso”), alteraciones del estado de ánimo (miedo, te-

ror, enfado, culpa o vergüenza) o un estado de hiperactividad (irritabilidad, comportamiento imprudente o autodestructivo, hipervigilancia, problemas de concentración, alteración del sueño). De acuerdo con los mecanismos resilientes y el apoyo y tratamiento recibidos, estos síntomas pueden desaparecer progresivamente o permanecer durante toda la vida.

- **Depresión:** Es un trastorno mental frecuente que se caracteriza por la presencia de tristeza, pérdida de interés o placer, sentimientos de culpa o falta de autoestima, trastornos del sueño o del apetito, sensación de cansancio y falta de concentración. Según la Organización Mundial de la Salud es la principal causa mundial de discapacidad y contribuye de forma importante a la carga mundial general de morbilidad (enfermedad). La depresión puede llegar a hacerse crónica o recurrente y dificultar sensiblemente el desempeño en el trabajo o actividades académicas y la capacidad para afrontar la vida diaria. En su forma más grave, puede conducir al suicidio. Si es leve, se puede tratar sin necesidad de medicamentos, pero cuando tiene carácter moderado o grave se pueden necesitar medicamentos y psicoterapia profesional. La depresión es un trastorno que se puede diagnosticar de forma fiable y que puede ser tratado por no especialistas en el ámbito de la atención primaria de salud.
- **Trastornos psicóticos:** Son trastornos mentales graves en los que la persona pierde el contacto con la realidad y no es consciente de sus actos. Dos de sus síntomas principales son las delusiones o delirios y las alucinaciones. Las delusiones son pensamientos falsos en los que la persona cree firmemente, tales como la idea de que alguien les quiere hacer daño o que la televisión les envía mensajes secretos. Las alucinaciones son percepciones falsas, como escuchar, ver o sentir algo que no existe. Los trastornos psicóticos se presentan en enfermedades como la esquizofrenia, el trastorno bipolar descompensado, en la intoxicación aguda de drogas, tumores cerebrales, infecciones del cerebro, entre otras. El tratamiento depende de la causa de la psicosis. Puede incluir fármacos para el control de los síntomas y psicoterapia. La hospitalización es una opción para los casos serios en los que una persona puede ser peligrosa para sí misma o para los demás.
- **Trastornos de personalidad:** La personalidad se define como la particular forma de ser de cada persona, su estructura está constituida por diferentes rasgos. Los rasgos de la personalidad a su vez han sido definidos como formas específicas de comportamiento que se mantienen en la conducta en diferentes situaciones y en forma consistente a lo largo del tiempo. En la personalidad "normal" los rasgos se muestran adecuados a las circunstan-

cias y el entorno social en el que se desenvuelve la persona. El trastorno de personalidad se constituye cuando uno o más rasgos de la personalidad se tornan en rígidos, persistentes e inadecuados ocasionando una disfunción social en el comportamiento de la persona. De acuerdo con la clasificación internacional de enfermedades CIE 10, el diagnóstico de trastorno de personalidad se define en función a los siguientes criterios: i. Actitudes y comportamientos que afectan aspectos de la personalidad como la afectividad, excitabilidad, control de impulsos, formas de percibir, pensar y relacionarse con los demás. ii. El comportamiento anormal es duradero. iii. El comportamiento anormal es claramente desadaptativa para situaciones individuales y sociales. iv. Las manifestaciones aparecen en la infancia o adolescencia y persisten en la madurez. v. El trastorno puede conllevar malestar personal.

- **Adicciones:** La Organización Mundial de la Salud define las adicciones como una enfermedad física y psicoemocional que crea una dependencia o necesidad hacia una sustancia (farmacodependencia), actividad (ludopatía, dependencia a internet) o relación. Se caracteriza por un conjunto de signos y síntomas, en los que se involucran factores biológicos, genéticos, psicológicos y sociales. Es una enfermedad progresiva y fatal, caracterizada por episodios continuos de descontrol, distorsiones del pensamiento y negación de la enfermedad. Para referirnos a dependencia física y psicológica las personas presentan tres o más de los siguientes criterios en un período de 12 meses: i. Fuerte deseo o necesidad de consumir la sustancia (adicción). ii. Dificultades para controlar dicho consumo. iii. Síndrome de abstinencia al interrumpir o reducir el consumo. iv. Tolerancia. v. Abandono progresivo de intereses ajenos al consumo de la sustancia. (Inversión cada tiempo en actividades relacionadas con la obtención de la sustancia). vi. Persistencia en el uso de la sustancia a pesar de percibir de forma clara sus efectos perjudiciales.
- **Trastornos mentales orgánicos:** Incluyen un amplio, variado y complejo conjunto de desórdenes mentales que se originan en una pérdida o anomalía de la estructura y/o función del tejido cerebral. Estos trastornos anteriormente fueron denominados síndromes orgánicos cerebrales. Esta disfunción puede ser calificada como primaria, en el caso de enfermedades, lesiones o daños que afectan el cerebro de un modo directo y selectivo (como traumatismos encéfalo craneanos, demencia, tumores o infecciones cerebrales, trastornos cerebrovasculares, etc.), o secundaria, cuando otras enfermedades sistémicas o alteraciones orgánicas determinan el mal funcionamiento cerebral (como hipotiroidismo, Síndrome de Cushing, Síndro-

me de Addison, hepatitis, carcinoma, procesos infecciosos generales como tifoidea o tuberculosis, etc.). La mayoría de los trastornos mentales orgánicos tienden a empezar en la edad adulta. Algunos de estos trastornos son aparentemente irreversibles y progresivos y otros, son transitorios o responden a tratamientos específicos.

- **Demencias:** Es la pérdida progresiva de las funciones mentales superiores, especialmente cognitivas, debida a daños o desórdenes cerebrales. La demencia es un síndrome (conjunto de signos y síntomas) que obedecen a una enfermedad del cerebro, generalmente de naturaleza crónica o progresiva, en la que hay déficit de múltiples funciones corticales superiores, entre ellas la memoria, el pensamiento, la orientación, la comprensión, el cálculo, la capacidad de aprendizaje, el lenguaje y el juicio. La conciencia permanece clara. El déficit cognoscitivo se acompaña por lo general, y ocasionalmente es precedido, de un deterioro en el control emocional, del comportamiento social o de la motivación. Este síndrome se presenta en la enfermedad de Alzheimer, en la enfermedad cerebro vascular y en otras condiciones que afectan al cerebro de forma primaria o secundaria. La demencia produce un deterioro intelectual apreciable que repercute en la actividad cotidiana del enfermo, por ejemplo, en el aseo personal, en el vestirse, en el comer o en las funciones excretoras. Este deterioro de la actividad cotidiana depende mucho de factores socioculturales.

**d) Vulnerabilidad antropológico-social:** El aporte correspondiente a la pericia antropológica social ha sido elaborado fundamentalmente a partir de las contribuciones del Instituto de Medicina Legal y Ciencias forenses de la sede de Lima, así como de los consensos acordados con los especialistas de las diversas divisiones de médicos legales regionales.

- **Edad:** La edad en su dimensión cultural, alude a los roles que el entorno socio-cultural asume como aceptables y socialmente admitidos acerca de un rango de edad determinado. Es el caso de relacionamiento sexual temprano de las mujeres de los grupos amazónicos y en algunos lugares alejados de los andes. Lo mismo ocurre con la asignación de tareas laborales a los niños de acuerdo a sus capacidades, que no sería aceptado en sociedades urbanas.
- **Educación:** El insuficiente nivel en la calidad educativa que reciben determinadas poblaciones urbano marginales del interior, comunidades culturalmente diferenciadas, expresado en una infraestructura inadecuada, profesores insuficientemente capacitados que no cumplen con su carga laboral regular; tienen como correlato estudiantes con una educación deficitaria en

términos del adecuado manejo de las materias escolares regulares y del conocimiento de sus derechos más elementales. Salvo las excepciones existentes en toda sociedad, estos educandos al relacionarse con la sociedad nacional lo hacen en una condición de desventaja, que es aprovechada por los perpetradores del delito de la trata, particularmente en la modalidad de explotación laboral.

- **Pobreza:** La noción más desarrollada sobre esta condición de vulnerabilidad es la conocida como pobreza multidimensional. Superando la definición de pobreza que únicamente tiene en cuenta los ingresos monetarios; esta propuesta considera que una persona es multidimensionalmente pobre cuando su hogar tiene carencias en una tercera parte o más de indicadores como la salud, educación, vivienda, trabajo y protección social y se dice que su pobreza es multidimensionalmente severa si sufre carencias en al menos la mitad de estos indicadores. La aproximación antropológico-cultural sobre la pobreza de un individuo o de una familia en las poblaciones urbano-marginales y campesinas o, en los pueblos nativos o mestizos amazónicos del Perú, se inscribe dentro de la conceptualización multidimensional de la pobreza. Está asociada al acceso que estos peruanos tienen a los recursos que su entorno les ofrece o que consiguen utilizando ciclos combinados de actividades, agrícolas, de caza, pesca, recolección y en el caso de los urbano-marginales, a su articulación individual o familiar con el mercado laboral formal e informal. Los recursos monetarios o alimenticios así obtenidos les procuran la satisfacción total o parcial de sus necesidades esenciales y de ello depende su nivel de pobreza. Cuando las poblaciones rurales migran y se integran en los entornos marginales urbanos, pierden el acceso a sus recursos y quedan generalmente en situaciones carenciales extremas. Son por lo general las mujeres de estos grupos, las usualmente reclutadas por los tratantes para destinarlas a la trata en la modalidad de explotación sexual.
- **Lengua:** En los grupos amazónicos y quechuas más alejados, por lo general las mujeres y los varones de mayor edad son monolingües. Los varones son casi todos bilingües y utilizan ambas lenguas, aunque la originaria la utilizan para comunicarse entre ellos. Por último, los jóvenes aun cuando comprenden la lengua nativa prefieren utilizar el español para comunicarse entre sí. La condición monolingüe para la relación con la sociedad mayor es una desventaja, tanto en términos del rechazo y prejuicio existente ante estas lenguas como en la dificultad para el relacionamiento con el resto de compatriotas. Los tratantes abusan de esta condición de indefensión para

conseguir generalmente mujeres de edad mediana o jóvenes de ambos sexos destinándolas generalmente a la explotación laboral.

- **Lejanía geográfica:** Numerosos poblados de los Andes, la selva alta y el llano amazónico, por su lejanía y dificultad en el acceso, constituyen comunidades verdaderamente aisladas del resto del territorio nacional. En el primer caso son lugares a los que se accede por vías carrozables muy accidentadas o caminos de herradura transitables sólo en acémilas o a pie. A los poblados amazónicos de la selva alta, solo se arriba transitando por senderos húmedos y resbaladizos con puentes precarios, puentes colgantes. En tierras bajas amazónicas donde los ríos son el camino, se ingresa en canoas, “peque peque” u otras embarcaciones y en las más alejadas, combinando estos medios. Salvo sus autoridades, la mayoría de pobladores viajan a las capitales distritales en contadas ocasiones, no solo por la lejanía sino por el elevado costo del pasaje. Su falta de contacto con el resto de compatriotas, configura la existencia de individuos que desconocen sus derechos y las reglas básicas de la interacción con los demás, personas que son preferencialmente captadas para ser destinadas a la trata tanto sexual como laboral.
- **Etnicidad:** La condición étnica en el Perú concierne a la pertenencia cultural de más de 332,975 compatriotas como integrantes de alguno de los pueblos amazónicos de nuestro país. Su variado grado de involucramiento en diversos ámbitos de su cultura, define individuos que actúan de acuerdo a parámetros notoriamente diferenciados de las reglas que gobiernan hegemónicamente la sociedad nacional. Esta pertenencia cultural los coloca en una condición marginal, prejuiciada y jerárquicamente inferior respecto al resto de los peruanos; situación que es advertida y utilizada por los tratantes que abusan de ella para preferirlos en el reclutamiento destinado a la trata sexual y laboral.
- **Víctimas del conflicto interno:** El conflicto interno 1980-2000 en nuestro país, dejó como consecuencia miles de familiares de aquellos peruanos que fueron ejecutados arbitrariamente o desaparecidos; individuos y familias cuya condición de víctimas es indiscutible. Por décadas, estos peruanos han tratado de conseguir justicia o encontrar los cuerpos de sus parientes para darles la sepultura que sus creencias consideran adecuada. La desestructuración familiar, la destrucción de sus economías y los traumas personales, consecuencia de su inscripción en el escenario del accionar terrorista y la respuesta de los agentes del Estado, ha “construido” a personas que se encuentran en un notable grado de indefensión. Corresponde evaluar qué

integrantes de estos grupos familiares han sido captados e integrados a los circuitos de la trata de personas.

- **Condición de migrante:** Concierno a hombres y mujeres de países foráneos cuyo ingreso al país no ha sido regular. Su falta de documentos, insolvencia económica, el uso de una lengua diferente y sus necesidades primarias insatisfechas define a seres humanos cuya orfandad total los hace proclives al reclutamiento por parte de los tratantes con fines de explotación sexual y laboral. Esta condición puede involucrar también a los migrantes internos quienes por factores principalmente sociales o de seguridad (zonas de narcotráfico), se ven obligados a dejar sus viviendas y propiedades para escapar del peligro que corren, incluso a sus propias vidas. Al establecerse en otros territorios, lo hacen en una condición de precariedad total que en ocasiones puede ser aprovechada por los tratantes.

Como vemos, será determinante el análisis particular de cada caso en concreto a fin de poder construir tales conceptos según los detalles de cada situación fáctica. Por ello, será necesario identificar la existencia de vulnerabilidad de la víctima con el propósito de individualizar a la persona que está en un estado de indefensión y brindarle la ayuda necesaria, a través de un medio idóneo, que permita otorgarles la protección adecuada<sup>9</sup>.

En cuanto a este último punto, el protocolo del Ministerio Público brinda una metodología de aplicación para la acreditación de la situación de vulnerabilidad y el abordaje a la víctima a fin de brindarle la ayuda necesaria.

El punto 7.3 del protocolo señala que uno de los procedimientos para la acreditación de la situación de vulnerabilidad es que el fiscal deberá realizar las acciones de investigación que correspondan para identificar a la víctima del delito de trata.

También indica que el abordaje a la víctima tiene que ceñirse a los principios de respeto a la dignidad, derechos humanos, confidencialidad, honestidad, interés superior del niño, con una perspectiva de género y solvente capacidad técnica y profesional que permitan atender de manera integral y eficiente a las víctimas.

Así, la identificación de las condiciones que conllevan la situación de vulnerabilidad de las víctimas es pieza fundamental para la lucha contra el delito de trata de personas, pues a partir de ello serán viables las pautas de protección que deberán ser aplicadas por cada Estado en su legislación para erradicar los factores de vulnerabilidad.

9 Cfr. Nota orientativa sobre el concepto de "abuso de una situación de vulnerabilidad" como medio para cometer el delito de trata de personas, expresado en el artículo 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Luego de haberse precisado el contenido conceptual de la vulnerabilidad y situación de vulnerabilidad, corresponde describir el medio coactivo típico o medio coercitivo que ejecuta el agente del delito de trata de personas; es decir, el abuso de la situación de vulnerabilidad.

Al respecto, GÁLVEZ VILLEGAS y DELGADO TOVAR refieren que este supuesto se configura cuando el agente se aprovecha de la situación de dependencia o vulnerabilidad de la víctima, lo que facilita la comisión del delito puesto que el agraviado está en un estado de marcada desfavorabilidad para oponerse al agente<sup>10</sup>.

Según el “Protocolo de Acreditación de la Situación de Vulnerabilidad de las Víctimas de Trata de Personas” del Ministerio Público, el abuso de una situación de vulnerabilidad “ocurre cuando la vulnerabilidad personal, geográfica o circunstancial de una persona se usa intencionadamente o se aprovecha de otro modo para captar, transportar, trasladar, acoger o recibir a esa persona con el fin de explotarla, de modo que la persona crea que someterse a la voluntad del abusador es la única alternativa real o aceptable de que dispone. Al determinarse si es razonable la creencia de la víctima de que no tenía otra opción real o aceptable deben tenerse en cuenta sus características y circunstancias personales”.

Es oportuno señalar que el abuso de una situación de vulnerabilidad en el delito de trata de personas es un medio de coerción que fue plasmado en nuestro sistema legislativo. Sin embargo, este supuesto tiene sustento en instrumentos internacionales que han brindado un gran aporte a nuestro sistema interno:

- **Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas**, especialmente mujeres y niños que, complementada la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, del mes de diciembre del año 2000, en donde en el inciso a) del artículo 3 refiere lo siguiente:

“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”

10 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y DELGADO TOVAR, Walther Javier, *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo II, Jurista Editores, Lima, 2012, pp. 156-157

- **Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos**, documento aprobado en la XVI Asamblea General Ordinaria de la Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos, de fecha 9 y 10 de julio de 2008, a través del cual se brindó una herramienta para la debida protección de todo tipo de víctimas y testigos con respecto al delito de trata de personas y delitos conexos.

Ciertamente, en el punto siete de la guía se hace referencia a las víctimas (en situación de vulnerabilidad) en el delito de trata de personas, conforme se puede apreciar:

“La trata de personas afecta tanto a mujeres como a hombres, tanto a mayores como a niños y adolescentes. La finalidad es la explotación de la persona. Supone la cosificación de la persona y la abolición de su libertad. La explotación se concreta fundamentalmente en la obtención de un beneficio a partir de su utilización sexual, como mano de obra e incluso su cuerpo como mercancía. El ámbito del área conoce cada vez más la problemática derivada del denominado “turismo sexual”.

Se observan ciertas deficiencias legislativas, productoras de vacíos, en la definición delictiva de conductas referidas al tráfico ilegal de mano de obra y al empleo de menores a tal fin. Debe deslindarse adecuadamente, con respeto a los principios de especialidad y proporcionalidad, el ilícito administrativo del ilícito penal.

La víctima de estos delitos se caracteriza muchas veces por su resistencia al contacto con las Instituciones, siendo remisa a confiarles tanto el hecho como su persecución, así como a implicarse en un proceso de recuperación personal dirigido institucionalmente. En muchas ocasiones, la víctima es extraída de su entorno, con serias dificultades de recolocación, ya que a ello se suma, en no pocas ocasiones, la existencia de situaciones de ilegalidad sobre su presencia en el país. La opción de retorno de las víctimas se ve, finalmente, obstaculizada tanto por motivos de seguridad en el mismo como por su mera ejecución material.

El Ministerio Público debe asumir la presencia de estas víctimas en el proceso valorando tanto su escasa predisposición a la colaboración como la fugacidad de su disponibilidad, por lo que debe articular oportunos mecanismos de prueba preconstituída con plenas garantías para todas las partes a fin de que la persecución penal de la conducta sea eficaz, la víctima no sea sometida a procesos de revictimización y la propia dilación y reiteración de actuaciones suponga tanto un riesgo para su seguridad como un riesgo de ineficacia para el propio proceso.

Es decisiva tanto la colaboración externa que se puede obtener de toda una estructura de organizaciones no gubernamentales como la institucional de entidades como la Organización Internacional de Migraciones”

- **Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatir la trata de personas**, elaborado por las Naciones Unidas, de fecha 30 de julio de 2010, en donde se indicó lo siguiente:

“Los Estados miembros de las Naciones Unidas, reafirmamos nuestro compromiso de poner fin al horrible delito de la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, expresamos nuestra determinación de prevenir y combatir la trata de personas, de proteger y asistir a las víctimas de la trata de personas, de enjuiciar los delitos de trata de personas y de promover alianzas para reforzar la coordinación y la cooperación, y decidimos traducir nuestra voluntad política en medidas concretas adoptando un plan de acción a fin de: 1. Condenar sistemática y enérgicamente la trata de personas, actividad criminal que atenta contra la dignidad humana y tiene efectos negativos en el desarrollo, la paz y la seguridad y los derechos humanos; 2. Reconocer que por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño o el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación, lo que incluye, 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, según se establece en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”.

- **Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos**, elaborado por el Consejo de Europa, del año 2005 se definió a la trata de seres humanos de la siguiente manera:

“La contratación, el transporte, el traslado, el alojamiento o la acogida de personas mediante amenazas de recurrir a la fuerza, recurso a la fuerza o cualquier otra forma de obligación, mediante rapto, fraude, engaño, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad o mediante la oferta o la aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de

una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación. La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena o bien otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”

- **Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer**, elaborado por la Organización de los Estados Americanos de fecha 9 de junio 1994.

En ese sentido, en el artículo 9, se indicó lo siguiente:

“Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad”.

Cien Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, elaborado como consecuencia de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana de fecha 4 a 6 de marzo de 2008.

Siendo así, la sección N° 2 del mencionado instrumento internacional señaló lo siguiente:

“Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad.

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

De los instrumentos internacionales citados líneas arriba, podemos inferir que dichas herramientas han sido determinantes e influyentes al momento que el legislador nacional tipificara el delito de trata de personas (y su modificación a través de la Ley N° 28950), toda vez que, por ejemplo, se puede apreciar una marcada similitud con los conceptos indicados en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementada la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

En efecto, antes de la dación de la Ley N° 28950, no existía un adecuado tratamiento del delito de trata de personas, toda vez que el mismo se encontraba inmerso en el delito de proxenetismo (artículo 182 del Código Penal), así como también el mencionado tipo penal solamente se circunscribía a criminalizar las conductas con fines de explotación sexual. Sin embargo, con la promulgación de la mencionada Ley N° 28950, de fecha 12 de enero de 2007, y con el aporte de los instrumentos internacionales antes señalados se corrigió dichos inconvenientes conceptuales del anterior tipo penal.

# 3

## Irrelevancia del consentimiento de la víctima para declarar atípica la trata de personas



## I. La autodeterminación de la persona

**TODA PERSONA TIENE EL DERECHO A SU LIBRE DESARROLLO**, conforme el artículo 2, numeral 1, de la Constitución Política. Detrás de esa, aparentemente inocua declaración, está un postulado fundante del ordenamiento jurídico nacional: el respeto al derecho a la libre autodeterminación de la persona. El núcleo esencial de esta libertad es el reconocimiento del sujeto como un ser pensante y capaz de tomar una decisión para sí que sea acorde con su propia visión del mundo.

En ese sentido, para el derecho penal, allí donde el sujeto libremente haya adoptado una decisión, ésta ha de ser respetada independientemente de que se discrepe o no con la misma. La represión de una visión del otro es posible, pero sólo cuando se oponga con los derechos -individuales o colectivos- del resto de integrantes de la sociedad concreta. Detrás del respeto a la decisión está el reconocimiento del interactuante como un ser libre, esto es, como aquella persona a la que el ordenamiento jurídico le concede la posibilidad de orientarse conforme a sus propios deseos. De acuerdo con esta idea, el ordenamiento jurídico en general, y especialmente el ordenamiento jurídico penal, no pueden tener como misión otra que el garantizar al ciudadano el disfrute de las condiciones necesarias para que él pueda realizarse en el mundo conforme con sus propios deseos, libre de intervenciones externas que coacten su libertad.

El impacto del reconocimiento de la libre autodeterminación para el derecho penal es doble. Por un lado, se veda sancionar penalmente a aquellas acciones que la persona, libre y conscientemente, haya decidido realizar por su propia cuenta y sin que medie la influencia de terceros. Así, por ejemplo, actos de sadomasoquismo, prácticas sexuales consentidas entre adultos, carecerán de relevancia jurídico-penal. Según la teoría anglosajona del *Harm principle*, la autodeterminación del sujeto sólo podrá ser sancionada cuando ella genere un daño hacia el tercero. Por otro lado, aquellas acciones que atenten contra la libre autodeterminación de la persona e impidan que esta se desarrolle legítimamente, serán materia del derecho penal. Ejemplos de estos supuestos abundan a lo largo de todo el Código Penal, a saber: los delitos contra la libertad sexual, el delito de coacción y, en el centro de esa discusión, el delito de trata de personas.

## II. Afectación de la libre autodeterminación de la persona y trata de personas

La trata de personas es definida según el artículo 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional como:

“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;”

De la antes citada definición se puede desprender la idea de que el delito de trata de personas tutela la autodeterminación de la persona. Si analizamos las conductas que constituyen la trata, podemos observar que ellas se refieren a la prostitución, el trabajo o servicios forzados, la esclavitud, la servidumbre y la extracción de órganos. Salvo en este último supuesto, las acciones recaen directamente sobre distintas manifestaciones de la autodeterminación de la persona. De esta manera, cuando se refieren a la prostitución o actos similares, lo que en realidad protegería la norma es la afectación de la autodeterminación personal, concretada en la libertad sexual, esto es, concretada en el derecho de una persona de decidir -libre y autónomamente- cómo y cuándo ejercer su sexualidad. Cuando una persona somete a otra a ejercer su libertad sexual de una manera contraria a sus deseos, puede -entonces- decirse que estamos frente a un acto que doblega la autodeterminación del sujeto y que, como tal, ha de ser reprimido. De igual manera, cuando la norma hace referencia a actos de explotación laboral, lo que está detrás de esta norma es la autodeterminación de la persona con respecto a su libertad laboral. Finalmente, podría señalarse que en el tercer grupo de casos (la trata de personas para la extracción de órganos) también se afecta una esfera de la autodeterminación, que es la libertad de la persona de disponer de sus órganos como ella desee, lo que -en la medida en que no afectare a un tercero- no debería ser prohibido. En ese sentido, cuando una persona extrae los órganos de otra sin su consentimiento, no sólo afecta -en abstracto y de-

jando de lado la discusión sobre la juridicidad de la patrimonialidad de un bien- el patrimonio de la persona, sino también afecta la libertad de disposición de la persona sobre una parte de su cuerpo.

La idea de que la autodeterminación de la persona resulta seductora como objeto de protección del delito de trata de personas no es actualmente correcta. Inicialmente, el Código Penal reprimía como trata de personas sólo a la modalidad de explotación sexual del sujeto pasivo, dejando de lado las otras modalidades de trata previstas en el denominado Protocolo de Palermo. Asimismo, la explotación sexual de la persona no era directamente prevista como un tipo genérico de trata de personas, sino como una especie de delito contra la libertad sexual. En ese sentido, originalmente el Código Penal de 1991 consideraba en el artículo 182 a la trata de personas de la siguiente manera:

“Artículo 182. Trata de personas

El que promueve o facilita la entrada o salida del país o el traslado dentro del territorio de la República de una persona para que ejerza la prostitución, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de 10 años”.

Cabe señalar que no es posible reprochar nada al Código Penal de 1991, pues sus previsiones se hallaban acordes al Convenio para la represión de la trata de personas y de la prostitución ajena, de 1951. Este cuerpo normativo, representando el espíritu vigente de la época, sólo centraba sus esfuerzos normativos en la libertad sexual.

El legislador penal, consciente de que la trata de personas no debía ser restringida únicamente a la vulneración de la libertad sexual, sino también podría afectarse la libertad laboral, tipificó los actos de trata en los cuales se afectare la autodeterminación laboral de la persona. Así, el artículo 153 del Código Penal, introducido por la Ley N° 26309, tipificó la explotación laboral de la siguiente forma:

Artículo 153. El que retiene o traslada de un lugar a otro a un menor de edad o a una persona incapaz de valerse por sí misma, empleando violencia, amenaza, engaño u otro acto fraudulento, con la finalidad de obtener ventaja económica o explotar social o económicamente a la víctima, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de 10 años, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2, 4 y 5.

Si el agente comete el hecho en agrupación o en calidad de afiliado a una banda, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de 12 años, e inhabilitación conforme al Artículo 36, incisos 1, 2, 4 y 5”.

Hasta este punto podría señalarse que el objeto de protección únicamente era la autodeterminación sexual y laboral del sujeto pasivo. De allí que una interpretación del bien jurídico que se enfocara en la libertad sería absolutamente de recibo no sólo por la legislación positiva, sino por la dogmática jurídico-penal. No obstante, el panorama cambió totalmente a raíz de dos hechos que modificaron el enfoque en torno de la trata de personas. El primero fue el Protocolo de Palermo, el cual se convirtió, desde el año 1998, en el instrumento normativo internacional más importante sobre la materia aludida. Su fruto directo fue la Ley N° 28950, la cual dejó de limitarse a la libertad sexual o la libertad laboral, ampliando la modalidad a la libertad patrimonial (en los términos entendidos precedentemente). De esta manera, el tipo penal de trata de personas tenía el siguiente texto normativo:

“Artículo 153. 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 15 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”.

La norma dejaba claro que no estábamos frente a una voluntad expresada de forma pura y directa. Por ello, tenía como modalidades de la trata que la realización de la acción implicaba haber recurrido a violencia, amenaza u otras formas de coacción, la privación de libertad el fraude, el engaño, el abuso del poder o de una situación de vulnerabilidad. Detrás de todos los antes nombrados supuestos existe un punto claro y concurrente: son medios que afectan a la autodeterminación de la víctima, aprovechada por el autor, contra lo que reacciona el Protocolo de Palermo. En estricto, el autor se aprovecha de la imposibilidad fáctica de la víctima de decidir (situación de vulnerabilidad). En ese sentido, el legislador penal se avoca también a

aquellos supuestos en los cuales la persona no tiene ningún problema de comprensión o vicios externos en su voluntad, sino que estamos frente a supuestos donde el sujeto activo se aprovecha de la ausencia de opciones de la víctima para poder libremente realizar un acto sexual, o de sobreexigencia laboral.

Así, poniéndonos en el contexto actual, aquella ciudadana que carece de recursos económicos, teniendo una familia que mantener en la cual es ella es el único sustento de la familia, y decide aceptar el trabajo que le ofrece el regentador de un bar o de un burdel clandestino para fungir de dama de compañía, claramente es considerada sujeto pasivo del delito de trata de personas. Aparentemente, ella no podría ser considerada una víctima de trata, porque ella consciente totalmente el ejercer la prostitución, por lo que no podría considerarse -coherentemente con esta postura- que el sujeto activo utilice algún ardid u medio para doblegar su voluntad. La razón, manteniéndonos en la cada vez más complicada defensa de la autodeterminación (sexual, laboral o patrimonial) como bien jurídico del delito de trata de personas, es que la autodeterminación de la persona -dado el estado de vulnerabilidad en el que ella se encuentra- carece de validez. En situaciones distintas a las que esa persona se encuentra, ella no aceptaría dicho trabajo. Sin embargo, dada la urgente necesidad económica, su capacidad de rechazo disminuye y es forzada a realizar el acto, pese a que no lo desea.

La defensa de la autodeterminación sexual fue también asumida por la Corte Suprema de la República, la cual se pronunció sobre el delito en comentario en el Acuerdo Plenario N° 003-2011/CJ116. En dicho acuerdo expresó lo siguiente en su considerando N° 12:

“12. La trata de personas, en los términos como aparece regulada en el Código Penal vigente, constituye un delito que atenta contra la libertad personal [Cfr. Ramiro Salinas Siccha Derecho Penal. Parte Especial - Volumen I, Editorial Grijley, Lima, 2010, p. 498], entendida como la capacidad de autodeterminación con la que cuenta la persona para desenvolver su proyecto de vida, bajo el amparo del Estado y en un ámbito territorial determinado. En cambio, la violación sexual vulnera la libertad sexual, que comprende también la capacidad de autodeterminación de la persona, pero referida al ámbito específico de las relaciones sexuales. En tanto que, en los delitos de favorecimiento a la prostitución o proxenetismo, se vulnera la moral sexual de la sociedad y la dignidad sexual de aquella persona que es prostituida o explotada sexualmente, y a la que se predetermina y somete a sostener prácticas sexuales con terceros a cambio de dinero”.

Tanto la legislación positiva, como la interpretación judicial de la misma iban en un mismo sentido: el bien jurídico del delito de trata de personas era la autodeterminación de la persona. Si bien es cierto, dicho planteamiento podría tener validez tanto para la libertad sexual, como para la libertad laboral, difícilmente podría sostenerse lo mismo para el tráfico de órganos. Por más que una persona deseara vender sus órganos, al menos ello sucede en nuestro país, la venta de los mismos está expresamente prohibida. En la medida en que la patrimonialidad del objeto de transacción implique una afectación a la moral y las buenas costumbres, dicha afectación no es permitida por el ordenamiento jurídico. Con ello, implícitamente no es la autodeterminación del sujeto el objeto de protección del delito de trata de personas, porque en la modalidad de tráfico de órganos poco o nada importa la voluntad del sujeto. En este último supuesto, lo que -también aparentemente- sería el objeto de protección es la tutela de la integridad física y no la autodeterminación.

Con la reforma del año 2014, realizada a través de la Ley N° 30251, la inclinación del legislador penal peruano hacia los postulados del Protocolo de Palermo fue total tal como puede ser analizado en el artículo 153 del Código Penal, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Artículo 153. Trata de personas

1. El que, mediante violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio, capta, transporta, traslada, acoge, recibe o retiene a otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país con fines de explotación, es reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de 15 años.

2. Para efectos del inciso 1, los fines de explotación de la trata de personas comprende, entre otros, la venta de niños, niñas o adolescentes, la prostitución y cualquier forma de explotación sexual, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, cualquier forma de explotación laboral, la mendicidad, los trabajos o servicios forzados, la servidumbre, la extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos, así como cualquier otra forma análoga de explotación.

3. La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considera trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios previstos en el inciso 1.

4. El consentimiento dado por la víctima mayor de edad a cualquier forma de explotación carece de efectos jurídicos cuando el agente haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en el inciso 1.

5. El agente que promueve, favorece, financia o facilita la comisión del delito de trata de personas, es reprimido con la misma pena prevista para el autor”.

Esta modificación no deja duda alguna que la autodeterminación del sujeto no puede ser el bien jurídico protegido en la trata de personas. A esta conclusión arribamos al leer el numeral 4, el cual expresamente establece que el consentimiento dado por la víctima mayor de edad no tiene efectos jurídicos. Si la afectación a la autodeterminación fuera el bien jurídico protegido en la trata de personas, tal como parecía ser hasta la modificatoria previa del Código Penal, entonces no se explicaría la existencia del artículo 4 del Código. Si es o no legítima la existencia del artículo cuarto, es una discusión dogmática que trasciende los fines de este informe, el cual sólo desea dar criterios dogmáticos a la interpretación de la legislación positiva en torno de la materia. Adelantamos que, conforme a una interpretación libertaria, la existencia del numeral 4 sería dogmáticamente criticable, porque el consentimiento de la persona es la máxima manifestación de la autonomía personal. Allí donde el sujeto, consciente y voluntariamente, acepta recibir un daño por parte de un tercero, libera al agresor de la responsabilidad por la generación del daño. Ir en contra de este razonamiento sería supeditar la libertad del individuo en pro del cumplimiento de fines mayores que él, quizá hacia fines colectivos.

### III. La dignidad humana como bien jurídico protegido en el delito de trata de personas

La legitimidad de una norma penal depende de la protección de un bien jurídico.

<sup>11</sup> Tal como EISELE afirmó con sobrada contundencia, “el punto central material y de inicio de toda prohibición penal, independientemente de si en él protege bienes o valores, tiene detrás de sí un bien jurídico. (...) Prohibiciones penales que no protejan un bien jurídico, por ello, no existen”<sup>12</sup>. El resultado del debate cobra una mayor

11 ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, traducción española de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, De Vicente Remesal, Civitas, Madrid 1997, pp. 50 ss.; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima 2008, *passim*.

12 EISELE, Jörg, en *Schönke/Schroeder. Strafgesetzbuch Kommentar*, 29a ed., C.H. Beck, München 2014, previo a §§13 ss., número marginal 9.

importancia práctica en aquellos países, como en el caso del Perú, en los cuales existe un control judicial de la Ley penal. Así, de considerarse que sólo es legítima aquella norma penal que proteja un bien jurídico, entonces –de no producirse esta situación– un juez penal podría denegar la imposición de una pena.<sup>13</sup>

En el vigente Código Penal no es sostenible la autodeterminación del sujeto como bien jurídico del delito de trata de personas, es necesario identificar otro bien jurídico si se desea sostener la legitimidad de la norma penal. Al respecto, por encima de la autodeterminación de la persona está un bien jurídico mucho más importante, más importante incluso que la vida humana. Nos referimos a la dignidad, entendida en un sentido natural, es la característica inherente a todo humano por su naturaleza de tal, lo que lo hace merecedor o digno de un determinado trato a su persona, incluso cuando él no desee ser acreedor de dicho trato. Así, en virtud de la dignidad, por ejemplo, son tutelados penalmente los casos de eutanasia, en los cuales no es la defensa de la autodeterminación del sujeto es irrelevante, de cara a la defensa del mantenimiento de su dignidad.

En ese sentido, es posible postular que, al no ser la autodeterminación del sujeto el bien jurídico protegido, el consentimiento que él emita carece de relevancia jurídico-penal, entonces lo realmente protegido es la dignidad de la persona. ¿Por qué la dignidad? Porque sólo la dignidad tiene la suficiente fuerza como para poder superponerse a la autodeterminación del sujeto. Si bien el sistema jurídico es creado por seres libres para optimizar su libertad, esta puede ser suprimida en función a la protección de intereses colectivos también libremente asumidos. Uno de estos intereses es la tutela de la dignidad del ser humano. Así, no interesa si la persona desea o no aceptar las condiciones de explotación, sino que estas son prohibidas –incluso cuando las personas las quieran aceptar– porque lo que se afecta es su condición de ser humano. El explotar sexual o laboralmente a una persona, el vender sus órganos, son actos que afectarían directamente a su condición de ser humano, la negarían como tal e irían contra su condición natural de ser merecedor de un trato digno. Consecuentemente, lo que el delito de trata de personas busca evitar es que el ser humano, a través de los actos de explotación, no sea tratado conforme lo amerita su condición de persona digna.

Aceptar que la dignidad es el bien jurídico del delito de trata de personas es coherente con la vigente legislación. En la medida que el artículo 153, numeral 4 del Código Penal establece que el consentimiento carece de relevancia jurídico-penal para la trata de personas, con lo que descarta a la autonomía como fundamento de

13 El reflejo positivo de este pensamiento se encuentra en el artículo. IV del Título Preliminar del Código Penal, que establece “la pena, necesariamente, precisa la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la Ley”.

protección, legitima a su vez a la protección de la dignidad para la cual no interesa la voluntad del sujeto, sino la condición de él como un ser humano.

## IV. Irrelevancia del consentimiento en el delito de trata de personas como consecuencia de la protección penal de la dignidad

La autodeterminación de la persona tiene como concepto que va a la par al consentimiento. En un ordenamiento jurídico estrictamente liberal sólo la persona es responsable por las decisiones que ella asuma. Así, si ella voluntariamente decide trabajar 20 horas al día, ejercer la prostitución, vender sus órganos, sólo ella debería ser responsable penalmente por las consecuencias de tal decisión, las que evidentemente recaerán sobre ella. Así, el consentimiento de condiciones de explotación sexual o laboral, sería jurídicamente válido, en la medida en que estaría legitimado por la libertad de decisión del sujeto. No obstante, dichas acciones son prohibidas por la normativa internacional y local, no porque no tengan en cuenta a la autodeterminación del sujeto, sino porque la misma deviene en irrelevante.

Pero en un sistema orientado a la protección de la dignidad humana como bien jurídico del delito de trata de personas, el consentimiento carece de relevancia jurídica penal. No interesa si la persona decide o no aceptar las condiciones de explotación, la sociedad no puede permitir que un ser humano las realice, pues ello iría en contra de la dignidad inherente a él. Así, se considera que la explotación de la persona sexual o laboralmente son actos que la denigran en su condición de ser humano, con lo cual son actos que deben ser tutelados penalmente.

En este contexto, no interesa lo que la víctima libremente decida, su consentimiento se torna en totalmente irrelevante, pues la autodeterminación que ella tiene no puede ir en contra de su condición de ser humano. De allí que actos degradantes contra la dignidad de la persona no puedan ser tolerados por la sociedad. Eso, naturalmente, implica una limitación al derecho fundamental a la autodeterminación, pero se trata de una limitación legítima, en pro de la defensa de una finalidad constitucional mayor: la protección de la dignidad de la persona.

# 4

## La invalidez de las conductas neutras en el delito de trata de personas

## I. ¿Qué es una conducta neutra?

**LAS CONDUCTAS NEUTRAS ALUDEN A UN ASPECTO DE LA INTERVENCIÓN DELICTIVA QUE EN EL DERECHO PENAL OCUPA UNA ZONA LIBRE DE RESPONSABILIDAD PENAL**, ubicándose en el ámbito de lo comúnmente conocido como riesgo permitido<sup>14</sup>. Con una terminología variada como, por ejemplo, "conductas neutras", "conducta socialmente estereotipada", "conducta sin relación de sentido delictiva", "conductas cotidianas", "conductas inocuas", "conductas adecuadas una profesión u oficio", entre otras, se afirma que todo obrar neutro tiene la garantía *per se* de no ser punible, aun cuando en algunos casos puede en sí mismo coincidir fácticamente con una colaboración o favorecimiento a un delito cometido por otra persona.

La doctrina mayoritaria en la actualidad confiere a las conductas neutras un tratamiento diverso; sin embargo, existe cierta coincidencia en el enfoque cuando dicha doctrina ubica el problema dentro del capítulo de la participación, como una especie de grupo de casos que, en vista de su peculiaridad neutra, obliga a un tratamiento diferenciado de los demás supuestos de inducción y complicidad. Este procedimiento no es incorrecto, sin embargo, por esa vía las propuestas quedan expuestas a convertirse en meras soluciones ad-hoc, a modo de fichas sueltas de un pensamiento tópico, lejanas a una reflexión sistemática que ofrezca una solución en armonía con un sistema de la teoría del delito y, por consiguiente, con un determinado sistema del derecho penal. Frente a esta posición, en el presente trabajo se dará una leída de las conductas neutras con la lente del sistema del derecho penal funcional. Puesto que para este sistema el derecho penal es parte de la sociedad, con la función de interpretar los contactos sociales de su época y contribuir normativamente a su mantenimiento, las soluciones a los problemas dogmáticos girarán en torno de dicha función. Con esto, quedan delineados los contornos de las presentes consideraciones.

Algunos supuestos de la jurisprudencia ilustran con mejor claridad los contornos de la presente problemática: En primer lugar, el caso del burdel<sup>15</sup> (Alemania). Un

14 Cfr. CARO JOHN, José Antonio, "Conductas neutrales no punibles en virtud de la prohibición de regreso", en Eduardo Montealegre Lynett y José Antonio Caro John (editores), *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2008, pp. 284 ss.

15 RGSt 39, pp. 44 y ss. (Sentencia del Tribunal del Imperio, de 14 de junio de 1906).

repartidor de vinos que durante cierto tiempo había repartido vino a un burdel fue condenado como cómplice de proxenetismo porque, según el punto de vista del Tribunal del Imperio, la entrega de esta bebida había incrementado la frecuencia de visitantes a dicho lugar. Y también porque la actividad ilegal era *conocida* por el repartidor. En consecuencia: “la actividad de reparto del procesado se encontró en estrecha relación con la actividad proxeneta del dueño del burdel”.

En segundo lugar, está el caso de la carne de antílope<sup>16</sup>. En Suiza, el empleado de una empresa repartió a otra cerca de 400 toneladas de carne de antílope africano, no obstante tener la *sospecha* que los compradores introducirían dicha carne en el mercado bajo la denominación falsa de “venado europeo”. El Tribunal Suizo sentenció al empleado como cómplice del delito de estafa bajo el argumento de que los repartos de carne hubiesen carecido de sentido sin las estafas punibles de los compradores.

En tercer lugar está el caso del abogado<sup>17</sup> (Alemania). En este caso se discutió si un abogado podía ser considerado cómplice de un delito de estafa después de que una empresa lo contratara como consultor para la elaboración de unos folletos publicitarios. La empresa luego abusó de esta información para estafar a algunos clientes. El Tribunal Federal fijó el punto de discusión en si el asesoramiento para la elaboración de los folletos podía considerarse parte de las actividades profesionales de un abogado, esto es, como parte de su labor de consultor o, si más bien, el *conocimiento* que él había tenido de las actividades de su cliente lo convertía en cómplice del delito de estafa. El Tribunal concluyó que “en lo fundamental el conocimiento y voluntad de un abogado al ofrecer un asesoramiento jurídico se adapta por regla general al deber de impartir consultoría sin que ello sea un acto de favorecimiento de un delito”.

Finalmente, está el caso del taxista<sup>18</sup>. Un taxista fue requerido en sus servicios por un individuo que lo condujo hasta un inmueble donde supuestamente iba a recoger sus pertenencias. Al llegar a aquel lugar, el desconocido le pidió que ingresara el vehículo en la cochera para recoger sus cosas. Estando ya en el interior de la cochera salieron otros sujetos, en número de cinco aproximadamente, quienes metieron rápida y sospechosamente diversas especies en el vehículo, indicándole al taxista que iniciara la marcha. Ni bien habían abandonado el lugar, fueron intervenidos por la autoridad policial, logrando escapar todos los sujetos, menos el taxista. La Sala Penal Suprema confirmó la absolución del taxista de los cargos de coautor del delito

16 BGE 119 IV, pp. 289 y ss., 294 (Sentencia del Tribunal Supremo Federal, de 13 de octubre de 1993).

17 NStZ 2000, pp. 34 y ss. (Sentencia del Tribunal Supremo Federal, de 20 de septiembre de 1999).

18 Sentencia de la Corte Suprema N° 4166-99-Lima, de 07.03.2001. Véase el comentario de CARO JOHN, José Antonio, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Grijley, Lima, 2003, *passim*.

de robo agravado, fundamentando que “el procesado se limitó a desempeñar su rol de taxista, el cual, podríamos calificar de inocuo”; asimismo “que aun cuando el comportamiento de los demás sujetos fue quebrantador de la norma, el resultado lesivo no le es imputable (...), situándonos, en consecuencia, ante un supuesto de atipicidad”.

En todos estos casos reseñados de la jurisprudencia existe un común denominador: los delitos fueron perpetrados de un modo manifiesto por un autor, a saber: el dueño del burdel, los vendedores de la carne de antílope, los directivos de la empresa distribuidora de los folletos, los desconocidos que tomaron los servicios del taxista. Que a todos ellos se les considere autores es indiscutible. Sin embargo, se aprecia que, en cada caso, junto a estas personas, existen otros intervinientes que favorecieron directamente el hecho típico: es el caso del repartidor de vino, del empleado de la empresa repartidora de carne, del abogado y del taxista. En los casos de trata de personas se encuentran en semejante posición el dueño del bar o del restaurante donde las víctimas de este delito desempeñan la labor de damas de compañía, también el transportista que traslada a las víctimas para ser explotadas laboral y/o sexualmente en una zona minera, lo mismo ocurre con el médico ginecólogo que acude a atender a una adolescente por problemas de inflamación en sus partes íntimas en un establecimiento donde sabe perfectamente que opera un burdel clandestino, y así podríamos seguir enumerando más situaciones parecidas. Si a cada uno de los últimos personajes mencionados se les puede considerar partícipes, a diferencia del otro grupo de intervinientes, ya no es tan claro. El punto de quiebre se levanta cuando la aportación que proviene del ejercicio de un oficio o profesión estereotipados se entrecruza con los planes y acciones ejecutivas delictivas de terceros.

La pregunta que ahora cabe plantear es: ¿qué condiciones determinan la relevancia e irrelevancia penal de una actividad socialmente estereotipada o neutra? Frente a esta interrogante, la regulación positiva de la participación de los artículos 24 (instigación) y 25 (complicidad) de la parte general del Código Penal peruano establecen de un modo general que el instigador “determina a otro a cometer el hecho punible” y el cómplice “presta auxilio para la realización del hecho punible”. Obviamente, esta redacción genérica en sí misma no dice nada sobre las conductas neutras. Por esta razón, corresponde a la labor dogmática aportar los elementos para la interpretación de esta regulación positiva a fin de establecer en qué caso esta forma de conducta es irrelevante penalmente o, por el contrario, al perder su carácter neutro, se convierte en una participación punible.

## II. Exclusión de las conductas neutras en el delito de trata de personas

El carácter neutro de las conductas practicadas en el ejercicio de una actividad u oficio cotidiano se excluye cuando la aportación es realizada en un contexto evidentemente delictivo. Por ejemplo, un vendedor de utensilios para cocina que presencia una pelea callejera se convierte en cómplice si en el marco de la pelea vende a uno de los contrincantes un cuchillo de cocina. El dueño de un bar que no forma parte de una organización dedicada a la trata de personas se convierte en cómplice de este delito si permite que durante varios meses en las noches sujetos extraños traen adolescentes al bar para prostituirlos o hacer que ellas laboren como damas de compañía. Puede darse el caso que el dueño no se beneficie directamente de las ganancias propiciadas por la actividad de la trata, sino la organización, pero como el contexto delictivo para él es evidente, al momento de regentar el bar de manera continua, dicho contexto fundamenta para él una colaboración con la organización, que dogmáticamente da lugar a una complicidad primaria de trata de personas.

El fundamento de exclusión de la neutralidad en virtud de aportaciones a contextos delictivos respecto del cual el actuante sabe o conoce precisamente que con su aportación va a colaborar o reforzar un hecho principal delictivo llevado a cabo por terceros ha sido desarrollado en la dogmática penal por Claus ROXIN. Su propuesta se resume del siguiente modo<sup>19</sup>:

- a) Si el actuante, al ejercer su actividad cotidiana, presta una aportación a un tercero, sabiendo que éste utilizará dicha aportación para cometer un delito, entonces la aportación deja de ser inocua o neutra para alcanzar el nivel de una participación punible. Se da una participación porque la aportación en este supuesto muestra una *relación delictiva de sentido*<sup>20</sup>. Como ejemplo Roxin pone el caso del vendedor de artículos para el hogar, que vende un martillo, aun sabiendo –bien porque el mismo comprador así se lo ha dicho, o por informaciones de terceros– que el cliente usará el martillo para cometer un homicidio. El vendedor responde penalmente como partícipe en el delito de homicidio. Asimismo, responden por una participación punible en los delitos que cometan sus clientes: el taxista que no se detiene en el trayecto aun conociendo con certeza que el pasajero matará a alguien en el lugar de destino, o que de

19 Véase por todos, ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, Tomo II: Especiales formas de aparición del delito, traducción de la 1ª. ed. alemana por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, Paredes Castellón, De Vicente Remesal, et al., Civitas, Madrid 2014, pp. 292 ss.

20 ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, Tomo II, op. cit., p. 293.

allí recogerá el botín producto de un delito, también el panadero, que vende panes a una mujer, a pesar de conocer los planes de ésta, de matar a su marido infiel. O sea, basta con que el actuante de un oficio cotidiano, en el ejercicio de su actividad, realice una aportación que fácticamente coincide con el favorecimiento a un delito, aun conociendo de una forma manifiesta la decisión del autor de cometer un delito, para hacerse responsable penalmente como partícipe.

- b) Pero, si el interviniente cuenta únicamente con la probabilidad de que el autor cometerá un delito, es decir, sin tener un conocimiento seguro de la resolución delictiva del autor, sino un conocimiento probable, similar al del dolo eventual, entonces su responsabilidad se excluye por regir el *principio de confianza*, en virtud del cual todos pueden confiar en que los demás no cometerán delitos dolosos, en tanto que una "inclinación reconocible al hecho" del otro no debilita esa suposición<sup>21</sup>. Es el caso del vendedor de un destornillador que no sabe con certeza si su cliente usará dicha herramienta para ingresar a una casa ajena y perpetrar un hurto. Igualmente, si el copiador de llaves se entera que el cliente planea cometer un robo en una casa con la copia que le facilita, porque éste se lo cuenta en son de broma, no se convierte en partícipe del robo, porque no es probable que las bromas evidencien una inclinación reconocible a cometer un delito. Aquí rige el principio de confianza, en virtud del cual, todo copiador de llaves puede confiar en que sus llaves no serán incluidas dentro de los planes delictivos de otras personas.

Sobre la base de los fundamentos otorgados por la teoría subjetiva, la intervención delictiva de estas personas requiere tan sólo que ellos tengan conocimiento de que su actividad, en principio neutra, está siendo instrumentalizada para la comisión del delito. Así, el dolo es erigido como el factor decisivo de cara a determinar si la acción se mantiene o no dentro de los cánones de la conducta neutra. Allí donde el aportante tenga conocimiento de que su acción contribuye al delito de trata de personas, entonces se quiebra la neutralidad de su acción y ella adquiere un sentido delictivo y, como tal, puede ser sancionada penalmente.

La trata de persona tiene tres modalidades claramente determinadas: captación, transporte y alojamiento. Dentro de ellas existen infinidad de interactuantes, cuyas acciones podrían derivar en responsabilidad penal por el delito de trata de personas, siempre y cuando adquieran un conocimiento de que el acto por ellos realizado implique un favorecimiento a la trata de personas.

21 ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, Tomo II, op. cit., p. 299.

### a) **Exclusión de las conductas neutras en el favorecimiento a la captación**

La captación es la primera modalidad de la trata de personas y se caracteriza por propiciarse el contacto entre la víctima y el sujeto activo. En esta fase pueden existir una serie de personas que pueden tener aportes relevantes, que van desde el presentar directamente a la persona con el tratante, hasta el facilitarle a este último los medios para que pueda captar a las víctimas.

El primero podría ser la persona que propicia el contacto entre la víctima con el tratante. Es el caso de aquella persona que, conociendo o pudiendo presumir, que la persona era un sujeto activo de trata, realiza las gestiones para que el autor pueda conocer a la víctima y de esa manera logre captarla. En este caso, la conducta deja de ser neutral para ser un favorecimiento directo, porque su acción contribuye a que la víctima pueda ser objeto de trata de personas y, lo que es fundamental para la teoría subjetiva, en su actuar se advierte un conocimiento directo –o al menos altamente certero– sobre la verdadera razón detrás de este contacto.

El segundo caso es el de aquella persona que directamente no es la encargada de captar a las personas para la trata de personas, pero que sea de forma directa –a través de contactos o amparándose en las relaciones amicales o familiares que posea– o directa –a través de redes sociales u otros– propicia el encuentro entre el tratante y la víctima. Si en este caso el tratante ha hecho incurrir en un error a la persona, de forma tal que esta no pudiera advertir sus reales intenciones de captar a la víctima, entonces su acción no reviste un sentido delictivo. Por el contrario, si ella –nuevamente– conocía de dichas intenciones o las podía advertir sí realiza un acto delictivo.

En concreto, es el supuesto de aquella persona que tiene un enamorado que es, aparentemente, un empresario dedicado al rubro de discotecas. El enamorado le solicita que le presente a sus amigas, con efectos de contratarlas como posibles miembros del staff de las discotecas. Sobre la base de esa creencia ella facilita el contacto entre el supuesto empresario y sus amigas. No obstante, lo que la persona no sabía era que su enamorado en realidad operaba varios night clubs y que el trabajo que iban a desempeñar sus amigas era el de damas de compañía. En este caso concreto, la persona carece de responsabilidad penal, sobre la base de la teoría subjetiva. Si bien favorece a la captación de la víctima, con lo que su acto causalmente puede ser entendido como un aporte a la trata de personas; sin embargo, es un favorecimiento carente de relevancia jurídico-penal, al no existir por parte de ella un conocimiento real o posible del verdadero rubro al que se dedicaba su enamorado.

En el caso anterior, la situación podría variar si es que ella alguna vez acudió a las supuestas discotecas de su enamorado y advirtió de que no se trataba de discotecas, sino de *night clubs*. En ese supuesto, ella -fenomenológicamente- habría adquirido un conocimiento acerca del real rubro al que se dedicaba su pareja. Por tanto, este conocimiento podría quitarle la neutralidad a su aporte y darle un sentido delictivo.

## b) Exclusión de las conductas neutras en los actos de transporte

En el primer caso, se agrupan a todos los transportistas que advierten la presencia de un menor de edad. En este caso, el transporte de menores de edad -a diferencia de otros momentos- ya está regulado jurídicamente. De allí que no pueda invocarse una conducta neutra en aquellos supuestos donde un menor utilice el medio de transporte, sobre todo de larga distancia, sin compañía de al menos uno de sus padres o sin un permiso notarial firmado por alguno de ellos. Si el transportista, conocedor de que el menor de edad viaja solo o sin dicho documento, acepta el transporte del menor a otro lugar no sólo comete una infracción al reglamento de transporte, sino que su conducta -lo que habrá de ser determinado en el caso concreto- es posible de ser considerada como un acto de favorecimiento a la trata de personas.

Donde sí podría darse la problemática de conductas neutras en el transporte de menores es cuando el transportista advierte que la persona que acompaña al menor no es su padre o madre, o, cuando puede inferir que el permiso notarial a él entregado es falso. En estos supuestos, siguiendo los lineamientos de la teoría subjetiva, el transportista responde penalmente como cómplice del delito de trata de personas. No puede alegar que, como parte de su rol, no era exigible el conocimiento sobre la identidad del padre o sobre la veracidad del documento, pues sobre la base de la teoría subjetiva el mero conocimiento fenomenológico genera en él el deber de evitar el resultado lesivo para la víctima, en este caso, lo obliga a evitar transportarla.

En un segundo grupo de casos están aquellas personas que advierten que algunos de los pasajeros podrían ser víctimas de trata de personas. Dicho conocimiento, por ejemplo, puede ser adquirido de las conversaciones sostenidas con ellos. En este caso, al transportar a estas personas, aun cuando ellas hayan expresado que son conscientes de que se desplazan para ser explotadas sexual o laboralmente, el transportista debe evitar de seguir trasladando a estas personas. En la medida en que el consentimiento carece de relevancia jurídico-penal para la trata de personas, no podrían alegar un supuesto de auto puesta en peligro de la víctima.

### c) Exclusión de las conductas neutras en el sector inmobiliario

Finalmente, la tercera modalidad de la trata incluye al conjunto de personas que, si bien no son los que cometen el acto de explotación de la persona tratada, contribuyen con este brindando las facilidades para su realización. Es, por ejemplo, el caso real de aquel dueño de un edificio que alquila la azotea del mismo a una persona que ha colocado unos *containers* en dicha zona y que dirige a un grupo de menores de edad desde tempranas horas de la noche hasta muy tarde. Asimismo, que esta persona puede observar que, a efectos de evitar una sustracción de parte de su patrimonio, el tratante cierra con un candado a los menores de edad, obligándolos a permanecer toda la jornada laboral dentro del *container*. En este supuesto, claramente, nos encontramos frente a un caso de favorecimiento a la trata de personas. La neutralidad de la conducta no puede ser alegada, porque la persona sabía que la prestación que ella realizaba (el alquiler de la azotea) era instrumentalizada para los actos de explotación de los menores de edad.

Distinto hubiere sido el supuesto si, en el caso antes planteado, el arrendador no sabría de las actividades que el inquilino hubiera realizado con su azotea. En ese caso, la conducta sí se hubiera mantenido dentro del ámbito de lo neutral porque no se presenta el conocimiento, conforme es exigido por la teoría subjetiva.

# 5

## Criterios a considerar en la fundamentación de la reparación civil en el delito de trata de personas



## A. Regulación de la reparación civil en la legislación nacional

La realización de un delito no solo legitima la imposición de una sanción penal, sino que puede dar lugar a una obligación de indemnizar los daños producidos. En ese sentido, el delito, en cuanto hecho lesivo, constituye también un hecho civilmente relevante que autoriza al agraviado o afectado a exigir el pago de una reparación civil. En ese sentido, la Sala Penal Transitoria, en la Ejecutoria Suprema, R.N. N° 2930-2011-Cañete señala lo siguiente:

*“La reparación del daño causado por la conducta punible supone la compensación de las consecuencias del hecho con el fin de restituir a la víctima y alcanzar la paz social; en efecto, la comisión por parte del agente de un hecho ilícito, tipificado como delito, no solo acarrea una sanción de carácter penal sino también civil, en tanto se pueden lesionar intereses o derechos subjetivos de los particulares, causando un daño a la víctima, lo que tiene que ser resarcido para paliar o restituir -total o parcialmente- el menoscabo sufrido por el afecto o el agraviado; que por ello el juez penal, debe no solo contar con todos los elementos de juicio necesarios para pronunciarse con relación a la responsabilidad penal del agente, sino también con toda la información necesaria para pronunciarse respecto a los elementos y factores integrantes de la responsabilidad civil”.*

El camino regular para hacer efectiva la pretensión civil derivada del hecho delictivo sería iniciar el proceso civil, en donde el juez civil determinaría el daño producido y establecería una reparación acorde con dicho daño. Sin embargo, evidentes razones de economía procesal aconsejan ofrecer un modelo procesal en el que ambas pretensiones (penal y civil) se solventen en un mismo proceso (el proceso penal), evitando de esta forma el denominado “peregrinaje de jurisdicciones”.

En las legislaciones penales modernas se ha seguido el modelo conocido como *actione civile*, en el que se reconoce la posibilidad de que el afectado se pueda constituir en el proceso penal como parte civil y exigir en este proceso el pago de la reparación civil. Sin embargo, hay que señalar que esta unificación de pretensiones

no implica que la acción penal se identifique con la acción civil, pues ambas pretensiones mantienen plenamente su independencia normativa. Así, la reparación civil puede presentarse en cualquier delito que haya generado daños o perjuicios. Si bien tanto la pena como la reparación civil derivada del delito comparten un mismo presupuesto (la realización de un acto ilícito), resulta indiscutida la afirmación que la reparación civil no es una pena. Cada una de estas consecuencias jurídicas del delito valora el hecho ilícito desde su propia perspectiva, lo que se explica en el hecho de que parten de fundamentos distintos. Por tanto, mientras la pena se impone con la finalidad de mantener el bien jurídico frente a vulneraciones culpables, la reparación civil derivada del delito se centra en la función de reparar el daño provocado a la víctima por la acción delictiva<sup>22</sup>.

Esta distinción de fundamentos se aprecia con claridad en la doctrina jurisprudencial desarrollada por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116, en el que se señala lo siguiente:

“ (...) La reparación civil, que legalmente define el ámbito del objeto civil del proceso penal y está regulada por el artículo 93 del Código Penal, desde luego, presenta elementos diferenciadores de la sanción penal; existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, aun cuando comparten un mismo presupuesto: el acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir del cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil. Así las cosas, se tiene que el fundamento de la responsabilidad civil, que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal, el que obviamente no puede identificarse con “ofensa penal” -lesión o puesta en peligro de un (bien) jurídico protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente- [la causa inmediata de la responsabilidad penal y la civil ex delicto, infracción /daño, es distinta]; el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos”.

A mayor abundamiento, Hurtado Pozo sostiene que “estos intentos por convertir a la reparación civil en una nueva modalidad de sanción penal son inaceptables. La posibilidad de utilizarla como medio para solucionar conflictos o para atender las necesidades de la víctima de un delito no contradice su carácter eminentemente privado. En efecto, la reparación civil se sustenta en un interés particular y, por tanto, no puede cumplir con las funciones atribuidas a la pena. Tampoco puede afirmarse lo contrario por el hecho de que, como sucede en nuestro país, se atribuye al Ministerio Público la función de perseguir también la reparación civil. Esto obedece a

22 GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Jurista Editores, Lima, 2012, p. 951-952.

razones fundamentalmente prácticas y de tradición histórica, pero no a una penalización de las funciones de indemnizar a la víctima”<sup>23</sup>.

La reparación civil “proveniente del delito” tiene entonces como fuente el hecho delictivo (delito o falta). Consecuentemente, al causarse un daño sin que medie una relación jurídica obligacional entre las partes, se infringe el principio general de no causar un daño a nadie. Siendo así, este tipo de daño comparte la naturaleza de la responsabilidad civil extracontractual. Por tanto, los daños causados por el delito constituyen una especie de responsabilidad civil extracontractual, la que en este caso resulta ser el género. Debiendo precisarse que el hecho de que la acción delictiva quede además sujeta a la responsabilidad penal, no cambia para nada la naturaleza de la reparación civil, la única particularidad en este caso es la manera en que se va a exigir y ante qué autoridad se realizará.

Es claro que en el plano teórico cualquier delito puede generar responsabilidad civil, al margen de si se trata de un delito de resultado lesivo, de peligro o de simple actividad. Pero, al mismo tiempo, no todos los delitos *per se* llevan aparejados una reparación civil, debido a que el fundamento de la responsabilidad civil y penal se asienta en criterios disímiles. Lo importante para condenar a alguien al resarcimiento económico es la constatación de un daño antijurídico. Así, se afirma que solamente habrá responsabilidad civil cuando el delito enjuiciado sea de los que producen un daño.

Es discutido por algunos autores si los delitos en grado de tentativa tienen entidad suficiente para hacer surgir la obligación de resarcir, en tanto, no han producido el resultado lesivo exigido por el tipo penal; o aceptando la posibilidad de afirmar la reparación civil, se cuestiona acerca de si la medición de la misma está en función al grado de realización del injusto. Al respecto habría que precisar que es posible que, efectivamente, el resarcimiento económico sea mayor en un delito consumado que en uno tentado, pero no porque la determinación de la responsabilidad civil se realice con los mismos elementos de medición de la pena, sino porque en el plano fáctico seguramente causa un mayor daño que deber ser reparado. Con esto queda resaltado, otra vez, que el tema siempre girará en torno de los daños efectivamente causados, al margen de que se trate de un delito tentado.

Una situación particular se presenta en el análisis de la responsabilidad civil en los delitos de peligro, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial. La discusión surge debido a la estructura de los delitos de peligro, que para su consumación no requieren de lesión de objeto alguno, sino que basta que la conducta realizada represente

23 HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Tomo II, 4ª ed., IDEMSA, Lima, 2011, p. 432.

una puesta en peligro de los bienes jurídicamente protegidos. No obstante, ello, en el Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116 se ha señalado lo siguiente:

*“(...) en los delitos de peligro, desde luego, no cabe negar a priori la posibilidad de que surja responsabilidad civil, puesto que en ellos- sin perjuicio, según los casos, de efectivos daños generados en intereses individuales concretos, se produce una alteración del ordenamiento jurídico con entidad suficiente, según los casos para ocasionar daños civiles, sobre el que obviamente incide el interés tutelar por la norma penal-que, por lo general y que siempre sea así es de carácter supraindividual. Esta delictiva alteración o perturbación del ordenamiento jurídico se debe procurar restablecer, así como los efectos que directa o casualmente ha ocasionado su comisión [el daño consecuencia directa y necesaria del hecho delictivo] (conforme: ROIG TORRES, Margarita: La reparación del daño causado por el delito, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000 páginas 124/125).*

*Por consiguiente, no cabe descartar la existencia de responsabilidad civil en esta clase de delito, y en tal virtud, corresponderá al órgano jurisdiccional en lo penal determinar su presencia y fijar su cuantía”.*

En nuestra legislación penal la reparación civil está regulada en el Título VI del Libro Primero, más precisamente en el Capítulo I (artículo 92 a 101), cuyo artículo 92 del Código Penal establece lo siguiente:

**Artículo 92. La reparación civil.**

*“La reparación civil se determina conjuntamente con la pena”.*

Al respecto es importante realizar una serie de precisiones. Si se acude a una interpretación literal del artículo podría deducirse que no es posible determinar la reparación civil si es que no se impone una pena al autor por el delito cometido. Sin embargo, resulta necesario señalar que en el propio Código Penal se regulan supuestos en los que no se sigue la conclusión deducida. En primer lugar, cabe mencionar el caso de la reserva del fallo condenatorio, en la que, si bien hay una declaración de culpabilidad, no se impone una pena concreta, en este caso, el artículo 64 inciso 4 del Código Penal dispone que el juez pueda imponer, como regla de conducta, la reparación del daño, lo que podría incluir la reparación civil. En segundo lugar, en el artículo 51 del Código Penal se señala que si uno de los delitos se castiga con cadena perpetua solamente se aplicará esta, sin perjuicio de fijarse la reparación civil para el nuevo delito. En este sentido, puede ser que el delito descubierto con posterioridad a la sentencia condenatoria no dé pie a una nueva conducta penal (en caso de haber sido condenado ya el autor a cadena perpetua) pero esto no impide al juez penal fijar la reparación civil por

el nuevo delito descubierto. Se trataría, por tanto, de excepciones a la regla deducida del artículo 92 del Código Penal que dispondría que la reparación civil se determina conjuntamente con la pena<sup>24</sup>.

Asimismo, la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal ha cambiado el panorama anteriormente descrito al establecer en su artículo 12 inciso 3 que la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del delito. Como puede verse, se abandona el sistema de determinación conjunta de la reparación civil, facultándose al juez penal para determinar la responsabilidad civil, aun cuando la responsabilidad penal esté excluida.

El artículo 93 del Código Penal indica que la reparación civil comprende la restitución del bien y la indemnización de los daños y perjuicios. Al respecto, se entiende por restitución la acción de retornar el bien afectado a su condición anterior al delito. Esto implica que la "restitución se hace con el mismo bien, aunque se halle en poder de terceros" (artículo 94). Por consiguiente, es acertado afirmar que "la vía más sencilla para afrontar la responsabilidad civil demandante del delito o falta es la de restablecer la situación al momento anterior a la comisión delictiva". Es decir, si el delito ha supuesto privar o desposeer a otro de una cosa, nada más lógico que devolverle la misma.

Se trata pues de la denominada reparación en especie o *in natura*. Así se busca desvanecer el daño a través del restablecimiento del estado original del bien. Si bien esta opción reparadora es la ideal, presenta, en ciertos casos, dificultades importantes que pueden hacerle perder su sentido de equidad. Esto ocurre, por ejemplo, cuando el bien dañado es usado y no se puede devolver el mismo bien, por lo que la devolución de uno nuevo supondría un enriquecimiento de parte de la víctima, o cuando el costo de la reposición del bien resultara demasiado oneroso para el responsable, etc. Frente a estas situaciones es preferible la indemnización pecuniaria.

En contraposición al resarcimiento *in natura* o restitución, que está orientada a crear una situación materialmente correspondiente a la que existía antes de la producción del daño, la reparación en dinero está orientada a crear una situación económicamente equivalente a la que comprometió el daño producido. Consiste en hacer que ingrese al patrimonio de la víctima un valor igual a aquel del que ha sido privada. No se trata ya de borrar el perjuicio sino de compensarlo<sup>25</sup>.

24 GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte general*, op cit., p. 954.

25 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, *La Reparación Civil en el proceso penal*, Instituto Pacífico, Lima, 1999, p. 219-220.

Ahora bien, pese a que la llamada reparación civil derivada del delito se determine en el marco de un proceso penal, la responsabilidad civil sigue vinculada a los criterios de determinación jurídico-civiles, tal como lo pone de manifiesto el artículo 101 del Código Penal:

Artículo 101. Aplicación supletoria del Código civil

“La reparación civil se rige, además, por las disposiciones pertinentes del Código civil”.

No es entonces que la acción civil que se tramita en el Proceso Penal adquiere cierta singularidad y especificidad que la distinga de una responsabilidad civil (indemnización) extracontractual, conforme lo estipulado en el artículo 1969 del Código Civil. No se ha construido normativamente (*lege lata*) una responsabilidad civil privativa del derecho penal, sino que su aplicación se sostiene sobre los presupuestos que se reglan en el derecho privado, con arreglo a lo previsto en el artículo 101 del Código Penal<sup>26</sup>.

Bajo esta perspectiva, la determinación de la reparación civil se hace sobre la base de sus propios criterios, no siguiendo los presupuestos para la determinación de la responsabilidad penal. Ello se debe a que cada tipo de responsabilidad tiene sus propios elementos, en el caso de la responsabilidad penal se requiere, en teoría analítica del delito de un hecho típico, antijurídico y culpable, mientras que en el caso de la responsabilidad civil de la existencia de un daño cierto y probado, de una conducta antijurídica, así como de un factor de atribución por el cual se pueda hacer responsable al causante del daño.

En ese sentido, la reparación civil se rige básicamente por las normas civiles, manifestándose diversos principios que no concuerdan con el ordenamiento penal, por ejemplo:

- La reparación civil no se extingue con la muerte del autor del delito, sino que es transmisible a sus herederos. El principio de personalidad, que rige el ordenamiento penal, el cual impone que solo el autor puede responder por el delito es contradicho respecto a la reparación civil porque pueden pagar personas que no cometieron el delito.
- La reparación civil no se establece sobre la base del delito cometido, como en el caso de la pena, sino en referencia a los efectos que ha producido; por lo que pueden darse casos en que un delito muy grave tenga reparación civil muy pequeña y, por el contrario, un delito muy leve pueda originar el pago de una gran suma de dinero.

26 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Derecho penal. Parte general*, Tomo II, 4ª ed., IDEMSA, Lima, 2013, p. 674.

- La reparación civil se rige conforme a las normas del Código Civil y Procesal Civil, por lo que es un derecho renunciabile; esto marca una gran diferencia con la acción penal, la cual una vez iniciada no se puede detener.

Conforme a lo dicho se puede sostener que la responsabilidad civil determinada en el proceso penal no es propiamente “derivada del delito” y por lo tanto se comete una equivocación al denominarla así, siendo por ello preferible hablar de “responsabilidad civil por actos ilícitos de apariencia delictiva”, y será establecida con base en los criterios objetivos y subjetivos de imputación jurídico-civil, con independencia de si ese daño constituye un elemento fundamentador del injusto penal<sup>27</sup>.

Igualmente el importe de la responsabilidad civil por actos de apariencia delictiva se establece en atención al daño producido, al igual como sucede con la responsabilidad civil pura, y no según el grado de culpabilidad como sucedería si se tratara de una pena<sup>28</sup>.

Además, la inclusión de la reparación civil en el ordenamiento penal se debe a la anticipación histórica del legislador penal frente al civil en la regulación de la reparación civil derivada del delito. Y si hasta el día de hoy se mantiene es por una cuestión práctica basada en el principio de economía procesal, evitando de ese modo el peregrinaje de jurisdicciones. Se trata de una cuestión de inmediatez, de que las legítimas pretensiones reparatorias de la víctima sean colmadas simultáneamente con las del Estado<sup>29</sup>.

Como refiere la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 5-2011/CJ-116: *“Con independencia de su ubicación formal, la naturaleza jurídica de la reparación civil es incuestionablemente civil, y que aun cuando exista la posibilidad legislativamente admitida de que un juez Penal pueda pronunciarse sobre el daño y su atribución, y en su caso determinar el quantum indemnizatorio –acumulación heterogénea de acciones–, ello responde de manera exclusiva a la aplicación del principio de economía procesal. Gimeno Sendra sostiene, al respecto, que cuando sostiene que el fundamento de la acumulación de la acción civil a la penal derivada del delito es la economía procesal, toda vez que dicho sistema permite discutir y decidir en un solo proceso, tanto la pretensión penal, como la pretensión civil resarcitoria que pudiera surgir como consecuencia de los daños cometidos por la acción delictuosa y que, de ser decidida con absoluta separación en un proceso civil produciría mayores gastos*

27 GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico*, Tomo I, 2ª ed., Grijley, Lima, 2007, p. 997.

28 MARTÍN RÍOS, María del Pilar, *El ejercicio de la acción civil en el proceso penal: una aproximación victimológica*, La Ley, Madrid, 2007, p. 40

29 VILLEGAS PAIVA, Elky, *El agraviado y la reparación civil en el nuevo Código Procesal Penal*, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2013, p. 182.

*y dilaciones al perjudicado por el delito, debido a la onerosidad, lentitud e ineficacia de nuestro ordenamiento procesal civil* [Derecho Procesal Penal, 2ª edición, Editorial Colex, Madrid, 2007, p. 257].

Entonces, se tiene que la acumulación de la acción civil al proceso penal responde a un supuesto de acumulación heterogénea de pretensiones, con fines procesales estrictos. Tendencia que encuentra su beneficio en el hecho de que, con el menor desgaste posible de jurisdicción, se pueda reparar el daño público causado por el delito y reparar el daño privado ocasionado por el mismo hecho.

Con esa posible acumulación de acciones se evita que la víctima del delito se la someta al doble esfuerzo de exigir, por un lado, el castigo del delito y, por el otro, una indemnización por el daño producido<sup>30</sup>. Al respecto, MUÑOZ CONDE señala que “esta unidad en el ejercicio de las acciones penales y civiles supone enormes ventajas para los perjudicados por el delito, ya que en los sistemas donde se ejercen y resuelven separadamente, concluido el proceso penal, el perjudicado debe incoar un nuevo proceso civil para obtener la declaración de esta naturaleza y el resarcimiento<sup>31</sup>”.

De esta manera, se evitaría, por ejemplo, que el agraviado tenga que recurrir a la vía civil para exigir el pago de la indemnización correspondiente, donde tendría que pagar costos de tasas judiciales –que, dependiendo de la cuantía de la indemnización que se pretende, puede llegar a ser muy onerosa–, cédulas de notificación, entre otros. Sin embargo, debemos precisar que esta acumulación, considerando la naturaleza jurídica privada de la reparación civil y realizando una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico vigente, no es obligatoria, sino que dependerá de la voluntad del agraviado. En este sentido, procederá la acumulación, siempre y cuando, el agraviado así lo decida, constituyéndose para ese efecto en actor o parte civil. Es decir, la posibilidad de acumular las acciones debe entenderse solo como eso: una posibilidad, nunca como un acto obligatorio. Por ello es factible acudir a otra vía distinta a la penal con la finalidad de que el agraviado o perjudicado se procure la reparación civil correspondiente<sup>32</sup>.

Por otro lado, el artículo 95 del Código Penal establece que la reparación civil es solidaria entre los responsables del hecho punible y los terceros civilmente obligados. Este precepto recoge una característica básica de la reparación civil: la solidaridad, característica que pone de manifiesto una vez más la naturaleza privada de este ins-

30 CASTILLO ALVA, José Luis, *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, Idemsa, Lima, 2001, p.81.

31 MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte general*, edición revisada y puesta al día, Editores de Tebeos, Valencia, 2004, p. 597.

32 GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., cit., 955-957.

tituto, pues si la reparación civil tuviera naturaleza pública no podría imponerse solidariamente entre los responsables del hecho y los terceros civilmente obligados, ya que la responsabilidad penal obedece a un carácter personalísimo.

Dicha solidaridad se da cuando son varios los intervinientes en el hecho causante del daño. No se trata de obligaciones yuxtapuestas en la que cada autor tendría una obligación, sino de una sola obligación que consiste en la indemnización al perjudicado por un único daño. Tal solidaridad se puede dar –no de manera separada– tanto entre los responsables del delito como entre los terceros civilmente responsables, si los hubiera. Esto último se da en los supuestos en los que en un proceso penal seguido contra el causante directo del daño se comprende como tercero civil a otra persona no causante, esto es quien no ha intervenido en la materialización del daño ni en la comisión del delito y, sin embargo, resulta vinculado (responsable) al resarcimiento.

El fundamento de la solidaridad radica en que de esta manera se protege “el interés de la víctima”, facilitándole la posibilidad de dirigir la acción contra quien mejor le parezca o juzgue más fácil. Asimismo, ante un supuesto de insolvencia o muerte de alguno de los responsables del hecho, el agraviado puede hacer efectivo el cobro de la reparación civil en los otros responsables solventes. Otro aspecto de la solidaridad entre los responsables del hecho ilícito de apariencia delictiva, y causante de daño, es el derecho de repetición que tiene quien ha pagado la integridad de la deuda (véase artículo 1983 del Código Civil). Es decir, que el agraviado haga efectivo el cobro en solo uno de los responsables, no implica que este se vea perjudicado frente a los demás participantes del hecho, pues en virtud del citado artículo puede iniciar acción de repetición frente a estos. Para tal efecto el juez debe fijar la proporción que corresponde a cada uno.

En virtud de la solidaridad existente entre los responsables del hecho, ninguno de ellos goza del beneficio de excusión contemplado en la ley civil. A su vez, el artículo 96 del mismo texto legal prescribe que: *“La obligación de la reparación civil fijada en la sentencia se transmite a los herederos del responsable hasta donde alcance los bienes de la herencia. El derecho a exigir la reparación civil se transfiere a los herederos del agraviado”*. Por esta característica de transmisibilidad, tanto la obligación de reparación civil fijada en la sentencia al responsable del daño como el derecho a exigir la misma por el agraviado se transfieren, respectivamente, a sus herederos. Esto tampoco sería posible si la reparación civil tuviese el carácter personalísimo de la responsabilidad penal. Apreciándose de la lectura del mismo que esta transmisión tiene como destinatarios, por un lado, a los herederos del responsable y, por el otro, a los herederos del agraviado.

Respecto a los herederos del responsable: a ellos se transmite el derecho de pagar la reparación civil que previamente ha sido fijada en la sentencia. Sin embargo, la propia norma establece un límite a esta obligación: hasta donde alcancen los bienes de la herencia. Lo que debe ser concordado con el artículo 661 del Código Civil, el cual prescribe: "el heredero responde de las deudas y cargas de la herencia solo hasta donde alcancen los bienes de esta (...). Tal regulación resulta correcta, pues no se puede obligar a los herederos del causante a responder con su propio patrimonio por las obligaciones no contraídas por ellos. Respecto a los herederos del agraviado: ellos no solo pueden exigir el pago de la reparación civil, si esta ya hubiera sido fijada, sino incluso el derecho a iniciar la acción correspondiente para procurarse esta. Este precepto del Código Penal debe ser concordado con el artículo 660 del Código Civil, que a la letra señala: "Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores".

## B. Daños resarcibles

Analizar el tema de la clasificación de los tipos de daños que se pueden producir y que deban ser resarcidos por el responsable es entrar a uno de los temas más polémicos del mundo de la responsabilidad civil, no existiendo consenso en la doctrina hasta la fecha. Sin embargo, en las próximas líneas procederemos a explicar qué tipos de daños existen y cuáles consideramos que deben ser tomados en cuenta al momento de establecerse una reparación civil.

### 1. ¿Qué se entiende por daño?

En la actualidad, la noción ontológica del daño tiende a desmaterializarlo y a despatrimonializarlo. Esto es así por diversas razones de naturaleza teórica y de política del derecho: hoy en día el daño no es más en la conciencia social, en la praxis jurisprudencial y en las propias intervenciones legislativas, la simple disminución del patrimonio de la víctima del ilícito; daño es la lesión de un interés protegido. De la lesión pueden derivar consecuencias de carácter económico patrimonial y de carácter no patrimonial; ello depende de la lesión del bien tutelado (si por ejemplo la salud, el honor y, en general, los aspectos de la personalidad son lesionados, ello no implica necesariamente una despatrimonialización)<sup>33</sup>.

33 ALPA, Guido, *La responsabilidad civil. Parte general*, Tomo II, Ediciones Legales, Lima, 2016, p. 780.

En la misma línea, TABOADA CÓRDOVA sostiene que se entiende por daño “*todo menoscabo contra los intereses de los individuos en su vida de relación social, que el derecho ha considerado merecedores de la tutela legal*”<sup>34</sup>. De lo anterior, podemos concluir que daño es la afectación, la lesión a un interés subjetivo, merecedor de tutela, que ha sido causado o generado por otra persona. Desde ese punto de vista, el daño, para que sea un daño indemnizable, tiene que cumplir necesariamente con tres requisitos:

### a) Daño cierto

Existen diferentes tipos de daños reparables. Pero ante todo es importante destacar una característica general de todo daño susceptible de reparación: el daño, cualquiera que sea su naturaleza, debe ser cierto si quiere aspirar a una reparación; presente o futura, pero cierto. No puede ser eventual o hipotético: el simple peligro no da lugar a una indemnización, tiene que materializarse en daño<sup>35</sup>. Es decir, el daño tiene que estar determinado o ser determinable.

Una condición que aparentemente se deriva de la anterior –pero que puede presentar algunas peculiaridades– es que el daño tiene que probarse.

De primera intención, podríamos pensar que esta referencia es innecesaria, pues si se establece que un daño es cierto, ello significa que está probado. Sin embargo, aun cuando esto es exacto en términos generales, hay diferentes grados de convicción que permiten tener por probado un daño; y a su vez, la producción de esos diferentes grados de convicción en el juez impone diferentes exigencias de probanza en el demandante (víctima).

Al igual que en cualquier otro campo, salvo que intervenga una presunción (como en el caso de la culpa), rige respecto del daño el principio que sustenta que el actor debe probar el daño. En otras palabras, aparece una exigencia probatoria imposible de eludir por quien pretende que el órgano jurisdiccional le ampare un derecho subjetivo, en el caso del proceso penal, este accionar debe ser llevado a cabo o por el representante del Ministerio Público o por el sujeto damnificado (agraviado), al solicitar la suma determinada de dinero por concepto de reparación civil<sup>36</sup>.

34 TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Elementos de la responsabilidad civil*, 3ª ed., Grijley, Lima, 2015, p. 39.

35 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *La responsabilidad civil extracontractual*, Tomo II, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001, p. 16.

36 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Derecho penal. Parte general*, cit. p. 685.

## b) Daño legítimo

Se ha predicado del daño que este debe afectar un interés lícito o legítimo de la víctima, es decir, un interés conforme o afín a la moral y a las buenas costumbres, excluyéndose cualquier tipo de situaciones ilícitas o inmorales<sup>37</sup>.

## c) Subsistencia del daño

La subsistencia del daño hace alusión a que el mismo no debe haber sido reparado, de lo contrario, se le considerará inexistente. Por lo tanto, no podrá servir de fundamento para una acción de responsabilidad civil. Lo que señalan los hermanos MAZEUD<sup>38</sup> es verdad, puesto que si no existe daño, por ende, no habrá responsabilidad, y si este daño ya ha sido reparado no podrá volverse a reparar.

Por otro lado, se sostiene que la víctima no podrá accionar contra el responsable cuando esta haya sido cubierta por la póliza de un seguro. Sin embargo, podrá accionar contra el responsable cuando no haya sido reparado completamente, podrá accionar por la diferencia entre lo recibido y el daño padecido.

El último aspecto de la subsistencia tiene que ver con la acción que deriva de un delito. Sobre este particular debemos resaltar la labor del Pleno Jurisdiccional Civil del Cusco de 1999, el que señala lo siguiente:

“Que no es procedente que demande en la vía civil el agraviado que se ha constituido en parte civil: porque no es posible jurídicamente iniciar un nuevo proceso con el mismo petitorio (artículo 438, inc. 3., C.P.C.) Que de admitirse el agraviado estaría pretendiendo un doble pago por la misma obligación. Que el agraviado ha ejercido la pretensión de reparación en forma acumulativa a la acción penal y la sentencia constituye cosa juzgada”.

Entonces, para que el daño sea subsistente no debe haber sido reparado o compensado directa (por el causante) o indirectamente (por el seguro) porque de ser el caso ya no existiría.

37 ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, “El Daño por repercusión o rebote” en *Responsabilidad civil. Derecho de daños (Teoría general de la responsabilidad civil)*, colección Instituciones de Derecho Privado, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2006, p. 327.

38 MAZEUD Henri y MAZEUD, León, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Tomo 1, Volumen 1, traducción de la 5ª ed., por Luis Alcalá Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957, p. 327.

## 2. Clasificación de los daños

Habiendo señalado los requisitos que debe cumplir el daño para ser catalogado como tal, procederemos a clasificarlo. Así, siguiendo a FERNÁNDEZ SESSAREGO<sup>39</sup> existen dos criterios para clasificar a los daños. El primero hace referencia a la naturaleza o calidad ontológica del ente lesionado y el segundo a las consecuencias generadas por el daño-evento. Veamos:

Si se atiende a la calidad ontológica del ente afectado se observa que son dos las categorías de entes capaces de soportar las consecuencias de un daño. De una parte, encontramos al ser humano, fin en sí mismo, y, del otro, a los entes del mundo de los cuales se vale el hombre, en tanto son instrumentos, para proyectar y realizar su vida. El daño al ser humano, que obviamente es el que tiene mayor significación, es el que se designa y conoce como daño subjetivo. En cambio, el daño que incide en las cosas se denomina daño objetivo.

En resumen, si se atiende a la calidad ontológica del ente afectado por el daño, este puede ser considerado ya sea como daño subjetivo o como daño objetivo o daño a las cosas. La segunda clasificación, que se sustenta en los efectos del daño, nos permite distinguir dos tipos de daños. Por un lado, podemos referirnos a los daños extrapersonales o patrimoniales, que son los que tienen consecuencias apreciables en dinero; por el otro, cabe aludir a los daños personales o extrapatrimoniales o no patrimoniales, los mismos cuyos efectos no pueden traducirse en dinero.

Esta última clasificación es la más usual por quienes se han ocupado del tema, por tal razón y con fines meramente expositivos, nos referiremos a ella con algo más de detalle.

De primera intención, encontramos fundamentalmente dos grandes categorías de daños económicos que parecen estar en condiciones de comprender la multiplicidad de situaciones que se presentan en la práctica: el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral.

### a) Daño emergente

La indemnización del daño emergente es la que pretende restituir la pérdida sufrida, en otras palabras, el daño emergente es siempre empobrecimiento.

---

39 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "Apuntes sobre el daño a la persona", en *Ius Et Veritas*, N°25, Lima, 2002, p. 31.

## b) Lucro cesante

La segunda gran categoría de indemnizaciones está constituida por el lucro cesante, que ha sido expresamente mencionado en el artículo 1985<sup>40</sup> del Código Civil, respetándose en este punto la innovación de redacción introducida por el Proyecto de la Comisión Reformadora.

El concepto de lucro cesante comprende aquello que ha sido o será dejado de ganar por el acto dañino. En ese sentido, también es daño aquello que hubiera podido ganar (y que no ganó debido al daño). Por consiguiente, mientras que en el daño emergente hay empobrecimiento, en el lucro cesante hay un impedimento de enriquecerse legítimamente. Por otra parte, como dice DE CUPIS el daño emergente afecta un bien o un interés actual, que ya corresponde a la persona en el instante del daño; en cambio, el lucro cesante afecta un bien o un interés que todavía no es de la persona al momento del daño<sup>41</sup>.

A este respecto, es preciso insistir en la condición esencial también para el lucro cesante de que el daño debe ser cierto: no son reparables las ganancias hipotéticas sino aquellas que se producirán con toda certidumbre, que inevitablemente dejarán de percibir como consecuencia del acto dañino.

Por otro lado, el mencionado artículo 1985 del Código Civil hace alusión a los daños extrapatrimoniales, es decir, al daño a la persona y al daño moral.

## c) El daño moral

Es el menoscabo del estado de ánimo que subsigue a la comisión de un hecho antijurídico generador de responsabilidad civil. En palabras de SCOGNAMIGLIO, “deben considerarse daños morales [...] aquellos que se concretan [...] en la lesión de los sentimientos, de los afectos de la víctima, y por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso”<sup>42</sup>. En ese sentido, el hecho de ser objeto de una agresión criminal no solo significa una afectación material al bien jurídico objeto de tutela, al trascender al plano de la materialidad, sino que se penetra en un ámbito de plena

40 Artículo 1985°. *La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño*.

41 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *La Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., p. 35.

42 LEÓN HILARIO, Leysser, “Funcionalidad del Daño Moral e inutilidad del daño a la persona en el derecho civil peruano”, en *Responsabilidad civil (Líneas fundamentales y nuevas perspectivas)*, 2ª ed. corregida y aumentada, Jurista Editores, Lima, 2007, p. 231.

espiritualidad, tanto del sujeto ofendido como de sus familiares más cercanos; por ejemplo, el homicidio que significa la pérdida irreparable de una vida, produce un dolor inmenso en los familiares, la afectación de la belleza estética y corpórea de una modelo actriz, situaciones que van más allá del aspecto económico y se sitúan en la esfera emotiva de la víctima<sup>43</sup>.

El daño a la persona es el detrimento de un derecho fundamental del individuo, debido a un hecho antijurídico. De modo más restringido, el daño a la persona sería “la consecuencia de toda modificación negativa (extrínseca o intrínseca, general o particular, temporal o permanente) que afecte la integridad anatómica o funcional del individuo, considerado como entidad somática y psíquica”<sup>44</sup>. Desde esta última perspectiva, la figura se identificaría con el daño a la salud. En definitiva, su ámbito termina dependiendo de la concepción de “persona” y “personalidad” por la que opte el intérprete.

Para algunos, el daño a la persona es sinónimo de daño moral, para otros lo comprende, para otros, más bien, es una subespecie de este y para otros son dos categorías distintas. Al respecto, TABOADA CÓRDOVA<sup>45</sup> indica que “por daño moral se entiende la lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor o aflicción o sufrimiento en la víctima” (...) “la fórmula más sencilla y adecuada para entender el significado de daño a la persona es estableciendo que se produce dicho daño cuando se lesiona la integridad física del sujeto, su aspecto psicológico y/o su proyecto de vida, todo lo cual debe ser obviamente acreditado. No obstante, en lo relativo a la frustración del proyecto de vida, pensamos que no se trata de cualquier posibilidad de desarrollo de una persona, que puede ser incierta, sino que deberá tratarse de la frustración de un proyecto evidenciado y en proceso de ejecución y desarrollo que se frustra de un momento a otro. No se debe confundir proyecto de vida con cualquier posibilidad respecto de la cual no exista ningún tipo de evidencia comprobada. Como tampoco se debe confundir proyecto de vida con las simples motivaciones de los sujetos (...) *hechas estas precisiones por separado tanto sobre el daño moral como el daño a la persona, resulta evidente, por lo menos desde nuestro punto de vista, que se trata de categorías independientes, pues una cosa es la persona y su proyecto de vida, y otra muy distinta son sus sentimientos (...)*”.

Compartiendo la postura de JIMÉNEZ VARGAS MACHUCA, nosotros no estamos de acuerdo con tal clasificación, por tanto, aquí es conveniente mencionar que, en sus orígenes el daño moral era el *pretium doloris* (daño dolor), la lesión a la esfera sentimental

43 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Derecho penal. Parte general*, cit. 698.

44 PORTIGLIATTI-BARBOS, Mario, “Danno alla persona”, en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. V, Utet, Turín, 1960, p. 150.

45 TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Elementos de la responsabilidad civil*, 2ªed., Grijley, Lima, 2003, p. 64-p. 70.

del sujeto, la gran pena, el sufrimiento, pero su contenido se ha ido ensanchando, abarcando la lesión al honor individual y social, y posteriormente como lesión a la vida de relación, al proyecto de vida, a la identidad personal<sup>46</sup>. Desde esa perspectiva, se sostiene la existencia del daño moral en sentido estricto y en sentido lato.

En sentido estricto, daño moral es un daño que no recae sobre ninguna cosa material perteneciente al perjudicado, que no se advierte con los sentidos externos, sino que se siente interiormente, ya consista en una disminución de algo no material, ya consista en impedir la adquisición de bienes de índole moral, ya en la ofensa de afectos del alma internos, naturales y lícitos. Por donde es, por ejemplo, daño moral el rebajar la reputación personal; la falta de educación paternal a los hijos cuyos padres faltan; un padecimiento o aflicción causados a uno, obrando directamente contra él o contra otro, de un modo ilícito y contra derecho. En sentido lato, es daño moral todo daño injustamente causado a otro, que no toque en su patrimonio ni lo disminuya; es decir, el que recae en cosas materiales, pertenecientes al individuo, fuera de los bienes patrimoniales, como son la integridad corporal y la salud física. Las lesiones, heridas, contusiones, son daños morales, porque no son patrimoniales, prescindiendo de las consecuencias patrimoniales y de las aflicciones o padecimientos morales que además puedan sobrevenir, sea en la persona misma lesionada en su cuerpo, sea en otras que le pertenezcan<sup>47</sup>.

Como se aprecia en tal concepción, el daño moral abarca todas las consecuencias del evento dañoso, que, por sus peculiares características, por su ligazón con la individualidad de la víctima, no sean traducibles directamente en dinero, incluida la lesión a los derechos fundamentales. Moral no es lo contrario a lo jurídico, moral es lo contrario a lo material<sup>48</sup>.

En la misma línea, JIMÉNEZ VARGAS MACHUCA añade que “el daño moral como categoría opuesta al daño material (y en modo alguno relacionado con la moralidad) esto es, entendiéndolo en su más amplia dimensión conceptual, lo que incluye el tradicional *pretium doloris* y todas las posibilidades no patrimoniales que tiene el sujeto para realizar en plenitud su vida de relación y su proyecto de vida, y que en cualquier aspecto que pretenda dotársele de la definición de “clase” o “categoría” o “subespecie”, no son más que posibilidades dentro del espectro comprendido en el rubro, de la misma manera que, por ejemplo, el daño emergente (especie del daño

46 JIMÉNEZ VARGAS MACHUCA, Roxana, “¿Es posible el resarcimiento del daño inmaterial?”, en *Responsabilidad Civil II-Hacia una Unificación de Criterios de Cuantificación de los Daños en Material Civil, Penal y Laboral.*, Editorial Rhodas S.A.C, Lima, 2006, p.210.

47 LEÓN HILARIO, Leysser, “Funcionalidad del Daño Moral e inutilidad del daño a la persona en el derecho civil peruano”, cit., p.234.

48 LEÓN HILARIO, Leysser, “La Responsabilidad Civil, Líneas Fundamentales y Nuevas perspectivas”, Normas Legales, Lima, 2004, p.288.

material) puede consistir en pérdidas patrimoniales de diferentes orígenes (gastos médicos, reparación de vehículo, etc.), cada uno de los cuales debe ser analizado y evaluado detenidamente en su contexto, y luego cuantificado, mas no significa que cada fuente de este daño va a consistir en una subclasificación o categoría del mismo”<sup>49</sup>.

De lo mencionado se desprende que la acepción daño a la persona forma parte de la categoría jurídica “daño moral”, la que engloba perjuicios de orden no patrimonial y que si se ha procedido a su incorporación en nuestra legislación civil ha sido debido a que nuestro legislador se dejó influenciar por la doctrina y legislación italiana.

Sin embargo, si bien en la doctrina italiana tiene sentido hablar de daño a la persona, como una entidad distinta de los daños morales, puesto que la legislación italiana solo considera indemnizables algunos de estos daños (al parecer solo los que, a la vez son configurativos de delito), ello no sucede en nuestro ámbito, en el que seguimos la clasificación francesa de los daños, por lo que resulta redundante, innecesario y asistemático considerar una categoría de daños adicionales (daño a la persona). Pues, todos los supuestos de los llamados “daño a la persona” ya están comprendidos en el llamado “daño moral

Otro tema discutible, en lo referente al resarcimiento de los daños extrapatrimoniales es lo concerniente a la noción de “daño al proyecto de vida”. Al respecto, LEÓN HILARIO defiende la idea de que “el ser humano es, esencialmente, un proyectista; que pertenecemos a una especie caracterizada, entre otros muchos rasgos, por hacer planes, fijar metas y mirar hacia el futuro. Con la ilustrada e infaltable referencia filosófica a Heidegger y Sartre, los estudiosos que postulan el ‘daño al proyecto de vida’ y el ‘daño existencial’ coinciden en considerar que un evento dañoso puede postergar o frustrar definitivamente expectativas y sueños del ser humano. La imagen de uno mismo, como se ve en el futuro, es la que quedaría obstaculizada o imposibilitada por la interferencia abrupta del daño. Con el perjuicio se cancelaría la realización de lo que uno planea para sí mismo en el futuro. Limitándonos a evaluar la ensayística del doctor Carlos Fernández Sessarego, artífice y defensor del daño al proyecto de vida entre nosotros, yo sustentaría mi crítica haciendo notar que en todas esas páginas del ilustre autor brilla por su ausencia el tema más importante de todo juicio de responsabilidad civil, a saber: el tema de la cuantificación de los daños. ¿Cuánto habría que dar a la víctima por el ‘daño a su proyecto de vida’? ¿Están los vocales superiores autores del fallo que venimos criticando en capacidad de justificar, más allá del recurso endable y acomodadizo a la ‘equidad’, los doscientos mil nuevos soles que recibirá por ‘daño a su proyecto de vida’ el exmagistrado del

49 JIMÉNEZ VARGAS MACHUCA, Roxana. “¿Es posible el resarcimiento del daño inmaterial?”, cit., p.211.

caso citado, si la Corte Suprema no lo evita? (...) ¿Y por qué el daño al proyecto de vida no sería resarcible? Por la sencilla razón de que los ‘proyectos de vida’ son invisibles y cambiantes. Todos los aquí presentes tenemos ‘proyectos de vida’, cada uno de nosotros hará una cosa distinta al terminar el día, al culminar este seminario o al regresar a casa, o mañana por la mañana. Ese proyecto de vida puede ser impedido o frustrado, acaso definitivamente, por un evento dañoso. Sin embargo, va a ser muy difícil que el que provoque el daño, o el que resulte imputado con la responsabilidad que se pretende derivar de él, tenga plena conciencia del ‘proyecto de vida’ que echa a perder. Eso solamente sería predicable en los casos en que mediara conocimiento y premeditación, o sea, dolo del dañador. ¿Es eso común? En situaciones normales, el agente del daño no tiene a la vista ‘proyectos de vida’ (...)”<sup>50</sup>.

Sobre la base de lo anterior, podemos deducir que el resarcimiento del daño al proyecto de vida carece de asidero, toda vez que no es posible demostrar que producto del perjuicio producido la víctima vea frustrados sus planes de vida, ya que no hay certeza de que esas aspiraciones iban a materializarse en la realidad.

En las siguientes líneas, procederemos a explicar qué criterios siguen los jueces nacionales a la hora de fijar los montos dinerarios entregados en calidad de reparación civil y qué criterios deberían adoptar para mejorar su labor jurisdiccional.

## C. Criterios utilizados por los jueces penales en los delitos de trata de personas y otros similares

### 1. Algunos datos a tenerse en cuenta

Con la finalidad de ejemplificar de qué manera los jueces nacionales fijan los montos indemnizatorios en los procesos penales, contamos con 20 sentencias en las que se puede apreciar que nuestros magistrados carecen de parámetros objetivos para establecer los montos indemnizatorios.

50 LEÓN HILARIO, Leysser, “Inflando los resarcimientos con automatismos. El daño al proyecto de vida y otros espejismos de nuestra magistratura”, en *Foro Jurídico*, N° 8, p. 67.

Expediente	Instancia	Acusados	Delito	Agraviados	Monto de reparación civil(en soles)
2223-2016	9° Juzgado Penal de Reos en Cárcel-Sede Central	Esther De la Cruz Mitma y Luis Huerta Flores	Trata de personas agravada en la modalidad de explotación análoga	Menor identificada con las iniciales C.M.P.M (15) y G.N.C.R (14)	S/ 5000.00
2877-2015	44° Juzgado Penal de Reos en Cárcel de Lima	Anderson Alberto Navarro Zamora	Trata de personas agravada con fines de explotación laboral	Menor identificada con clave N° 6815	S/10,000.00
2877-2015	44° Juzgado Penal de Reos en Cárcel de Lima	Natividad Nelly Apolinario Ríos	Trata de personas agravada con fines de explotación laboral	Menor identificada con clave N° 6815	S/10,000.00
3067-2017	6° Juzgado Penal de San Juan de Lurigancho	Isabel Hinojosa Quispe y Denis Eduardo Riofrío Carrasco	Trata de personas agravada con fines de explotación sexual y laboral, en la modalidad de captación y transporte de menores y mayores de edad/Trata de personas agravada con fines de explotación sexual y laboral, en la modalidad de transporte de la menor de edad	2177-2, 7917, menor agraviada con iniciales L.V.G. (17), D.M.C. (18) y 2177-1	S/ 6000.00 a cada una (5) / S/ 6000.00 a favor de la agraviada de clave 7917
3672-2012	4° Juzgado Penal Transitorio de Ate	Elizabeth Flavia Villagomez Olivera y Augusto Cahuana Chuquitaype	Trata de personas agravada con fines de explotación laboral	Menor identificada con clave 19415	S/25,000.00
766-2012	Juzgado Penal Transitorio de Lurigancho y Chaclacayo	Lidia Pihue Díaz	Trata de personas en agravio de menores	Menores identificadas con las iniciales M.E.C.A y M.T.S.A.	S/1,500.00
1430-2015	34° Juzgado Penal de Lima	Estrella Natividad Sea Chuquillanqui	Trata de personas agravada con fines de explotación sexual	Menor identificada con iniciales A.G.A	S/10,000.00
2934-2016	7° Juzgado Penal Liquidador del Callao	Maritza Eusebia Bruno Peña.	Trata de personas y por delito contra la salud pública-inducción al consumo de drogas agravado	Menor identificado con clave 86-2016 (12),	S/10,000.00

4667-2017	46° Juzgado Penal de Lima	Jonny Coico Sirlopu y Vilma Marveli Zeña Santamaría	Trata de personas agravadas con fines de explotación laboral y esclavitud/ Trata de personas agravadas con fines de explotación laboral y esclavitud con subsecuente muerte.	17217-3, 1727-4 y 17217-5/17217-1 y 17217-2	Ambos: S/ 5,000.00 a favor de 17217-4 y 17217-5, y S/ 10,000.00 a favor de 17217-3; Jenny: S/ 469 200.00 a herederos del agraviado de clave 17217-1 y S/ 459 000.00 a herederos legales del agraviado de clave 17217-2.
99-2012	Sala Penal de Apelaciones de Cajamarca	Víctor Chillón Durand	Violación sexual de menor de edad	Menor de edad con iniciales E-E.CH.R	S/100.00
3232-2014	Juzgado Penal Colegiado de la Libertad	Eli Mendoza Cruz	Violación sexual de menor de edad	Menor de edad con iniciales G.L.C.S	S/ 12,000.00
Casación N° 47-2012-Sullana	Sala Penal Permanente de la Corte Suprema	Jhony Javier Malacatos Aguilar	Violación sexual de menor de edad	Menor de edad con iniciales J.P.L.C	S/ 3,000.00
R.N.N° 2501-2011-San Martín	Sala Penal Transitoria	Guillermo Cotrina Mego	Violación sexual de menor de edad	Menor de edad con iniciales L.C.C.	S/ 4,000.00
318-1993	Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Amazonas	Jorge Luis Rivasplata Tenorio y Héctor Alfredo Rivasplata	Violación sexual de persona incapaz de resistir	NN	S/ 4,500.00 en forma solidaria
R.N.N° 455-2014	Sala Penal Permanente de Huánuco	Melchor Joel Ortíz García	Violación sexual de menor de edad	Menor de edad con iniciales K.O.A.	S/ 3,000.00
Casación N° 73-2011	Sala Penal Permanente de Puno	Manuel Adolfo Peñaloza Espinoza	Violación sexual de menor de edad	Menor de edad con iniciales E.J.M.S	S/ 10,000.00

R.N. N° 4352-2009	Sala Penal Transitoria de Arequipa	Gildemaro Yassir Valdivia Falcón	Actos contra el pudor y ofensa al pudor público en la modalidad de pornografía infantil	Menores de edad identificados con las iniciales A.R.C.C., E.R.B.L., V.M.C.C. y R.R.Z.C.	S/ 8,000.00
98-660- 020201	Segundo Juzgado Penal de Huaraz	Rolando Marcelino Andrade Huamán	Actos contra el pudor	Menor de edad con iniciales K.M.V.A	S/590.00
R.N. N° 529-2011	Sala Penal Transitoria de Ica	César Roger Felipa Ortiz, Juan Guillermo Moreno Solis y Pedro Eusebio Mayhua Quintanilla	Secuestro agravado	Saúl Fernando Conislla Manrique	S/20,000.00 a pagar de forma solidaria
R.N. N°2930- 2011	Sala Penal Transitoria de Cañete	José Antonio Casilla Zamudio	Homicidio culposo	Kenny Ray Medina Malásquez	S/15,000.00 a los herederos legales del agraviado

## 2. ¿Cuánto vale la libertad personal, la indemnidad sexual, la vida para el Poder Judicial?

Si tomamos como puntos de referencia el menor (S/ 100.00) y el mayor (S/ 469,200.00) monto entregado en calidad de reparación civil, tendremos un promedio de S/ 234, 650.00 (teniendo en cuenta que es un monto indemnizatorio no tan frecuente). Sin embargo, observamos que las cantidades que se presentan con mayor frecuencia fluctúan entre S/ 3,000 y S/ 15,000, lo cual nos da una media real de S/ 9,000.00.

Asimismo, podemos visualizar que, en el delito de trata de personas, los jueces han fijado montos indemnizatorios que oscilan entre S/ 1,500 hasta S/ 25,000, por lo que cabe preguntarnos: ¿En qué sustentan nuestros magistrados sus decisiones? Aparentemente, en su mero arbitrio, ya que en las mencionadas sentencias no figura motivación alguna, vulnerándose de esta manera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de las víctimas.

Al respecto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado ya en diversas oportunidades sobre el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, así en el Exp. No. 6712-2005-HC/TC, ha señalado:

*"10. Según el artículo 139, inciso 5, de la Constitución, toda resolución que emita una instancia jurisdiccional (...) debe estar debidamente motivada. Ello significa que debe quedar plenamente establecida a través de sus considerandos, la ratio decidendi por la que se llega a tal o cual conclusión. (...) Este derecho implica que cualquier decisión cuente con un razonamiento que no sea aparente o defectuoso, sino que exponga de manera clara, lógica y jurídica los fundamentos de hecho y de derecho que la justifican, de manera tal que los destinatarios, a partir de conocer las razones por las cuales se decidió en un sentido o en otro, estén en la aptitud de realizar los actos necesarios para la defensa de su derecho. El derecho a la motivación es un presupuesto fundamental para el adecuado y constitucional ejercicio del derecho a la tutela procesal efectiva". [El énfasis es agregado].*

De lo antes expuesto, se desprende que en atención al poder-deber<sup>51</sup> de los jueces, se deben motivar las resoluciones judiciales, ello en amparo del derecho al debido proceso de los justiciables.

### 3. ¿Cuál es el diagnóstico?

El diagnóstico de este pequeño muestreo de resoluciones penales, en lo referente a la reparación civil, es el siguiente:

- Los jueces penales imponen indemnizaciones "por todo concepto", lo que dificulta determinar qué parte del monto se debe a los daños patrimoniales y qué parte a los no patrimoniales.
- Los jueces penales no motivan las resoluciones judiciales, debido a que no explican la línea de razonamiento adoptada para concluir que el acusado debe pagar cierto importe en calidad de reparación civil.
- No existe una proporción adecuada entre el daño causado y la indemnización otorgada.
- El corolario de esta pequeña exploración es que el Poder Judicial también es impredecible en lo relacionado con la cuantificación del daño, pues carece de parámetros para merituar los daños (sean patrimoniales o extrapatrimoniales).

Por tanto, podemos concluir que en materia de indemnizaciones la regla es que

<sup>51</sup> Artículo 50°. Deberes. Son deberes de los jueces en el proceso: "6. *Fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de normas y el de congruencia*".

no hay regla, ya que los jueces fijan montos indemnizatorios inadecuados en atención a los bienes jurídicos afectados y no solo ello, sino que no han establecido parámetros que permitan predecir a los justiciables lo que recibirán en calidad de reparación civil.

## Puntos a tomar en consideración

Si bien es cierto que el artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público establece que este tiene como obligación velar por la reparación civil en un proceso penal y en su artículo 92 que la acusación escrita debe contener el pedido reparatorio, así como el artículo 285 del Código de Procedimientos Penales señala que la sentencia condenatoria deberá fijar el monto de la reparación civil, fiscales y jueces solo establecen un monto sin individualizar los daños ni motivarlos<sup>52</sup>. Los fiscales y los jueces penales no están exentos del deber de fundamentar sus decisiones en lo que a la reparación civil se refiere.

Al respecto, ESPINOZA ESPINOZA menciona “no puedo dejar de citar la sugestiva doctrina en la cual se propone una diversa interpretación de estas coordinadas legislativas. Así, ‘sólo cuando exista una voluntad expresa del agraviado (o, en general, de todo perjudicado) de constituirse en parte civil dentro de un proceso penal, al sufrir un daño como consecuencia de la comisión (u omisión) de un delito, debe dictarse junto a la sentencia condenatoria la reparación civil’. En este mismo sentido, se afirma que, de sostener lo contrario, se nos lleva al absurdo de ‘una demanda sin demandante’. Frente a ello, autorizada doctrina penal observa que ‘el Ministerio Público en estos casos ostenta una legitimación extraordinaria, dado que no es el titular del derecho subjetivo privado, pero por disposición de la ley actúa en nombre propio aunque afirmando derechos subjetivos ajenos; la ley, pues, concede al Fiscal una posición habilitante para formular la oportuna pretensión civil’. En mi opinión, si bien es cierto que no obstante se establezca legalmente la obligatoriedad de fijar la reparación civil, haya o no constitución en parte civil, jueces y fiscales no cumplen con otra obligación impuesta por ley que es la de la fundamentación de sus decisiones. Es hora que estos operadores jurídicos asuman con responsabilidad sus funciones”<sup>53</sup>.

En tal sentido, tanto en las denuncias penales como en las acusaciones fiscales y en las sentencias, abogados, fiscales y jueces omiten el análisis de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, entendiendo que la reparación civil es un

52 PALACIOS MELÉNDEZ, Rosario, “Reparación civil y proceso penal: ¿segunda victimización?”, en *Actualidad Jurídica*, Tomo 133, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 55

53 ESPINOZA ESPINOZA, Juan, La Reparación Civil derivada de los delitos de corrupción en agravio del Estado: ¿qué derecho patrimonial no se lesiona? Parte 1, *Ius 360*, Lima, 2014. [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/F17FBFB805AA55A405257E7C006E7BFF/\\$FILE/ius360\\_Reparaci%C3%B3n\\_civil.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/F17FBFB805AA55A405257E7C006E7BFF/$FILE/ius360_Reparaci%C3%B3n_civil.pdf).

mero apéndice de la identificación del tipo penal. El análisis de la responsabilidad penal es independiente y distinto del análisis de la responsabilidad civil, por ello es necesario efectuarlo. El análisis que debe seguirse con la finalidad de determinar la responsabilidad civil de un sujeto es el siguiente:

i) La imputabilidad, entendida como la capacidad que tiene el sujeto para hacerse responsable civilmente por los daños que ocasiona; en otras palabras, corresponde en este campo evaluar si la persona tiene discernimiento. De este modo, para afirmar que el sujeto ha infringido el deber de cuidado, de prudencia o de diligencia, debe estar en capacidad de discriminar o diferenciar un hecho dañoso de un inocuo para los bienes jurídicos, y solo después de verificar este discernimiento, se le podrá atribuir culpa por no haber motivado conforme a éste y discriminado la conducta dañosa, pues tal como refieren los hermanos MAZEUD " (...) *los Tribunales han consagrado que la responsabilidad civil supone discernimiento*<sup>54</sup>".

ii) La antijuridicidad; se dice que una conducta es antijurídica no solo cuando contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando viola el sistema jurídico al afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido<sup>55</sup>. Es decir, los actos son antijurídicos cuando carecen de una causa justificativa para ocasionar un daño.

iii) El daño, que comprende las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado, el que, como se ha explicado, puede ser patrimonial o extrapatrimonial.

iv) El nexo causal; producido el daño, o constatada su materialidad, para que el mismo tenga efecto jurídico, es necesario determinar si existe un causante a quien se pueda, posteriormente, atribuir la calidad de autor o responsable. Entonces, causante será el sujeto que realizó una acción u omisión que finalmente produjo o desencadenó el evento dañoso. Debe haber una razón para que una determinada persona y no otra sea obligada a pagar, una razón que individualice a un presunto responsable dentro del universo de personas. El primer hecho que utiliza el derecho para estos efectos es la relación de causa a efecto; en ese sentido, se va a evaluar si esa causa es de por sí suficiente para generar el daño que se está reclamando, de manera tal que la conducta humana de la cual se desprende el daño, en principio, va a asociarse a la noción de autor del daño<sup>56</sup>.

54 MAZEUD, Henri, Jean y León, *Lecciones de Derecho civil*, Capítulo: La noción de culpa, en *Materiales de la Academia de la Magistratura*, Módulo Derecho Civil y Procesal Civil, 1998, p.171.

55 TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Elementos de la responsabilidad civil*, Grijley, Lima, 2001, p. 27-28.

56 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *La Responsabilidad civil extracontractual*, cit., p. 281-282.

v) Comprobada la presencia de un hecho antijurídico, del daño causado y de la relación de causalidad, el último elemento que se requiere para afirmar la existencia de responsabilidad civil es el favor de atribución. El factor de atribución sirve para determinar cuándo una conducta antijurídica, generadora de un daño, cuyo nexos causal está comprobado, puede imputarse a una persona y, por tanto, obliga a esta a indemnizar a la víctima. Los criterios o factores de atribución son dos: el subjetivo (dolo y culpa) y el objetivo (riesgo creado).

Del análisis de las sentencias, concluimos que no existen parámetros para probar y cuantificar los daños, por lo que procederemos a establecer criterios que deben tomar en consideración los magistrados:

Si se entiende, en términos generales, al daño moral como el sufrimiento, el menoscabo emocional, la afectación psicológica de una persona, imponerle la obligación a quien padece el daño de probar la existencia de un daño de carácter subjetivo se convierte en una tarea muy complicada y más aún en la posición de quien lo padece, pues a la par de soportar el daño tiene que recaudar pruebas para demostrar su sufrimiento, su angustia, su menoscabo emocional. Por tanto, ¿cómo probamos el sufrimiento?, ¿cómo se prueba el dolor?, ¿cómo se prueba el menoscabo emocional? ¿Es suficiente invocar (y no probar) la existencia de daños no patrimoniales?

Para ello, no olvidemos tomar en consideración el artículo 188<sup>57</sup> del Código Procesal Civil, que establece claramente que los medios probatorios tienen finalidad de acreditar los daños invocados por las partes y, en atención a ello, generar certeza en el juez. Por tal motivo, no se puede estar de acuerdo con quien sostiene que cuando se produce un daño moral basta con demostrar las circunstancias en las que se produjo el hecho dañoso para presumir la existencia del dolor. Se afirma que cuando los pretendientes al resarcimiento del daño no patrimonial sean los sobrevivientes de la víctima, la prueba del dolor puede ser dada solo indirectamente y a través de indicios<sup>58</sup>. *En efecto, si no hay certeza en los daños invocados, el juez no debería fijar indemnización alguna.*

Desde la perspectiva civil, se va a sostener que para acreditar la existencia del daño moral no es necesario que este se pruebe, pues estamos frente a un daño *in re ipsa*, es decir, un daño que se generó por la simple ocurrencia del hecho antijurídico. Así lo indica BONILINI: "(...) La idea, en efecto, que el perjuicio no patrimonial no necesitaría de una prueba particular resultando suficiente demostrar el hecho generador

57 Artículo 188. Finalidad: "Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones".

58 MOSSET ITURRASPE, Jorge, "El daño Moral", en *Responsabilidad por daños*, IV, EDIAR, Buenos Aires, 1986, p. 210.

del perjuicio; la idea, esencialmente, es que estamos ante la presencia del *damnum in re ipsa* de modo que el simple hecho constituiría la prueba luminosa del daño no patrimonial (...)”<sup>59</sup>.

Al respecto, MONATERI<sup>60</sup> señala que para los daños derivados de los derechos de la personalidad, cuando la víctima sea la misma persona que sufrió la lesión, se comprueba la existencia del daño moral *in re ipsa*. En tal sentido, el autor solo deberá probar el hecho que constituye la lesión, la violación al derecho de la personalidad sufrida. Sin embargo, esa lectura civilista pierde de vista que quien alega ciertos hechos tiene el deber de probarlos, ello de acuerdo a lo que se desprende en el artículo 196 del Código Procesal Civil. Dicho lo anterior, debemos tener en cuenta que a nivel procesal no solo contamos, con la finalidad de probar el perjuicio pretendido, con los medios probatorios típicos, sino también con los sucedáneos de los medios probatorios, entendiéndose por estos a aquellos mecanismos auxiliares establecidos para lograr la finalidad de los medios probatorios, que operan cuando el conocimiento de los hechos que interesan al proceso no puede alcanzarse a través de un medio de prueba directa que los constate por sí mismo (como sería en caso de la testimonial, pericia, inspección judicial y documentos)<sup>61</sup>. Desde ese punto de vista, son sucedáneos de los medios probatorios los indicios, las presunciones y las ficciones legales.

Ahora bien, en relación con las presunciones, están las presunciones legales y las judiciales, las que van a ser relevantes, para estos efectos, son las segundas. Así, cuando el enlace entre la afirmación base y la presumida lo efectúa directamente el juez nos encontramos ante una presunción judicial. En este caso, el nexo no está fijado previamente por la ley, sino que se fija sobre la base de máximas de experiencia comunes por el propio juez. Por ello, se exige que el enlace sea preciso y directo, según las reglas del criterio humano.

En ese sentido, la presunción judicial es la prueba que complementa la argumentación del daño *in re ipsa*, de tal manera que se concluye que el daño *in re ipsa* se va a probar y el medio de prueba va a ser la presunción judicial. Esta sería la manera de probar la existencia del daño moral<sup>62</sup>.

La responsabilidad civil exige que la víctima o el justiciable prueben no solo los elementos constitutivos de la obligación de indemnizar del agente, entre ellos es-

59 BONILINI, Giovanni, *Il Danno Non Patrimoniale*, Giuffrè Editore, Milán, 1983, p. 377-378.

60 MONATERI, Pier Giuseppe, *Le fonti delle obbligazioni. La responsabilità Civile*, Tomo III, Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), Torino, 1998, p. 307

61 LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *La prueba en el proceso civil*. Gaceta Jurídica, Lima, p. 193.

62 CAMPOS GARCÍA, Héctor, *Daño moral*. <https://www.youtube.com/watch?v=6rajPGzBQug>.

pecialmente la existencia del daño, sino también la determinación de su cuantía o modalidad en la que debe ser indemnizado el mismo. Sobre el particular, con la finalidad de mostrar la interrelación entre el derecho civil y el derecho procesal, es menester tener lo suficientemente claro los alcances de los mecanismos de tutela civil, y sus respectivos remedios, para en un segundo momento poder establecer los alcances de la tutela procesal con las respectivas facultades y deberes procesales de las partes y magistrados.

Para empezar, es importante precisar que el dinero no es la única forma de compensación de un daño y, como veremos más adelante, incluso en muchas ocasiones no es la modalidad adecuada. Por ello coincidimos cuando se señala que "no hay entonces razón para asumir que la finalidad reparatoria sea conseguible solo a través del pago de una suma de dinero. Por el contrario, aquella finalidad puede en algunos casos (se piensa precisamente a algunos entre los denominados derechos de la personalidad) expresarse más adecuadamente a través de modalidades no pecuniarias, idóneas a "restablecer" (ripristinare)<sup>63</sup>".

Ahora bien, en cuanto a la cuantificación, si lo que se va a resarcir son daños materiales, lo que hace el juez es liquidar la cuantía de los mismos sobre la base de pruebas que acrediten su existencia y valor, es decir cumple con la fijación del denominado *quantum respondeatur*. Sin embargo, cuando se trata de daño moral, en el que está al alcance de las partes cumplir con demostrar su existencia, resulta imposible hacer una liquidación de su valor, pues generalmente no se cuenta con criterios objetivos, ni con elementos de prueba que nos permita cuantificarlos. En este caso, dentro de la indemnización por equivalente, la cuantía va a ser fijada de forma discrecional por el juzgador, que no es lo mismo que arbitrariedad, tomando en consideración, conforme dispone el artículo 1984 del Código Civil su criterio de valoración equitativa. Así, la pregunta de fondo es ¿qué se debe entender por valoración equitativa? ¿Significa acaso recurrir a consideraciones de carácter ético-moral? La "equidad", en el campo de la responsabilidad civil, cumple el rol de ser un criterio para medir la indemnización, de manera que se puede señalar en términos generales que "la equidad tiene aquí el significado de prudente atemperación de los variados factores de probable incidencia sobre el daño: la valoración equitativa es, precisamente, un juicio de mediación entre la probabilidad positiva y negativa del daño efectivo"<sup>64</sup>.

En tal sentido, será sobre la base del arbitrio del Juez, y del respectivo balance que realice respecto de las circunstancias que rodean al daño, que se va a determinar

63 SALVI, Cesare, "Risarcimento del danno", en *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XL, Giuffrè, Milano, 1989. p. 1104.

64 LINARES ÁVILEZ, Daniel, "Buscándole cinco patas al gato. El Laberinto de la Cuantificación del Daño Moral con una Mirada Desde la Óptica Procesal", en *Derecho & Sociedad Asociación Civil N°38*, Lima, p. 83

cuánto es el monto indemnizatorio que debe ser establecido por el daño moral padecido por la víctima. Sin embargo, hay que tomar en cuenta que el criterio equitativo del juez se aplica subsidiariamente, cuando habiéndose acreditado el daño el agraviado tiene la imposibilidad de probar su entidad<sup>65</sup>. Así, el artículo 1332 del Código Civil norma lo siguiente:

Artículo 1332. Valorización del resarcimiento

*“Si el resarcimiento del daño no pudiere ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valorización equitativa”.*

La norma sobre la valorización equitativa del daño no atribuye al juez un poder ni una función de suplencia para las hipótesis en las cuales no se ofrece la prueba del monto del daño. La expresión “si el daño no puede ser probado en su monto preciso” no debe ser considerada como un eximente de la carga probatoria que corresponde al dañado. Ahora bien, la pregunta es ¿cuáles deben ser las “circunstancias que rodean al daño” que el juzgador debe tomar en consideración al momento de valorar el daño moral? ¿En qué criterios puede concretizarse la “equidad”?

Dada la naturaleza inmaterial del daño, pues es posible recurrir a parámetros, tales como, (i) la “gravedad del hecho”, que es más intensa mientras mayor sea la participación del responsable en la comisión del daño ; (ii) la “intensidad del dolo o la culpa”; (iii) las “condiciones económicas de las partes y de la víctima en modo particular”; y (iv) la intensidad del padecimiento anímico, en donde se evaluarían circunstancias tales como la duración del dolor, la edad, el sexo, la sensibilidad del ofendido, la relación de parentela para el caso de muerte, entre otras<sup>66</sup>.

El empleo de estos criterios tiene su correlato a nivel procesal en el *deber de motivación de las sentencias* como límite del ejercicio del poder de los magistrados, dado el carácter subsidiario e integrador de la equidad. Por ello, bien se ha afirmado que “la verificación sobre el plano de la legitimidad del proceso lógico realizado y de los elementos de hecho considerados en los objetivos de la decisión es el momento en el cual se mide si la adopción del criterio equitativo sea admisible y responda a las exigencias funcionales del resarcimiento del daño propio por esta razón, no es suficiente indicar en la motivación que la liquidación ha sido efectuada ‘con criterio equitativo’ si a esta afirmación sigue solo el mero resultado numérico del quantum, sin alguna otra indicación de las razones de hecho y de derecho seguidas. En la decisión el juez de mérito debe motivar dando cuenta de los criterios

65 ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “El contenido y la prueba del daño subjetivo o no patrimonial: ¿*in re ipsa*?”, en *Actualidad Civil N° 7*, Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 202

66 LINARES ÁVILEZ, Daniel, “Buscándole cinco patas al gato. El Laberinto de la Cuantificación del Daño Moral con una Mirada Desde la Óptica Procesal”, cit., p.84.

adoptados y de los elementos de hecho valorados, 'criterios y elementos respecto a los cuales el magistrado debe realizar la demostración de su pertinencia a la liquidación del daño (...)'

Asimismo, junto con las consideraciones subjetivas señaladas, debe quedar claro que para establecer el monto del daño moral también es importante, con miras a evitar incoherencias en la fijación de indemnizaciones, que se parta por el establecimiento de parámetros o criterios objetivos que permitan al juzgador tener una base o un límite respecto del cual establecer el monto compensatorio, específicamente cuando se producen lesiones físicas, es decir, aquellas que implican pérdidas de algún miembro, heridas en el cuerpo o pérdida de la vida. A esta labor coadyuvan, precisamente, el establecimiento, o reconocimiento, de tablas o baremos, que a su vez tengan en su contenido diferentes variables, como, por ejemplo, la edad de la víctima.

Así, en el Perú tenemos un sistema que se asemeja al antes aludido sistema de baremos, limitado a las indemnizaciones que deben pagar las aseguradoras, nos referimos principalmente al Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios de Accidentes (SOAT), el cual es un seguro obligatorio para accidentes de tránsito que cubre riesgos de muerte y lesiones físicas que sufran las personas como consecuencia de un accidente de tránsito en el que participe un vehículo. Si revisamos el SOAT, vamos a poder comprobar que se ha establecido una suerte de "tablas de baremación de los daños", que representan el monto establecido que necesariamente va a recibir la víctima del daño, por lo que consideramos que los jueces podrían tomar esto como modelo<sup>67</sup>.

### 3. ¿A quién le corresponde la carga de la prueba de la existencia del daño no patrimonial?

A efectos de una adecuada reparación civil, el demandante debe individualizar y fundamentar exactamente los daños de los cuales está solicitando indemnización: Es usual que la parte agraviada pida una cantidad de dinero "por todo concepto" (y que las sentencias también sigan ese tenor al otorgar la indemnización), pero lo que se tiene que hacer es identificar cada uno de los daños: daño emergente, lucro cesante, daño moral, pérdida de la chance. Fundamentarlos y solicitar el monto respectivo. Ello, a efectos de una correcta administración de justicia en beneficio de las partes y de la misma sociedad<sup>68</sup>.

67 LINARES ÁVILEZ, Daniel, "Buscándole cinco patas al gato. El Laberinto de la Cuantificación del Daño Moral con una Mirada Desde la Óptica Procesal", cit., p.85

68 ESPINOZA ESPINOZA, *idibem*.

Doctrina nacional advierte que entre las condiciones para que se aplique el daño moral debe haber una relación de causalidad entre el daño y el acto ilícito. En este escenario queda claro que la carga de la prueba de los daños, sean contractuales o extracontractuales, corresponde a quien los invoca, así como la relación de causalidad entre el hecho y el daño jurídicamente relevante<sup>69</sup>.

Por tanto, ¿cuáles son los criterios que deben aplicarse para estimar el daño no patrimonial?

1. Hay que partir de la premisa que los daños invocados deben ser acreditados.
2. El operador jurídico deberá emplear los sucedáneos y las presunciones para generar convicción de la existencia del daño moral.
3. En línea con lo expuesto, podemos apreciar diferentes tipos de criterios valorativos con diferentes variantes, uno primordialmente subjetivo en el que el juzgador atenderá las distintas circunstancias que rodean el daño, tales como la gravedad del mismo, la situación personal de la víctima o del agente, entre otras. También hay criterios objetivos en los que se parte de parámetros preconstituídos basados en padecimientos estándares de un hombre promedio.

Sin embargo, la experiencia jurisprudencial italiana nos ha enseñado que los jueces no deben esperar que una ley solucione este problema. Los mismos jueces han establecido unas tablas mínimas que son adoptadas para los casos de invalidez permanente<sup>70</sup>. Veamos un ejemplo:

Tribunal Civil de Milano - Tabla de Liquidación del daño biológico 2005

Porcentaje de invalidez	18	45	60
5 %	5,630.00	4,799.00	4,338.00
30 %	97,114,00	82,786.00	74,826.00
80 %	484,974,00	413,420.00	373,688.00

Ello quiere decir que si una persona de 45 años, por ejemplo, sufre de invalidez permanente del 30% (el porcentaje de invalidez lo determina un perito de oficio)

69 OSTERLING PARODI, Felipe / CASTILLO FREYRE, Mario, *Tratado de Derecho de obligaciones*, Volumen V, 2a. ed., Thomson Reuters, Lima, 2014, p. 222

70 ESPINOZA ESPINOZA, Juan, "Hacia una predictibilidad del resarcimiento del daño a la persona en el sistema judicial peruano", en *Advocatus*, N° 13, Lima, 2005, p.100-103.

recibirá como daño biológico la suma de 82,786.00 euros. Si se presenta una invalidez temporal, el parámetro de referencia es de 65 al día y se tiene que hacer una operación en la cual se multiplique este monto por el día y por el porcentaje de la invalidez. Así, si esta persona tiene dos días de invalidez temporal total, se le pagarán 130, pero si además tiene treinta días de una invalidez del 30%, se multiplicará  $65 \times 30 \times 0.30$ , que dará un resultado de 585.

No obstante, ahí no quedan las tablas mínimas. Por muerte de familiares, se establecen los siguientes montos:

Daño no patrimonial a favor de cada padre por muerte de un hijo	Desde 100,00 hasta 200,000 euros
Daño no patrimonial a favor del hijo por muerte de un hijo	Desde 100,00 hasta 200,000 euros
Daño no patrimonial a favor del cónyuge (no separado) o del conviviente sobreviviente.	Desde 100,00 hasta 200,000 euros
Daño no patrimonial a favor del hermano por la muerte de un hermano	Desde 20,000 hasta 120,000 euros

Por otro lado, el Tribunal de Cagliari fija los siguientes valores de referencia de daño moral por la muerte de un familiar.

A cada padre por la muerte de un hijo	Desde 100,000 hasta 200,000
A cada hijo por la muerte de un padre	Desde 50,000 hasta 200,000
Por la muerte del cónyuge o del conviviente	Desde 50,000 hasta 200,000
Por la muerte de un hermano	Desde 25,000 hasta 100,000

Tomando como modelo la creación de parámetros objetivos establecidos por los magistrados italianos, proponemos lo siguiente:

- Si el dañado se constituyó como parte civil en un proceso penal, carece de derecho para solicitar nuevamente una indemnización en un proceso civil. El principio que todo operador jurídico debe tener presente en esta situación es el de la cosa juzgada.
- Los abogados deben individualizar sus pretensiones en sus denuncias y los jueces deben hacer lo propio en sus sentencias.
- La parte que se constituye como parte o actor civil debe acreditar el nexo causal y el denunciado la ruptura del nexo causa. El accionante no solo

debe acreditar el daño, sino también que el hecho imputable al acusado es el que causó el daño.

- Para cuantificar los daños físicos o psíquicos, se debería establecer una base mínima. Si la unidad de referencia en el Reglamento del SOAT es la UIT, ¿por qué no crear una propia unidad de referencia?

Estamos de acuerdo con Espinoza Espinoza cuando sostiene que “no se deben crear topes máximos al criterio equitativo del juez, porque una cosa es proponer criterios que hagan que nuestro Poder Judicial sea predecible, pero otra bien distinta es aferrarnos a una certeza a todo costo, sacrificando la singularidad de los casos especiales. No sería razonable pasar de la anarquía jurisprudencial a la tiranía en materia de cuantificación de daños”<sup>71</sup>. En efecto, es conveniente que se elaboren tablas o baremos y, sobre los mismos, que se fije el criterio equitativo del juez. Dado lo expuesto, consideramos urgente que nuestros magistrados, en atención a los criterios señalados en el presente trabajo, sirvan fijar los montos indemnizatorios otorgados en calidad de reparación civil, acorde con el principio de debida motivación de las resoluciones judiciales.

---

71 ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “Hacia una predictibilidad del resarcimiento del daño a la persona en el sistema judicial peruano”, cit. p. 110.

# 6 Problemas concursales del delito de trata de personas



**EN ESTE APARTADO SE ANALIZARÁN LAS CLASES DE CONCURSOS DE DELITOS EXISTENTES EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO** y su relación con los delitos que están estrechamente vinculados con la trata de personas. También se desarrollará la aplicación práctica de los concursos al momento de la imposición de las penas.

## A. La teoría del concurso de delitos

Antes de explicar con mayor detalle cada uno de los tipos de concurso de delitos aplicables a nuestro ordenamiento jurídico, hay que tener en cuenta que, más allá de la teoría penal, en muchos casos “la decisión de si estamos ante un solo delito o ante varios será una simple cuestión de interpretación del tipo correspondiente”<sup>72</sup>. En ese sentido, el efecto práctico y fundamental de dicha determinación es la determinación judicial de la pena en la sentencia y las consecuencias que ello genera.

### 1. Concurso ideal de delitos

El concurso ideal de delitos está regulado en el artículo 48 del Código Penal del siguiente modo:

“Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de 35 años”.

El concurso ideal de delito tiene lugar cuando una sola acción genera una tipicidad múltiple. Esto es, la acción ejecutada por el agente cumple con los elementos de dos o más tipos legales, planteando así una concurrencia de tipos penales aplicables, pues ninguno de los tipos realizados logra comprender en su totalidad esa conducta<sup>73</sup>. Por su parte, Muñoz Conde refiere que “cuando una sola acción infringe varias

72 SANZ MORÁN, Ángel José, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1986, p. 23.

73 PRADO SALDARRIAGA, Víctor, “Capítulo III: Concurso de delitos”, en *Proyecto de autocapacitación asistida: Redes de unidades académicas judiciales y fiscales. Educación a distancia: Aplicación de la pena*, Academia de la Magistratura, Lima 2000, p. 41.

disposiciones legales o varias veces la misma disposición, es decir, cuando con una sola acción se cometen varios tipos delictivos homogéneos o heterogéneos. Evidentemente no puede valorarse igual una acción que produce un solo delito, que cuando esa misma acción realiza varios delitos. En este último caso, la aplicación de un solo de los tipos delictivos no agotaría la valoración plena del complejo delictivo. Solo la aplicación simultánea de todos los tipos delictivos realizados por la acción valora plenamente el suceso<sup>74</sup>. Es decir, el sentido aplicativo y real del concurso ideal de delitos, el cual, posterior a una investigación fiscal y judicial, será desarrollado y plasmado en una sentencia, evidenciándose ahí su verdadera aplicación.

En tanto, Sanz Morán señala que se califican como concurso ideal o formal de delitos "aquellas situaciones en las que una misma acción o hecho cumple diversos tipos penales, sin que la aplicación de uno solo de ellos baste para colmar el desvalor jurídico-penal de la conducta"<sup>75</sup>. Y añade que "[n]o es posible hacer justicia al contenido de injusto del hecho de cuyo enjuiciamiento se trata exclusivamente mediante su subsunción en uno u otro tipo penal"<sup>76</sup>. Ciertamente, para ahondar en el concepto del concurso ideal de delitos estimamos conveniente mencionar dos pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema de Justicia:

R.N N° 1049-2014-Lima, de fecha 22 de octubre de 2014, emitido por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia (Fundamento Jurídico N° 10):

*"DÉCIMO (...) En ambos casos, respecto de los delitos materia de condena, se da un supuesto de concurso ideal, dado que se está ante una unidad de acción jurídico penal generada por ello, que al ejecutarse ha ocasionado que se aplique varias disposiciones penales como consecuencia dentro de su plan delictivo. Es claro que no se trata de delitos de la misma naturaleza, son de delitos de diferente naturaleza, por lo que se está ante un concurso heterogéneo de delitos. Si bien es cierto existe en sentido natural diferentes acciones, éstas se engloban perfectamente en una sola unidad de sentido criminal. Tal comprensión parte de la noción de que una acción puede ser comprendida jurídicamente desde diversas perspectivas y dar lugar, con ello, a consecuencias jurídicas distintas (...)"*

R.N N° 3476-2010-Tacna, de fecha 11 de abril de 2011, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Fundamento Jurídico N° 4):

*"Cuarto: En el caso sub judice, existe un concurso ideal de delitos, debido*

74 MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho penal. Parte general*, 6ª. ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 466.

75 SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, op. cit., p. 143.

76 *Ibidem*.

a que el procesado Mejía Saavedra ha actuado con un único propósito; por tanto existe unidad de fin, estableciéndose una relación de medio a fin; en tanto que era necesario la falsificación del acta de constatación policial para poder denunciar y obtener sentencia favorable por el delito de usurpación, que al subsumirse el accionar delictivo del referido encausado -unidad de acción- en los tipos penales de los delitos de falsificación de documentos y fraude procesal (...)"

Una vez definido el concurso ideal de delitos, pasaremos a desarrollar los tres presupuestos inherentes para su configuración:

### 1.1 Unidad de acción

Si bien algunos autores como Puppe han tratado de conceptualizar al concurso ideal sin este requisito<sup>77</sup>, lo cierto es que la doctrina es casi unánime en su necesidad, conforme se puede observar:

"[...] el concepto de "unidad de acción" del que se habla en la teoría del concurso no coincide con el concepto general de acción de la teoría del delito. En este último sentido solo se delimitan los presupuestos mínimos que tiene que cumplir un comportamiento humano para poder valer como "acción" en sentido jurídico-penal y en el "como" puede operar esto se dividen las diversas doctrinas de la acción. Sin embargo, si un determinado completo de comportamientos se presenta como una acción o como varias es una cuestión para cuya solución no ofrecen apenas ayuda ninguna de dichas teorías"<sup>78</sup>.

Así, tenemos que la acción (o el hecho) en el campo del concurso:

"(...) equivale a la "actuación o manifestación de la voluntad en el exterior, susceptible de integrar el presupuesto de un tipo penal", sin que la posibilidad de integrar más de uno obste a la existencia de una única acción (o "hecho"). La unidad de acción no depende del número de realizaciones típicas. Si esto fuera así, no cabría el concurso propio sino en forma de concurso real, pues a la pluralidad de realizaciones típicas correspondería siempre una pluralidad de acciones. Tampoco obsta a la unidad de acción la existencia de una pluralidad de resultados en sentido material"<sup>79</sup>.

77 PUPPE, Ingeborg, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen (Logische Studien zur Verhältnis vom Tatbestand und Handlung)*, Berlín, 1979, pp. 143 ss., citado por SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, op. cit., p. 145.

78 SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, op. cit., p. 146.

79 SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, op. cit., p. 315.

De la misma manera, Muñoz Conde señala que “la unidad de hecho equivale a la unidad de acción antes citada. Por tanto, habrá unidad de hecho cuando la actuación corresponda a una misma manifestación de voluntad y sea valorada unitariamente en un tipo penal. Sin embargo, esta unidad de hecho para integrar el presupuesto del concurso ideal, tiene que dar lugar a la realización de varios tipos delictivos”<sup>80</sup>.

En buena cuenta, el legislador nacional otorgó un alto grado de importancia al presupuesto de la unidad de acción para la configuración de un concurso ideal de delitos, debido a que es fundamental la manifestación de voluntad del agente, el cual tiene un solo propósito. En ese sentido, de no encontrarse la unidad de acción, se deberá catalogar y definir la conducta dentro del concurso real de delitos.

## 1.2 Pluralidad de tipos legales realizados

Esto quiere decir que los delitos (tipos legales) cometidos deben ser independientes y que la consideración de uno solo de ellos no “baste para colmar el desvalor jurídico-penal del hecho”<sup>81</sup>. Es importante aclarar aquí que por delito se entiende lesión o puesta en peligro de bienes legalmente tipificada, tipo legal abstracto e incompleto, es decir, la simple tentativa punible ya es delito en este sentido<sup>82</sup>.

Es importante precisar que la consumación de varios delitos tendrá lugar tanto si la acción unitaria cae bajo diferentes tipos como si se realiza el mismo tipo repetidas veces. Se admite así el concurso real homogéneo<sup>83</sup>. Sin embargo, se debe aclarar que “en los supuestos en que una acción produzca múltiples resultados típicos homogéneos, estaremos ante un único delito siempre que el tipo en cuestión incluya la elevación cuantitativa del objeto de ataque. Esto ocurrirá normalmente en delitos patrimoniales –salvo que afecten a un bien jurídico suprapersonal, como es el caso del robo con violencia o intimidación– y en los delitos de peligro abstracto, en el que la pluralidad de resultados solo significa una intensificación cuantitativa de la situación unitaria de peligro. Por el contrario, se tratará de un concurso ideal homogéneo casos de delitos contra bienes jurídicos suprapersonales y, en general, delitos contra bienes jurídicos que tienen un valor individual propio”<sup>84</sup>.

En relación con este supuesto, Villavicencio Terreros indica que existe una pluralidad de delitos, pues cada una de las acciones se complementa perfectamente con

80 MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte general*, p. 466 s.

81 SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, op. cit., p. 149.

82 *Ibidem*

83 *Ibidem*

84 SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, op. cit., p. 151.

el tipo objetivo (la acción realizada) y con el tipo subjetivo doloso (la intención de conseguir cada uno de los resultados). De ahí que con los delitos dolosos haya que matizar la aplicación del concurso ideal<sup>85</sup>.

### 1.3 Unidad de autor(es)

Este tercer presupuesto no revierte mucho análisis, dado que se sustenta en que quien lleva a cabo la acción que configura la pluralidad de delitos debe ser la misma persona. Tiene que existir una identidad al menos parcial del proceso ejecutivo que está en la base de los tipos concurrentes<sup>86</sup>.

### 1.4 Concurso ideal homogéneo y heterogéneo

Sobre este punto, Villavicencio Terreros ha indicado que el concurso ideal heterogéneo se da cuando una misma conducta es englobada por una pluralidad de tipos penales (por ejemplo: (i) el que mata a otro de un disparo y el proyectil causa la lesión a otra persona (ii) cuando un policía le da un golpe a una madre gestante, dicha agresión física produce lesiones sobre la progenitora y aborto del feto). Por otro lado, es concurso ideal homogéneo cuando se presenta una misma conducta que origina una reiterada concurrencia del mismo tipo penal, es decir, se realiza el tipo varias veces (por ejemplo: lanzar un explosivo y causar la muerte a diversas personas<sup>87</sup>).

### 1.5 Concurso ideal por enganche

Con respecto a este tipo de concurso ideal, Villavicencio Terreros destaca que el concurso ideal por enganche es un supuesto particular admitido como concurso ideal por la doctrina, que también es llamado unidad de acción por abrazamiento o concurso ideal mediante encadenamiento. Siendo así, consiste en la concurrencia de varios delitos que no guardan relación entre sí, pero que cada uno de ellos se halla en concurso ideal con su tercer delito que opera como abrazadera o enganche<sup>88</sup>.

Este presupuesto se puede graficar con un ejemplo: el agente que falsifica un título profesional y estafa a sus clientes, siendo el delito de enlace el tipo penal de ejercicio ilegal de la profesión.

85 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2009, p. 698.

86 SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, op. cit., p. 152.

87 VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 699

88 VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 700.

## Consecuencia jurídica del concurso ideal de delitos

Este tipo de concurso, para efectos de la determinación de la pena, se basa en el principio de absorción, según el cual se debe imponer únicamente la pena más grave de las disposiciones que concurren, pues se asume que en ella se absorben las penas menos graves<sup>89</sup>.

Si bien más adelante abordaremos el concurso aparente, conviene puntualizar aquí que, según una parte de la doctrina, al concurso ideal solo le queda, frente al meramente aparente, una función de “esclarecimiento” o “clarificación” (Klarstellung), pues en el caso de concurso ideal aparecerán en el tenor del fallo todos los delitos concurrentes, necesarios para la apreciación exhaustiva de la conducta<sup>90</sup>. Ciertamente, el valor y sentido del concurso ideal de delitos es agravar la pena del agente, toda vez que con una sola acción se cometen varios delitos, perjudicándose así a varios bienes jurídicos, lo cual es evidentemente una acción más perniciosa.

## 2. Concurso real de delitos

El concurso real está regulado en el artículo 50 del Código Penal peruano, el cual establece lo siguiente:

“Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumarán las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos está reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente ésta”.

Este tipo de concurso se presenta cuando varias acciones independientes entre sí realizan a su vez por separado varios delitos autónomos. Muñoz Conde refiere que el concurso real de delitos “se da cuando concurren varias acciones o hechos cada uno constitutivo de un delito autónomo”<sup>91</sup>. En esa línea conceptual, VILLAVICENCIO TERREROS afirma que en el concurso real varios hechos punibles son considerados como otros tantos delitos independientes y a diferencia del concurso ideal (que presenta unidad de acción), el concurso real se caracteriza por presentar pluralidad de acciones y por ello constituye la contrapartida del concurso ideal y que también lo diferencia con el concurso aparente de leyes<sup>92</sup>.

89 PRADO SALDARRIAGA, “Capítulo III: Concurso de delitos”, op. cit., p. 42.

90 SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, op. cit., p. 143.

91 MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 468.

92 VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 703.

De igual manera, conforme hemos desarrollado en el concurso ideal de delitos, para el concurso real se requiere necesariamente, para su configuración, la presencia concurrente de los siguientes elementos:

## 2.1 Pluralidad de acciones

Habiendo indicado ya el concepto de unidad de acción para el concurso ideal de delitos, en el caso del concurso ideal a la pluralidad de acciones corresponde una pluralidad de delitos, siendo a tal fin indiferente la conexión existente entre las infracciones concurrentes<sup>93</sup>. HURTADO POZO y PRADO SALDARRIAGA afirman que cada uno de los comportamientos cometidos por el agente debe ser considerado como una unidad de acción independiente. Pueden consistir en movimientos corporales voluntarios (ejemplo: dos delitos complejos o dos delitos permanentes) o unidades jurídicas de acción (dos delitos complejos o dos delitos permanentes)<sup>94</sup>.

## 2.2. Pluralidad de tipos legales realizados

Es importante señalar que para la configuración de la pluralidad de tipos legales no se requiere la consumación del ilícito penal, pudiendo quedar uno o todos los ilícitos en grado de tentativa.

## 2.3. Unidad de autor(es)

De acuerdo con VILLAVICENCIO TERREROS, consideramos necesariamente que debe tratarse de un solo sujeto activo como ejecutor de las acciones. No importa para esta figura concursal las circunstancias en que haya actuado la persona en los diferentes momentos: autor, coautor, autor mediato, instigador, cómplice, o que haya actuado solo o con partícipes<sup>95</sup>. De la misma manera, el sujeto pasivo puede ser una o varias personas.

## 2.4. Unidad de procesos

Un presupuesto adicional es que los hechos investigados sean juzgados en un mismo proceso penal. En efecto, hay concurso procesal cuando entre varios delitos no hay ninguna vinculación, fuera del hecho de ser atribuidos a un mismo sujeto

93 SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, op. cit., p. 159.

94 HURTADO POZO, JOSÉ / PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Tomo II, Idemsa, 4ª ed., Lima, 2011, p. 213.

95 VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 704.

en un mismo proceso. Este tipo de concurso puede encontrar sustento legal en la fórmula del artículo 50 del Código Penal, cuando habla de “otros tantos delitos independientes”. Pero si estos delitos independientes se deben procesar, algunos en procesos sumarios y otros en procesos ordinarios, el Decreto Legislativo N° 124 señala que ante un concurso de delitos donde unos son más graves que otros el proceso a seguir será el ordinario<sup>96</sup>.

Así, la principal diferencia entre el concurso real y el ideal es que en el primero se requiere una pluralidad de acciones, mientras que en el segundo, una unidad de acciones.

Ahora bien, para un sector de la doctrina la existencia del concurso real de delitos requiere que estos se hayan realizado en cierto periodo de tiempo<sup>97</sup>. Sin embargo, la doctrina no es unánime, en tanto algunos otros sostienen que este requisito no es necesario ya que el concurso de delitos debe existir sin esta conexión temporal, teniendo como límite que los delitos se hayan efectuado antes del dictado de la sentencia ejecutoria y no hayan prescrito<sup>98</sup>.

Asimismo, dependiendo de la especie de infracciones cometidas, el concurso real puede ser homogéneo cuando la pluralidad de delitos se relaciona con infracciones de la misma especie<sup>99</sup>, o heterogéneo cuando la pluralidad de delitos se relaciona con infracciones de distinta especie<sup>100</sup>.

### **Consecuencia jurídica del concurso real de delitos**

Al respecto, en este punto vamos a indicar la consecuencia jurídica del concurso real de delitos y cómo los magistrados deben aplicarlo en sus pronunciamientos (dictámenes fiscales o sentencias judiciales) al momento de resolver los procesos penales.

Es indispensable señalar que este tipo de concurso, para efectos de la determinación judicial de la pena, utiliza el principio de acumulación, según la modificación efectuada al artículo 50 del Código Penal, a través del [artículo 3 de la Ley N° 28730](#), publicado el 13 mayo de 2006 en el Diario Oficial El Peruano.

En este punto, es conveniente esbozar una clasificación de los tipos de acumulación:

96 VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 705.

97 Galván González, Francisco, *Concurso de delitos. Análisis comparado entre España y México*, Tesis doctoral, Salamanca, 2010, p. 359.

98 FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal. Introducción y Parte general*, 3ª ed., Buenos Aires, s/f, p. 397.

99 PRADO SILDARRIAGA, “Capítulo III: Concurso de delitos”, op. cit., p. 43.

100 *Ibidem*.

- Acumulación material o aritmética: consiste en la simple sumatoria de todas las penas correspondientes a los delitos materia de proceso
- Absorción: consiste en que la pena menor queda absorbida por la pena mayor, generándose una “impunidad” respecto a los delitos con penas menores.
- Acumulación jurídica (asperación o exasperación): consiste en que se impondrá a la pena concreta más las agravantes estipuladas en el Código Penal.

Según lo indicado por GARCÍA CAVERO, “hace algunos años la regulación penal estaba prevista en el artículo 50 del Código Penal, no aceptaba una acumulación de las penas de los diversos delitos cometidos, sino que debía aplicarse la pena del delito más grave, incluso ni siquiera se contemplaba la posibilidad de una pena global que permitiese aumentar la pena individual que correspondería al delito más grave (principio de exasperación), por lo que la doctrina penal se mostró poco de acuerdo con esta solución penológica del concurso de delitos. Las cosas han cambiado radicalmente con la última reforma del Código Penal. Conforme a la actual redacción del artículo 50 del Código , las penas se acumulan en caso de concurso real de delitos, teniendo esta acumulación un doble límite: el doble de la pena más grave y finalmente el tope de los 35 años. Se ha pasado así de un sistema de absorción o, en el mejor de los casos, de exasperación, a un sistema de acumulación de penas”<sup>101</sup>.

Asimismo, PEÑA CABRERA FREYRE señala que “si bien se ha adoptado un sistema acumulativo de penas de naturaleza material, no es menos cierto, que el legislador ha fijado un tope legal que vendría a constituir una acumulación jurídica, por lo que sería un sistema mixto; la suma de las penas privativas de libertad de cada uno de los delitos cometidos por el agente se determina desde la pena ‘concreta’ fijada por el legislador”<sup>102</sup>. En buena cuenta, se puede advertir que el concurso real de delitos genera más gravedad y perjuicio que un concurso ideal de delitos, toda vez que en el primero se generan varias lesiones a las normas penales en espacios y tiempos diferentes, con lo cual no cabe duda de que dichas acciones deben generar –en el operador de justicia– una mayor y grave imposición de penas.

No obstante, como se puede apreciar, el concurso real de delitos regulado en el artículo 50 del Código Penal, cuenta con dos limitaciones:

La pena a imponerse no puede exceder del máximo del doble de la pena más grave, que no exceda los 35 años.

La pena a imponerse no debe exceder de los 35 años.

<sup>101</sup> GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal. Parte general*, Jurista Editores, 2ª ed., Lima, 2012, pp. 786-787.

<sup>102</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Derecho penal. Parte general*, T.I, 4ª ed., Idemsa, Lima, 2011, p. 1018.

### 3. Concurso real retrospectivo

El artículo 51 del Código Penal peruano regula el concurso real retrospectivo en los siguientes términos:

“Si después de la sentencia condenatoria se descubriere otro hecho punible cometido antes de ella por el mismo condenado, será sometido a proceso penal y la pena que fije el juez se sumará a la anterior hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos está reprimido con cadena perpetua, se aplicará únicamente ésta, sin perjuicio de fijarse la reparación civil para el nuevo delito”.

Al respecto, el Acuerdo Plenario N° 4-2009, de fecha 13 de noviembre de 2009, ha desarrollado el concepto de concurso real retrospectivo o también denominado posterior, indicando que se configura cuando los delitos que componen el concurso no fueron juzgados simultáneamente en un solo proceso penal. Es decir, al autor de esa pluralidad concursal de delitos independientes se le fue sometiendo a un juicio y condenado secuencialmente por cada hecho punible, según la oportunidad en que tales ilícitos se fueron, sucesivamente, descubriendo.

Es decir, es una forma especial del concurso real de delitos cuya peculiaridad, de carácter procesal, consiste en que el sujeto, que ya ha sido sentenciado, puede ser de nuevo juzgado si se descubre un nuevo delito cometido antes de la sentencia<sup>103</sup>.

Para entender el tipo de concurso real retrospectivo, el acuerdo plenario menciona un ejemplo: “x” cometió un hurto en abril de 2003. Al año siguiente, en marzo de 2004, utilizó una libreta electoral falsa para suscribir un contrato de arrendamiento. Luego, en junio de 2006, ocasionó lesiones graves a su vecino. Este último lo denunció, por lo que “x” fue procesado y condenado a cinco años de pena privativa de libertad. Sin embargo, estando recluso él fue reconocido por el agraviado del hurto que cometió en el 2003, quien al denunciarlo le generó un nuevo proceso penal. Al iniciarse este nuevo juicio se descubrió la utilización del documento falso el año 2004, lo que motivó que se le amplié la instrucción por el delito contra la fe pública. En efecto, si bien existe concurso real entre los delitos de robo agravado, falsedad genérica y lesiones graves, tales delitos no han podido ser juzgados en el mismo proceso judicial sino en juicios sucesivos posteriores a la primera condena por lesiones graves.

Para su configuración, se requiere la presencia de los siguientes elementos:

---

103 VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 708.

1. Pluralidad de delitos.
2. Juzgamiento sucesivo de los delitos en concurso.
3. Unidad de autor(es).

### Consecuencia jurídica del concurso real retrospectivo

En este contexto, la jurisprudencia nacional viene utilizando la refundición de penas para viabilizar el concurso real retrospectivo, el cual, según VILLAVICENCIO TERREROS, consiste en el tratamiento único de la pena impuesta al condenado, es decir, que las sentencias pronunciadas en las causas por delitos conexos, en este caso por delitos que entran en concurso real, sean objeto de un tratamiento único<sup>104</sup>.

Siendo así, en el Acuerdo Plenario N° 01-1998, se determinó los presupuestos que deberán ser tomados en cuenta al momento de aplicar la refundición de penas:

- La refundición de penas debe ser interpretada y aplicada en la perspectiva sustantiva, no perdiendo de vista el derecho del justiciable de merecer un tratamiento único. En consecuencia, para refundir penas se requiere que entre los hechos objeto de condena medie una relación de concurso real, sin que entre ellos se haya pronunciado una sentencia firme o se haya reducido una causa extintiva de la acción.
- Procede la refundición en caso la pena anterior se esté ejecutando en beneficio penitenciario o haya sido suspendida su ejecución.
- En ningún caso puede el procesado verse perjudicado por actos o situaciones que hayan impedido que la última sentencia dictada en su contra refunda las distintas penas que debe cumplir. Por el principio que prohíbe la autoincriminación no puede exigirse al procesado que sea la fuente que dé cuenta de las conductas anteriores que debe cumplir.

Finalmente, el Acuerdo Plenario N° 4-2009 también brinda los presupuestos para la determinación judicial de la pena, el cual señala que se ha establecido que la pena concreta para tales casos surgirá, también, de la aplicación del mismo procedimiento regulado para el concurso real de delitos en el artículo 50° del Código Penal. Es decir, el órgano jurisdiccional competente en cada juzgamiento deberá adicionar las penas concretas parciales que obtenga por los delitos que procesó, a aquellas que ya fueron impuestas en los juzgamientos precedentes. Luego deberá someter el resultado o pena concreta total del concurso real retrospectivo, a las verificaciones y límites señalados en el artículo 51° y a los cuales ya se ha hecho mención al analizar el caso del concurso real

104 VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 708-709

(no superar 35 años de pena privativa de libertad ni superar el doble de la pena concreta parcial correspondiente al delito más grave y aplicar sólo la pena de cadena perpetua si ella resulta como sanción para, cuando menos, uno de los delitos en concurso).

#### 4. Concurso aparente de leyes o unidad de leyes

Este tipo de concurso se presenta cuando una conducta cometida aparece comprendida en varios tipos penales, pero su contenido de injusto está definido completamente por uno solo de dichos tipos penales<sup>105</sup>. GARCÍA CAVERO refiere que dentro de la teoría del concurso se hace mención a los supuestos en los que pese a presentarse una situación de concurso ideal o real, la interpretación de los tipos penales o ciertas regulaciones legales específicas permitan afirmar la existencia de un solo delito<sup>106</sup>. Para SANZ MORÁN, en el campo del concurso aparente de normas carece de relevancia la distinción entre unidad y pluralidad de acción, de tanta importancia en el marco del concurso propio. Por ello, el suceso real en cuya regulación confluyen varias normas, de las cuales una excluirá, como consecuencia del proceso interpretativo a las demás, puede estar formulado por una o varias acciones<sup>107</sup>.

En opinión de MUÑOZ CONDE, el llamado concurso de leyes no tiene que ver con un auténtico concurso, sino con un problema de interpretación para determinar la ley o precepto legal aplicable, cuando ante un mismo supuesto de hecho *aparentemente* son varios los preceptos que vienen en consideración, pero el desvalor que representa ese supuesto de hecho es abarcado por uno de los preceptos concurrentes cuya aplicación excluye la de los demás. Así, por ejemplo, un asesinato es también un homicidio y, si no estuviera específicamente tipificado en el Código Penal, de todos modos se criminalizaría la muerte de las personas en la modalidad de homicidio. También el robo podría ser castigado como hurto, en la medida en que ambos existe el apoderamiento de una cosa mueble ajena. Pero si bien hay dos o más preceptos que pueden ser aplicables a un mismo hecho, teniendo los preceptos concurrentes el mismo núcleo típico fundamental (matar, robar, etc.), sólo uno de ellos puede ser aplicable, debiendo excluirse la aplicación de los otros<sup>108</sup>.

En tal contexto, para dejar esclarecidas las diferencias entre la unidad de leyes y el concurso ideal, se debe señalar que en el concurso ideal de delitos existe una pluralidad de leyes en tanto que en el concurso aparente existe una unidad de ley,

105 VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 711.

106 GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 788.

107 SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, op. cit., pp. 120-121.

108 MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 468.

motivo por el cual en el concurso aparente una ley excluye a otra a diferencia del concurso ideal, en donde se aplica la pena del delito más grave (principio de absorción), pero no se excluye ninguna ley.

En esa misma línea se ha pronunciado nuestra Corte Suprema de Justicia<sup>109</sup>:

R.N N°2454-2003- Lima, Ejecutoria Suprema de fecha 9 de enero de 2004:

“(...) Se da un concurso aparente de leyes cuando dos o más normas se disputan ser aplicables a un mismo hecho, la más adecuada, de acuerdo al principio de especialidad desplaza a las demás, y teniendo en cuenta que en el presente caso el móvil real del ilícito era el apoderamiento de dinero de la víctima y no el de privarla de su libertad (...)”

R.N N°2473-2009- Lima Norte, Ejecutoria Suprema de fecha 26 de agosto de 2009:

“(...) El concurso aparente de leyes constituye un problema de interpretación que surge cuando el agente realiza una acción que podría, aparentemente ser calificada en más de un tipo penal, pero en realidad solo se puede aplicar uno (...)”

R.N N°4647-1995- Lambayeque, Ejecutoria Suprema de fecha 25 de enero de 1996

“(...) El concurso aparente de normas surge cuando un sujeto realiza una acción ante la cual concurren de manera aparente varias disposiciones legales, cuando en realidad una sola es la aplicable a dicha acción; por lo mismo no es exactamente un problema concursal sino uno de interpretación, o lo que es lo mismo, la cuestión es establecer qué tipo legal es el aplicable a la conducta del agente (...)”

Analizado desde la perspectiva específica del delito de trata de personas, el tipo penal del artículo 153 del Código Penal es precisamente uno de concurso aparente porque en su configuración las distintas acciones que en apariencia podrían dar lugar a varios delitos en realidad dan forma a uno solo, el de trata de personas, puesto que la actuación con violencia, amenaza, privación de libertad, u otras, siempre que sean practicadas con fines de explotación, activan la semántica íntegramente de este y único delito. El concurso aparentemente consiste en sólo un problema de interpretación jurídica, por lo que parte de la doctrina prefiere referirse a este asunto como unidad de ley y no de concurso<sup>110</sup>.

109 ROJAS VARGAS, Fidel, *Código penal. Parte general*, Tomo I, RZ Editores, Lima, 2016 pp.794-795.

110 HURTADO POZO / PRADO SILDARRIAGA, *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 231.

## Consecuencia jurídica de la unidad de leyes

Para solucionar este problema de interpretación jurídica existen tres principios, los cuales ayudarán a descartar si nos encontramos ante un concurso aparente de leyes, concurso ideal o real de delitos.

### 1. Principio de especialidad

Entre los diferentes tipos penales habrá uno que excluya (como consecuencia de una mayor descripción de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal) a los demás porque contiene de manera (i) más completa y (ii) más específica el desvalor del hecho cometido<sup>111</sup>.

Ejemplo: El delito de infanticidio (artículo 110 del Código Penal) respecto al delito de parricidio (artículo 107 del Código Penal).

### 2. Principio de subsidiariedad

Este principio se presenta cuando estamos ante una norma auxiliar, subsidiaria o residual que aplica solo en caso no aplique otra norma principal que prevea un comportamiento más completo y más grave<sup>112</sup>.

Ejemplo: El delito de falsedad genérica (artículo 438 del Código Penal)

### 3. Principio de consunción

Este principio implica que una norma desplaza a otra cuando por sí misma incluye ("consume") el desvalor que esta supone por razones distintas a aquellas explicadas en los dos principios anteriores<sup>113</sup>.

Ejemplo: El delito de lesiones (artículo 121 del Código Penal) en el delito de robo (artículo 188° del Código Penal).

111 VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 713; MONTROYA VIVANCO, Yván, et al., *Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de trata de personas*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2ª ed., Lima 2017, p. 124;

112 MONTROYA VIVANCO, et al., *Manual de capacitación para operadores de justicia*, op. cit., p. 124.

113 *Ibidem*

## Prescripción en el caso de los concursos de delitos

El Código Penal regula en el artículo 80 la prescripción en el caso de concurso de delitos del modo siguiente:

*“La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad.*

*En caso de concurso real de delitos, las acciones prescriben separadamente en el plazo señalado para cada uno.*

*En caso de concurso ideal de delitos, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave.*

La prescripción no será mayor a 20 años. Tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua se extingue la acción penal a los 30 años.

En los delitos que merezcan otras penas, la acción prescribe a los dos años.

En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, o cometidos como integrante de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica”.

En esa línea, es importante citar lo desarrollado por nuestra Corte Suprema de Justicia, respecto a la prescripción en los casos de concursos de delitos:

R.N N° 1283-2012-Lima, Ejecutoria Suprema emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de fecha 2 de abril de 2013 (Fundamento Jurídico N° 9):

*“(...) Noveno. Que los delitos de receptación y cohecho pasivo impropio imputados al encausado Jorge Víctor Polack Merel constituyen un concurso ideal de delitos, debido a que dichos ilícitos penales se consumaron con la sola acción de aceptar dinero del erario público de parte del ex asesor Presidencial Vladimiro Montesinos Torres, a efectos de cambiarse de agrupación política, lo cual debía presumir que era de procedencia ilegal, por la forma y circunstancias en que ocurrieron los hechos. Por tanto, resulta aplicable lo dispuesto en el tercer párrafo ochenta del Código Penal, esto es, que la acción penal prescribe cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave. En el presente caso, el delito más grave es el de cohecho pasivo impropio, previsto en su*

texto original del artículo trescientos noventa y cuatro del Código Penal, que sanciona dicha conducta con una pena no mayor de cuatro años (...)"

## 5. Delito continuado

El delito continuado está regulado en el artículo 49 del Código Penal:

"Cuando varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un sólo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente al más grave".

El delito continuado consiste en dos acciones homogéneas, realizadas en distinto tiempo, pero en análogas ocasiones, que infringen la misma norma jurídica o normas de igual o semejante naturaleza. El delito continuado se caracteriza porque cada una de las acciones que lo constituyen representa ya de por sí un delito consumado o intentado, pero todas ellas se valoran juntas como un solo delito<sup>114</sup>.

Ahora bien, para que se configure un delito continuado se requiere de tres presupuestos<sup>115</sup>:

- **Unidad de sujeto:** El primer requisito para poder hablar de un delito continuado es la unidad de sujeto, la cual debe presentarse siempre respecto del sujeto activo y en el caso del sujeto pasivo solamente si se trata de delitos que afecten bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal (vida, integridad corporal y libertad).
- **El elemento objetivo:** la faceta objetiva del delito continuado exige primeramente una pluralidad de acciones del autor y que estas acciones se dirijan a lesionar el mismo interés penalmente protegido. En segundo lugar, las acciones del autor constituyan realizaciones de varias violaciones de la misma ley penal, de igual o semejante naturaleza. Como tercer aspecto objetivo del delito continuado, la doctrina penal considera necesario también una unidad temporal entre los distintos actos. Nuestra legislación penal prescinde, sin embargo, de tal unidad de tiempo, en tanto admite la existencia de un delito continuado tanto para acciones que se dan en un mismo momento, como para acciones que tienen lugar en momentos diversos.
- **El elemento subjetivo:** el aspecto subjetivo del delito continuado tuvo al

114 MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 469.

115 GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 793-797.

principio una importancia central, en tanto la relación de continuidad estuvo basada fundamentalmente en una unidad subjetiva. Por nuestra parte, debemos tener en cuenta que nuestra regulación penal requiere expresamente que el autor realice actos “de la misma resolución criminal”.

Por último, debemos acotar la definición del delito continuado que realizó nuestra Corte Suprema de la República a través del Acuerdo Plenario 8-2009, de fecha 13 de noviembre de 2009, en donde se indicó que se configura cuando existen sucesivas violaciones de la misma ley, igual o semejante, cometidas con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, consideradas como un solo delito “continuado”.

Finalmente, una crítica válida que se realiza al delito continuado es que el mismo consiste en un “beneficio” para el agente que en reiteradas veces comete un delito, lo cual no debería ser así.

## 6. Delito masa

El delito masa está regulado en la parte *in fine* del primer párrafo del artículo 49 del Código Penal:

*“Cuando varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un sólo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente al más grave. Si con dichas violaciones, el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave (...)”.*

Para un mayor entendimiento, el Acuerdo Plenario N° 8-2009, de fecha 13 de noviembre de 2009, desarrolla el concepto del delito masa e indica que se configura cuando las sucesivas violaciones de la misma ley -delito continuado- por parte del agente hubieran resultado perjudicadas una pluralidad de personas; supuesto en el que el juez aumentará la pena hasta un tercio de la máxima prevista para el delito más grave.

## B. Problemas concursales del delito de trata de personas y otros delitos

La calificación de los hechos para subsumirlos en el tipo penal correspondiente es una labor esencial en la construcción de la teoría del caso, la cual si no es bien planteada puede llevar a resultados nefastos. En el caso particular del delito de trata de personas, la calificación de las conductas ha presentado mayores dificultades debido a la conexidad que existe con otros delitos similares. Entonces, es importante identificar y distinguir los elementos de cada tipo penal para poder determinar si estamos ante un concurso aparente de leyes o ante un concurso real o ideal.

En las sentencias por el delito de trata de personas apreciadas previamente se observa un desarrollo casi nulo de los concursos de delitos, lo cual nos ayuda a concluir que el operador de justicia no ha podido diferenciar adecuadamente los tipos penales materia del proceso penal, circunstancia que genera, al momento de imponer las penas, una deficiencia, toda vez que estas solamente se circunscriben respecto al delito de trata de personas, lo que genera que no se utilicen los mecanismos otorgados en los concursos de delitos.

Siendo así, a través de esta deficiencia jurisprudencial, se ha venido permitiendo que se impongan penas benévolas con respecto a los hechos denunciados y a la gravedad del delito. En tal contexto, a continuación se analizarán los principales tipos penales que suelen presentar problemas concursales con el delito de trata de personas o confusiones al momento de la calificación.

### 1. El delito de coacción

El delito de coacción está tipificado en el artículo 151 del Código Penal:

#### Artículo 151. Coacción

“El que, mediante amenaza o violencia, obliga a otro a hacer lo que la ley no manda o le impide hacer lo que ella no prohíbe será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años”.

En este delito el bien jurídico protegido es la libertad conductual de la persona, toda vez que el sujeto pasivo fuerza a la víctima a realizar determinada conducta en contra de su voluntad<sup>116</sup>. Nótese que la descripción de la conducta que se obliga

116 BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto / GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 4ª ed., Editorial San Marcos, Lima, 1998, p. 182-183.

a realizar es bastante genérica y amplia. Por su parte, el delito de trata de personas contempla como medio el uso de cualquier forma de coacción para captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o retener a la víctima con la finalidad de que sea explotada. Ello se desprende de la lectura del artículo 153.2 del Código Penal:

Artículo 153. Trata de personas

*“1. El que, mediante violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio, capta, transporta, traslada, acoge, recibe o retiene a otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país con fines de explotación, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de 15 años. (...)”.*

En este caso a través de la coacción el sujeto pasivo se ve forzado a someterse a diferentes formas de explotación. Entonces, la conducta podría subsumirse tanto en el delito de trata de personas como en el de coacción. Sin embargo, se trata solo de un concurso aparente de leyes que se debe resolver aplicando el principio de consunción y especialidad.

Según el principio de consunción<sup>117</sup>, el delito de trata de personas desplaza al de coacción porque el primero ya comprende el desvalor de la coacción. Además, el delito de trata de personas es más específico que el de coacción, toda vez que la coacción solamente es usada por el sujeto activo para llevar a cabo ciertas acciones con la finalidad de poner a la víctima en una situación de explotación. Entonces, por el principio de especialidad<sup>118</sup>, en un probable caso donde exista un concurso de delitos, se deberá aplicar el delito de trata de personas.

## 2.El delito de favorecimiento a la prostitución

El delito de favorecimiento a la prostitución está tipificado en 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.”*

117 MONTROYA VIVANCO, et al., *Manual de capacitación para operadores de justicia*, op. cit., p. 124.

118 *Ibidem*.

La pena será no menor de cinco ni mayor de 12 años cuando:

1. La víctima es menor de 18 años.
2. El autor emplea violencia, engaño, abuso de autoridad, o cualquier medio de intimidación.
3. La víctima está 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 curador 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. El agente actúa como integrante de una organización criminal<sup>119</sup>.

Como se puede apreciar, este tipo penal sanciona al sujeto que realiza la conducta de promover o favorecer la prostitución de otro sujeto. En este delito, el bien jurídico protegido es la dignidad de las personas<sup>119</sup>, puesto que se busca evitar que las personas sean utilizadas como instrumentos sexuales de otros.

En el marco de la trata de personas es común que se presenten casos en los que las víctimas ejerzan la prostitución. En ese contexto, podrían surgir dudas sobre la calificación jurídica de la conducta entre el tipo penal de trata de personas o favorecimiento a la prostitución o, incluso, si se trata de un concurso de delitos.

Al respecto, los considerandos 15 y 16 del Acuerdo Plenario 03-2011 PJ/CJ-116 establecen el siguiente criterio diferenciador entre estos delitos:

*“En efecto, el delito de trata de personas agota su realización en actos de promoción, favorecimiento, financiación o facilitación del acopio, custodia, traslado, entrega o recepción de personas dentro del país o para su ingreso o salida de él, con la finalidad de que ejerzan la prostitución o sean sometidas a esclavitud y explotación sexuales. Es un delito de tendencia interna trascendente donde el uso sexual del sujeto pasivo es una finalidad cuya realización está más allá de la conducta típica que debe desplegar el agente pero que debe acompañar el dolo con que éste actúa. Es más, el delito estaría perfeccionado incluso en el caso de que la víctima captada,*

119 MONTÓYA VIVANCO, et al., *Manual de capacitación para operadores de justicia*, op. cit., p. 129.

desplazada o entregada no llegue nunca a ejercer la prostitución o se frustre, por cualquier razón o circunstancia, su esclavitud o explotación sexual por terceros.

En cambio, *en los actos de favorecimiento de la prostitución el sujeto activo actúa indirectamente, promoviendo (inicia, impulsa o influencia positivamente) o favoreciendo (creando las condiciones necesarias para sus actividades sexuales o proveyéndole clientes) la prostitución* de la víctima (relaciones sexuales con terceros a cambio de dinero). Es un típico delito de corrupción sexual cuyo móvil suele ser lucrativo".

De lo anterior se desprende que el delito de favorecimiento a la prostitución se diferencia del de trata de personas porque la conducta del sujeto activo favorece indirectamente la prostitución del sujeto pasivo<sup>120</sup>. Si bien es una aproximación para comprender la relación entre ambos delitos, un sector de la doctrina considera que este criterio diferenciador es insuficiente<sup>121</sup>, opinión que compartimos.

A nuestro modo de ver, la diferencia principal radica en las características y condiciones del sujeto pasivo. Recordemos que en el delito de trata de personas, la víctima se caracteriza por estar en una situación de vulnerabilidad<sup>122</sup> que es aprovechada para la explotación de su persona. La explotación es el fin y se logra a través de diversas formas de coerción.

Entonces, si se promueve o favorece la prostitución de una persona que no está en situación de vulnerabilidad ni en un contexto de explotación, no habrá razón para aplicar el delito de trata de personas<sup>123</sup>. Corresponderá únicamente tipificar la conducta como favorecimiento a la prostitución.

Si la promoción de la prostitución de otra persona se da en un contexto de explotación, podría pensarse que el mismo hecho sea pasible de ser subsumido tanto en el delito de trata de personas como en el de favorecimiento a la prostitución. Al respecto, el Acuerdo Plenario 03-2011 PJ/CJ-116 en su considerando N° 18 señala que existe un concurso real de delitos entre la trata de personas y el favorecimiento a la prostitución:

"Se podría graficar las diferencias entre tratante, promotor y proxeneta señalando

120 MONTÓYA VIVANCO, et al., *Manual de capacitación para operadores de justicia*, op. cit., p.130.

121 *Ibidem*.

122 Salinas Siccha, Derecho penal. Parte especial, op. cit., p. 670: "La situación de "vulnerabilidad" se debe entender como la situación de desventaja en que se encuentran la víctima, ello como consecuencia de la carencia de recursos económicos, la falta de oportunidades, la violencia política o la violencia familiar, etc., que son aprovechadas por las organizaciones criminales para identificar y captar a sus víctimas o por personas inescrupulosas que a través del engaño someten a una persona a labores o trabajos de explotación".

123 MONTÓYA VIVANCO, et al., *Manual de capacitación para operadores de justicia*, op. cit., p. 131.

que el primero actúa como proveedor; el segundo como impulsor o facilitador; y el tercero como expendedor y gestor de la prostitución de las víctimas. *Por consiguiente, el concurso real entre estos tres delitos resulta ser la posibilidad más técnica de conectarlos hipotéticamente. Así, quien práctica la trata puede, también, dedicarse de modo sucesivo o paralelo a la promoción o explotación directa de la persona a quien captó, trasladó o retuvo inicialmente con la finalidad de entregarla a terceros promotores de la prostitución o proxenetas potenciales o en ejercicio”.*

Sobre este punto, parte de la doctrina está en desacuerdo con este criterio<sup>124</sup> y nosotros también discrepamos con el Acuerdo Plenario porque no consideramos que técnicamente se produzca un concurso real de delitos. En realidad, se trata de un concurso aparente de leyes penales, el cual debe resolverse aplicando el principio de especialidad<sup>125</sup>.

En aplicación de tal principio, el tipo penal adecuado sería el de trata de personas porque es el delito especial frente al delito genérico de favorecimiento a la prostitución<sup>126</sup>. En efecto, el delito de trata de personas ya contempla la situación de vulnerabilidad del sujeto pasivo, el aprovechamiento de esa condición y la finalidad de explotación sexual. Además, según el principio de consunción se subsume el desvalor del tipo penal de favorecimiento a la prostitución<sup>127</sup>.

En conclusión, cuando la promoción de la prostitución de otra persona no se dé en un contexto de explotación solo deberá aplicarse el delito de favorecimiento a la prostitución. En caso dicha promoción se dé en el marco de explotación sexual de un sujeto en situación de vulnerabilidad, el tipo penal aplicable será el de trata de personas.

### 3. El delito de rufianismo

El delito de rufianismo está tipificado en el artículo 180 del Código Penal:

Artículo 180. Rufianismo

*“El que explota la ganancia obtenida por una persona que ejerce la pros-*

<sup>124</sup> *Ibidem*.

<sup>125</sup> *Ibidem*.

<sup>126</sup> *Ibidem*.

<sup>127</sup> Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, *Trata de Personas: Análisis Jurídico y Jurisprudencia del Delito de Trata de Personas*, Lima, 2016, p. 99; MATEUS, Andrea, et al., *Aspectos jurídicos del delito de trata de personas en Colombia. Aportes desde el Derecho internacional, Derecho penal y las Organizaciones no gubernamentales*, Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia / Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, p. 34.

*titución* será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.

Si la víctima tiene entre 14 y menos de 18 años, la pena será no menor de seis ni mayor de 10 años.

Si la víctima tiene menos de 14 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 12 años”.

En este delito el tipo objetivo se configura cuando el sujeto activo explota la ganancia que obtiene una persona por prostituirse. En palabras de RAMIRO SALINAS, el sujeto activo sólo vive de los ingresos derivados de la práctica de la prostitución<sup>128</sup>.

Por su parte, en el delito de trata de personas el sujeto activo, a través de distintas formas de coerción (amenaza, violencia, coacción, abuso de situación de vulnerabilidad, etc.), explota al sujeto pasivo.

La principal diferencia es que en el rufianismo la explotación recae sobre la ganancia del que se prostituye, mientras que en el delito de trata de personas la explotación recae sobre la víctima, es decir, la persona<sup>129</sup>.

Como se puede apreciar, la conducta tipificada en el delito de rufianismo es muy distinta al delito de trata de personas, por lo cual la calificación entre uno u otro delito no resulta problemática. No se configura un concurso aparente de leyes.

Es posible que en ciertos casos se configure tanto el delito de trata de personas como el de rufianismo, con lo cual se estaría ante un concurso real de delitos<sup>130</sup>. Por ejemplo, un sujeto capta a una persona, abusando de su situación de vulnerabilidad, con la finalidad de explotarla sexualmente (prostitución). Posteriormente, el mismo sujeto se aprovecha económicamente de las ganancias que obtiene la víctima a cambio de prostituirse. En este caso, la primera conducta se subsume en el tipo penal de trata de personas y la segunda conducta en el tipo penal de rufianismo.

Ante dicho escenario, la pena a imponerse sería la sumatoria de las penas concretas impuestas por el magistrado.

128 SALINAS SICCHA, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pp. 864-865.

129 MONTOYA VIVANCO, et al., *Manual de capacitación para operadores de justicia*, op. cit., p. 133.

130 MONTOYA VIVANCO, et al., *Manual de capacitación para operadores de justicia*, op. cit., p. 134.

## 4. El delito de violación sexual

En el artículo 170° del Código Penal está tipificado el delito de violación sexual de la siguiente manera:

### 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 12 ni mayor de 18 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 este, 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”.

En el caso de este delito, el bien jurídico protegido es la libertad sexual de la persona mayor de 14 años; y en el caso de menores de 14 años, el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual. Por ello, se sanciona el acceso carnal en contra de la voluntad de la persona.

En el delito de trata de personas el bien jurídico protegido es la dignidad de la persona. Como se puede apreciar, el bien jurídico protegido y los hechos tipificados

son distintos en ambos delitos, por lo que no da lugar a confusión entre ellos. Al respecto, en el considerando 14 del Acuerdo Plenario 3-2011 PJ/CJ-116 se indica lo siguiente:

“Los verbos típicos utilizados para describir los delitos analizados, así como los medios comisivos previstos para su perpetración tienden a conectarse o confundirse por su similitud. Por tanto, se requiere esclarecer cuando se configura uno u otro tipo penal, y así deslindar la presencia o no de un concurso de delitos (ideal o real) o de un concurso aparente de leyes entre ellos.

*En los delitos de violación sexual se está ante tipos legales claramente diferenciables en el que la conducta típica viene definida por el acceso carnal (vaginal, anal o bucal) o análogo (introducción de objetos o partes del cuerpo vía vaginal o anal) que practica el propio sujeto activo con la víctima”.*

Puede darse el caso que al cometerse del delito de trata de personas se produzcan hechos que puedan ser calificados como violación sexual. En estos casos puede darse, según el caso, un concurso de ideal o real de delitos. Por ejemplo, una de las conductas tipificadas en la trata de personas es la retención de la víctima con fines de explotación, y para poder retenerla el sujeto activo usa como mecanismo de coacción la violación sexual de la víctima. En este caso, el delito de trata de personas no absorbe el desvalor de la violación sexual, por lo que un mismo hecho vulnera dos bienes jurídicos protegidos en distintos tipos penales. Entonces, se produce un concurso ideal entre el delito de trata de personas y el de violación sexual<sup>131</sup>.

Por otro lado, podría darse el caso que un sujeto amenace a la víctima para poder captarla con fines de explotación y, además, abuse sexualmente de ella. En este caso, estamos frente a hechos independientes que cada uno da lugar a la vulneración de un tipo penal, por lo que se produce un concurso real entre el delito de trata de personas y violación sexual<sup>132</sup>.

## 5. El delito usuario - cliente

El delito de usuario - cliente está tipificado en el artículo 179-A del Código Penal 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

131 MONTROYA VIVANCO, et al., *Manual de capacitación para operadores de justicia*, op. cit., p.136.

132 *Ibidem*.

actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías con una persona de 14 y menor de 18 años, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años”.

En este delito se protegen dos bienes jurídicos: la dignidad y la indemnidad sexual del adolescente. Como se puede apreciar, el tipo penal busca sancionar al sujeto que utiliza los servicios sexuales de un menor a cambio de una contraprestación de cualquier tipo. Es el típico cliente en los casos de explotación sexual de adolescentes.

Considerando que la contraprestación económica que paga el cliente finalmente genera ingresos a los que ejercen la trata de personas (en la modalidad de explotación sexual), se puede creer que existe un concurso ideal con la actividad de favorecimiento o financiamiento a la trata de personas que está tipificado en el artículo 153.5 del Código Penal:

Artículo 153. Trata de personas

“(…)

5. El agente que promueve, favorece, financia o facilita la comisión del delito de trata de personas, es reprimido con la misma pena prevista para el autor”.

Evidentemente, para que el cliente con su contraprestación además favorezca o financie la trata de personas debería tener conocimiento de que el adolescente que le presta los servicios sexuales lo hace en un contexto de trata de personas, en el cual media coacción, abuso de poder o de su estado de vulnerabilidad. En ese caso, un sector de la doctrina propone que el cliente responda tanto por el delito de usuario-cliente como por el de trata de personas, produciéndose un concurso ideal<sup>133</sup>.

Nosotros discrepamos con esa posición, puesto que no consideramos que el cliente favorezca o financie el delito de trata de personas con su contraprestación económica. Simplemente, es una retribución por el servicio ilegal que utiliza, es un usuario final que no participa favoreciendo o financiando las actividades que realizan los tratantes de personas para atraer a la víctima o mantenerla en ese estado. Distinto sería el caso si el cliente además aportara dinero para que las operaciones del negocio ilegal puedan llevarse a cabo.

Por tanto, consideramos que el cliente, quien solo es un consumidor final, debe responder únicamente por el delito de usuario-cliente y no existe concurso ideal con el delito de trata de personas.

133 MONTÓYA VIVANCO, et al., *Manual de capacitación para operadores de justicia*, op. cit., p. 138.

## El delito de explotación sexual comercial infantil y adolescente en el ámbito del turismo

En el artículo 181°-A del Código Penal se tipifica el delito de explotación sexual comercial infantil y adolescente en el marco del turismo de la siguiente manera:

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 14 y menos de 18 años de edad será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.*

Si la víctima es menor de 14 años, el agente, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.

El agente también será sancionado con inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1, 2, 4 y 5.

Será no menor de ocho (ni mayor de 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”.

Este delito, al igual que el de trata de personas, tiene como bien jurídico protegido la dignidad humana. En este caso, se sanciona las actividades destinadas a ofrecer al público, en el marco del turismo, relaciones sexuales comerciales con adolescentes<sup>134</sup>.

Si bien en el inciso 5 del delito de trata de personas (artículo 153.5) también se sanciona al agente que promueve la comisión de dicho delito, no debe confundirse con la acción de promover la explotación sexual comercial de menores. En el delito de trata de personas, el promover, favorecer o facilitar recae sobre conductas que el sujeto activo dirige contra las víctimas de explotación. Mientras que en este delito, la promoción, favorecimiento o facilitación va dirigida a ofrecer los servicios sexuales de menores a potenciales clientes comerciales<sup>135</sup>.

134 Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito – UNODC Perú y Ecuador, *Estudio sobre el estado de la trata de personas en el Perú*, Lima, 2011, p. 28. Consulta en [http://www.unodc.org/documents/peruandecuador/informes/trata\\_peru\\_abril\\_2012\\_-\\_final.pdf](http://www.unodc.org/documents/peruandecuador/informes/trata_peru_abril_2012_-_final.pdf).

135 MONTÓYA VIVANCO, et al., *Manual de capacitación para operadores de justicia*, op. cit., p. 139-140.

Como se puede apreciar, son conductas diferentes a las tipificadas en el delito de trata de personas. En tal sentido, es posible que en algunos casos se configure un concurso real entre estos dos delitos. Por ejemplo, si el mismo sujeto que capta, empleando violencia, a menores entre 14 y 18 años para explotarlas sexualmente además ofrece, por medio de publicidad, los servicios sexuales de los menores a turistas. En ese caso, habrá un concurso real entre el delito de trata de personas y el delito de explotación sexual comercial infantil y adolescente en el ámbito del turismo<sup>136</sup>.

### Del delito de tráfico ilícito de migrantes

El Código Penal tipifica en el artículo 303°-A el delito de tráfico ilícito de migrantes:

#### 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”.

En este delito, el bien jurídico protegido es el orden migratorio nacional, puesto que se busca proteger el flujo regular de migrantes en el territorio nacional. El sujeto pasivo es el Estado peruano, cuyos intereses se afectan con el tráfico ilícito de personas<sup>137</sup>.

Como se puede apreciar, el tipo penal es muy distinto del delito de trata de personas<sup>138</sup>. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en el delito de trata de personas las víctimas pueden ser atraídas “en el territorio de la República o *para su salida o entrada del país* con fines de explotación”. Si la entrada o salida de la víctima al territorio peruano se hace irregularmente, se configura un concurso ideal de delitos<sup>139</sup>. Entonces, puede darse el caso que las víctimas captadas para la explotación salgan del país o ingresen al territorio sin reunir los requisitos migratorios, y sea el mismo captor quien facilite la entrada o salida ilegal del país para poder explotar a la víctima. En este caso, el captor deberá responder tanto por tráfico ilícito de migrantes como por el delito de trata de personas.

136 MONTÓYA VIVANCO, et al., *Manual de capacitación para operadores de justicia*, op. cit., p. 140.

137 MONTÓYA VIVANCO, et al., *Manual de capacitación para operadores de justicia*, op. cit., p. 143-144.

138 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Manual sobre la investigación del delito de trata de personas*, op. cit., pp. 28-34. Consulta en [http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/auto\\_aprendizaje.pdf](http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/auto_aprendizaje.pdf).

139 MONTÓYA VIVANCO, et al., *Manual de capacitación para operadores de justicia*, op. cit., p. 144.

## El delito de trabajo forzoso y esclavitud

En el año 2017 la regulación penal sobre el delito de trabajo forzoso cambió, en aras de brindar una mayor protección a las víctimas y adecuarse a las nuevas formas de esclavitud<sup>140</sup>. En el artículo 168°-B se tipifica al delito de trabajo forzoso de la siguiente manera:

Artículo 168-B. Trabajo forzoso<sup>141</sup>

“El que somete u obliga a otra persona, a través de cualquier medio o contra su voluntad, a realizar un trabajo o prestar un servicio, sea retribuido o no, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de 12 años.

(...)

La pena será privativa de libertad no menor de 15 ni mayor de 20 años, en los siguientes casos:

(...)

5. Se derive de una situación de trata de personas.

Si se produce la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad es no menor de 20 ni mayor de 25 años. (...)

En este caso, el delito contempla como agravante expresamente el supuesto en que el trabajo forzoso se produzca en un contexto de trata de personas e impone una pena entre 15 y 20 años. Resulta que esta disposición se superpone con el delito de trata de personas en la finalidad de explotación laboral:

Artículo 153. Trata de personas

“1. El que mediante violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio, capta, transporta, traslada, acoge, recibe o retiene a otro, en el territorio nacional o para su salida o entrada del país con fines de explotación, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de 15 años.

2. Para efectos del inciso 1, los fines de explotación de la trata de personas compren-

<sup>140</sup> QUINONES INFANTE, Sergio, *¿En qué consiste el “nuevo” delito de trabajo forzoso?*, en *Ius 360°*, Lima, marzo 2017.

<sup>141</sup> Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1323, publicado el día 6 de enero de 2017.

de, entre otros, la venta de niños, niñas o adolescentes, la prostitución y cualquier forma de explotación sexual, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, cualquier forma de explotación laboral, la mendicidad, los trabajos o servicios forzados, la servidumbre, la extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos, así como cualquier otra forma análoga de explotación (...)"

Además, en el artículo 153°-C se contemplan específicamente los supuestos de trabajo forzado en condiciones de esclavitud o servidumbre:

Artículo 153-C. Esclavitud y otras formas de explotación

*"El que obliga a una persona a trabajar en condiciones de esclavitud o servidumbre, o la reduce o mantiene en dichas condiciones, con excepción de los supuestos del delito de explotación sexual, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 10 ni mayor de 15 años. Si el agente comete el delito mediante engaño, manipulación u otro condicionamiento, se aplicará la misma pena del primer párrafo. El consentimiento brindado por el niño, niña o adolescente carece de efectos jurídicos (...)"*

La pena privativa de libertad es no menor de 20 ni mayor de 25 años, cuando:

(...)

6. *Se derive de una situación de trata de personas"*

Como se puede apreciar, la explotación laboral en el marco de trata de personas ha sido regulada en distintos tipos penales que podrían superponerse entre sí y cada uno de ellos establecen diferentes penas. Por tanto, podría causar confusiones al momento de la calificación. A continuación, estableceremos algunos criterios que permitan esclarecer la calificación de los hechos.

En el caso del delito de trabajo forzoso (artículo 168-B) derivado de la trata de personas y el delito propiamente de trata de personas (artículo 153), por el principio de especialidad y consunción debería aplicarse el tipo penal de trabajo forzoso que ya contempla el desvalor del delito de trata de personas. Además, debe tenerse en cuenta que la pena para el delito de trata de personas sin agravantes es menor porque va entre los ocho y 15 años.

En cuanto a la aplicación entre el delito de trabajo forzoso (artículo 168-B) y esclavitud (artículo 153-C), debe considerarse como criterio diferenciador que, en el caso del segundo delito, además de obligar a realizar cierto trabajo las condiciones en las que se ejercen las actividades son de esclavitud o servidumbre. Entonces, estaríamos ante un concurso aparente de leyes. Por tanto, conforme al principio

de especialidad, deberá aplicarse únicamente el tipo penal de artículo 153-C si el trabajo forzado se da en condiciones de esclavitud. Además, según el principio de consunción, el delito de esclavitud y otras formas de explotación contempla el desvalor del delito de trabajo forzado.

Ahora bien, el delito de esclavitud y otras formas de explotación contempla el supuesto en que se dé como consecuencia de la trata de personas (artículo 153°- C.6). Por tanto, ese supuesto se superpone con el delito de trata de personas con fines de esclavitud o servidumbre. Conforme al principio de especialidad y consunción, debería aplicarse el delito de esclavitud, puesto que este tipo penal ya contempla el desvalor de la trata de personas. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la pena para el delito de trata de personas sin agravantes va entre los 8 y 15 años; mientras que el de esclavitud en contexto de trata de personas tiene una pena de entre 20 y 25 años.

## El delito de banda criminal / crimen organizado

En cuanto a los delitos cometidos por bandas criminales, el Código Penal en el artículo 317 prevé el delito de asociación ilícita para delinquir:

Artículo 317. Asociación ilícita para delinquir

“El que constituya, promueva o integre una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

La pena será no menor de ocho ni mayor de 15 años, de 180 a 365 días-multas e inhabilitación conforme a los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36, imponiéndose, además, de ser el caso, las consecuencias accesorias previstas en los incisos 2 y 4 del artículo 105 debiéndose dictar las medidas cautelares que correspondan, en los siguientes casos:

a) Cuando la organización esté destinada a cometer los delitos previstos en los artículos 106, 108, 108-C, 108-D 116, 152, 153, (...)”.

Como se puede apreciar, en el delito de asociación ilícita para delinquir se contempla como agravante cuando la organización esté destinada a cometer el delito de trata de personas (artículo 153). A su vez, en este delito se contempla como agravante el hecho de que el sujeto sea parte de una asociación criminal:

“Artículo 153-A. Formas agravadas de la trata de personas

(...) La pena será privativa de libertad no menor de 25 años, cuando:

1. Se produzca la muerte, lesión grave o se ponga en inminente peligro la vida y la seguridad de la víctima.
2. La víctima es menor de 14 años de edad o padece, temporal o permanentemente, de alguna discapacidad física o mental.
3. *El agente es parte de una organización criminal*<sup>142</sup>.

Entonces, en caso el delito de trata de personas sea cometido por agentes que son parte de una organización criminal, estaremos ante un concurso real de delitos. En efecto, el delito de asociación ilícita para delinquir sanciona el solo hecho de integrar una organización criminal (independientemente del delito que se cometa). Por consiguiente, deberá aplicarse tanto el delito de trata de personas como el delito de asociación ilícita para delinquir<sup>142</sup>.

El asunto se vuelve más complejo cuando se debe determinar la aplicación de las modalidades agravadas, ya que ambos delitos tienen agravantes correlativas entre sí. Ello configura un concurso aparente entre la trata agravada y la asociación ilícita para delinquir agravada. Por tanto, debe resolverse según el principio de especialidad. En tal sentido, corresponde aplicar el delito de trata de personas agravado (agente pertenece a organización criminal) y el delito de asociación ilícita para delinquir en su forma simple<sup>143</sup>. De lo contrario, habría una superposición de delitos y doble pena por un mismo hecho.

### El delito de lavado de activos

El delito de lavado de activos está tipificado en el Decreto Legislativo N° 1106. La conducta tipificada consiste en convertir, transferir, adquirir, utilizar, guardar, administrar, custodiar, recibir, ocultar, mantener en su poder bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o debía presumir con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso<sup>144</sup>.

Además, también se sanciona la acción de transportar, trasladar dentro del territorio nacional o ingresar o salir del país dinero o títulos valores cuyo origen ilícito conoce o debía presumir con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso<sup>145</sup>.

142 MONTÓYA VIVANCO, et al., *Manual de capacitación para operadores de justicia*, op. cit., pp. 145 s.

143 MONTÓYA VIVANCO, et al., *Manual de capacitación para operadores de justicia*, op. cit., p. 146.

144 Artículo 1 y 2 del Decreto Legislativo N° 1106.

145 Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1106.

La norma de lavado de activos considera una circunstancia agravante cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen del delito de trata de personas<sup>146</sup>. Como se puede apreciar, el delito de lavado de activos y el de trata de personas tipifican conductas bastante distintas. En consecuencia, no da lugar a confusiones en la calificación de los tipos penales. Ahora bien, es posible que un mismo sujeto realice hechos que configuren tanto el delito de trata de personas como lavado de activos, con lo cual se produce un concurso real de delitos. En efecto, el mismo sujeto que capta a personas, mediante alguna forma de coacción, para explotarlas puede convertir o transferir las ganancias que obtiene por la explotación de sus víctimas con la finalidad de ocultar el origen ilícito de ese dinero.

En tal caso, el sujeto activo deberá responder tanto por el delito de trata de personas como por el de lavado de activos.

## C. Problemática sobre el concurso en el delito de trata de personas y su valoración al momento de imponer las sentencias

Como indicamos en el inicio de este apartado, el operador de justicia que finalmente impondrá una pena, sobre la base de los concursos de delitos, es el juez, motivo por el cual el análisis se centrará en la interpretación que él haga.

En tal contexto, la determinación judicial de la pena es la etapa en la que se deberán aplicar y desarrollar los puntos descritos previamente. En ese sentido, debemos de cumplir con indicar que mediante el Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116, de fecha 18 de julio de 2018, la Corte Suprema de Justicia estableció los parámetros para una correcta determinación judicial de la pena.

En los fundamentos 6° y 7° establece lo siguiente:

“6°. El órgano jurisdiccional en una sentencia penal emite hasta tres juicios importantes. En un primer momento se pronuncia sobre la tipicidad de la conducta atribuida al imputado (“juicio de subsunción”). Luego, a la luz de la evidencia existente decide sobre la inocencia o culpabilidad de este (“declaración de certeza”). Y, finalmente, si declaró la responsabilidad penal deberá definir la calidad e intensidad de las consecuencias

146 Artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1106.

jurídicas que corresponden aplicar al autor o partícipe de la infracción cometida (“individualización de la sanción”).

La determinación judicial de la pena es el procedimiento técnico y valorativo que se relaciona con aquella tercera decisión que debe adoptar un juez penal. En la doctrina también recibe otras denominaciones como individualización judicial de la pena o dosificación de la pena.

7° Es importante destacar que en nuestro país se ha adoptado un sistema legal de determinación de la pena de tipo intermedio o ecléctico. Esto es, el legislador sólo señala el mínimo o el máximo de pena que corresponde a cada delito. Con ello se deja al juez un arbitrio relativo que debe incidir en la tarea funcional de individualizar, en el caso concreto, la pena aplicable al condenado. Lo cual se hará en coherencia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad (artículos II, IV, V, VII y VIII del Título Preliminar del Código Penal), bajo la estricta observancia del deber constitucional de fundamentación de las resoluciones judiciales.

En un nivel operativo y práctico la determinación judicial de la pena tiene lugar a través de etapas. Generalmente se alude a dos etapas secuenciales.

En la primera etapa, el juez debe determinar la pena básica. Esto es, verificar el mínimo y máximo de pena conminada aplicable al delito. Aquí es importante advertir que existen delitos en los que el mínimo o el máximo de pena no aparecen definidos en la sanción del delito en particular, razón por la cual la pena básica deberá configurarse tomando en cuenta los límites generales previstos en el Libro Primero del Código Penal (...). En la segunda etapa, el juzgador debe individualizar la pena concreta, entre el mínimo y el máximo de la pena básica, evaluando, para ello, diferentes circunstancias como las contenidas en los artículos 46, 46A, 46B y 46 C del Código Penal y que estén presentes en el caso penal”.

Sin perjuicio de lo desarrollado por el Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116, es importante también señalar las directrices proporcionadas por la Resolución Administrativa N° 311-2011-P-PJ, de fecha 1 de setiembre de 2011, a través de la cual la Corte Suprema de Justicia emitió una circular para la correcta determinación judicial de la pena.

En la resolución se brindaron herramientas para una correcta determinación judicial de la pena y se instó a los magistrados a que la determinación de la pena esté correctamente motivada. Asimismo, se indicó que “la determinación de la pena en un

fallo judicial, constituye un deber constitucional que tiene todo juez, quien debe justificar, motivadamente, con absoluta claridad y rigor jurídico, el quantum punitivo a imponer, con observancia de los principios rectores previstos en el Título Preliminar del Código Penal: legalidad, proporcionalidad, lesividad y culpabilidad". En consecuencia, podemos advertir que los concursos de delitos serán fundamentales para el establecimiento de una adecuada pena, la cual también será analizada en base a las atenuantes y agravantes estipuladas en el Código Penal.

Por otro lado, como se ha señalado previamente, el delito de trata de personas cuenta con diversos inconvenientes al momento de ser tipificado conjuntamente con otros delitos conexos (rufianismo, coacción, violación sexual, etc.), toda vez que las conductas, verbos rectores y medios de coerción estipulados en el tipo penal de trata de personas, también están regulados en otros tipos penales, motivo por el cual en algunos casos, resulta complejo y dificultoso diferenciar las conductas ilícitas.

En virtud a ello, a continuación, adjuntamos dos cuadros en donde se han indicado los tipos penales conexos al delito de trata de personas y los concursos de delitos más utilizados en el delito de trata de personas.

### Cuadro de delitos conexos al tipo penal de trata de personas

TIPO PENAL	ARTÍCULO	PENA
Trata de personas - Tipo base	153° del Código Penal	No menor de 8 años ni mayor de 15 años
Trata de personas agravado	153-A (Primer párrafo)	No menor de 12 años ni mayor de 20 años e inhabilitación (art. 36°, incisos 1,2,3,4 y 5)
Trata de personas agravado	153-A (Segundo Párrafo párrafo)	No menor de 25 años
Explotación sexual	153-B	No menor de 10 años ni mayor de 15 años e inhabilitación (art. 36°, incisos 1,2,3,4,5,6,8,10 y 11)
Explotación sexual	153-B (Segundo párrafo)	No menor de 15 años ni mayor de 25 años e inhabilitación (art. 36°, incisos 1,2,3,4,5,6,8,10 y 11)
Explotación sexual	153-B (Tercer párrafo)	No menor de 20 años ni mayor de 25 años e inhabilitación (art. 36°, incisos 1,2,3,4,5,6,8,10 y 11)
Explotación sexual	153-B (Cuarto párrafo)	No menor de 20 años ni mayor de 25 años e inhabilitación (art. 36°, incisos 1,2,3,4,5,6,8,10 y 11)

Esclavitud y otras formas de explotación	153-C (Primer párrafo)	No menor de 10 años ni mayor de 15 años e inhabilitación (art. 36°, incisos 1,2,3,4,5,6,8,10 y 11)
Esclavitud y otras formas de explotación	153-C (Segundo párrafo)	No menor de 15 años ni mayor de 20 años e inhabilitación (art. 36°, incisos 1,2,3,4,5,6,8,10 y 11)
Esclavitud y otras formas de explotación	153-C (Tercer párrafo)	No menor de 20 años ni mayor de 25 años e inhabilitación (art. 36°, incisos 1,2,3,4,5,6,8,10 y 11)
Esclavitud y otras formas de explotación	153-C (Cuarto párrafo)	No menor de 25 años ni mayor de 30 años e inhabilitación (art. 36°, incisos 1,2,3,4,5,6,8,10 y 11)
Coacción	151	No mayor de 2 años
Secuestro	152	No menor de 20 años ni mayor de 30 años
Secuestro	152 (Segundo párrafo)	No menor de 30 años
Secuestro	152 (Tercer párrafo)	Cadena perpetua
Trabajo forzoso	168-B	No menor de 6 años ni mayor de 12 años e inhabilitación (art. 36°, incisos 1,2,3,4,5,6,8,10 y 11)
Trabajo forzoso	168-B (Segundo párrafo)	No menor de 12 años ni mayor de 15 años e inhabilitación (art. 36°, incisos 1,2,3,4,5,6,8,10 y 11)
Trabajo forzoso	168-B (Tercer párrafo)	No menor de 15 años ni mayor de 20 años e inhabilitación (art. 36°, incisos 1,2,3,4,5,6,8,10 y 11)
Trabajo forzoso	168-B (Cuarto párrafo)	No menor de 20 años ni mayor de 25 años e inhabilitación (art. 36°, incisos 1,2,3,4,5,6,8,10 y 11)
Violación sexual	170 (Primer párrafo)	No menor de 14 años ni mayor de 20 años
Violación sexual	170 (Segundo párrafo)	No menor de 20 años ni mayor de 26 años
Favorecimiento a la prostitución	179 (Primer párrafo)	No menor 4 años ni mayor de 6 años
Favorecimiento a la prostitución	179 (Segundo párrafo)	No menor 5 años ni mayor de 12 años
Usuario - cliente	179-A	No menor 4 años ni mayor de 6 años
Rufianismo	180 (Primer párrafo)	No menor 3 años ni mayor de 8 años
Rufianismo	180 (Segundo párrafo)	No menor de 6 años ni mayor de 10 años
Rufianismo	180 (Tercer párrafo)	No menor de 8 años ni mayor de 12 años

Explotación sexual comercial infantil y adolescente en ámbito del turismo	181-A (Primer párrafo)	No menor de 4 años ni mayor de 8 años
Explotación sexual comercial infantil y adolescente en ámbito del turismo	181-A (Segundo párrafo)	No menor de 6 años ni mayor de 8 años
Explotación sexual comercial infantil y adolescente en ámbito del turismo	181-A (Cuarto párrafo)	No menor de 8 años ni mayor de 10 años
Formas agravadas de Explotación sexual comercial infantil y adolescente en ámbito del turismo	181-B	Inhabilitación (artículo 36°, inciso 5)
Tráfico de migrantes	303-A	No menor de 4 años ni mayor de 6 años
Formas agravadas del tráfico de migrantes	303-B (Primer párrafo)	No menor de 5 años ni mayor de 8 años e inhabilitación (art. 36°, incisos 1,2,3,4 y 5)
Formas agravadas del tráfico de migrantes	303-B (Segundo párrafo)	No menor de 25 años
Organización criminal	317 (Primer párrafo)	No menor de 8 años ni mayor de 15 años y con 180 a 365 días multa e inhabilitación (art. 36°, incisos 1,2,4 y 8)
Organización criminal	317 (Segundo párrafo)	No menor de 15 años ni mayor de 20 años y con 180 a 365 días multa e inhabilitación (art. 36°, incisos 1,2,4 y 8)
Banda criminal	317-B	No menor de 4 años ni mayor de 8 años y con 180 a 365 días multa e inhabilitación

### Cuadro de concursos de delitos vinculados al tipo penal de trata de personas

CONCURSO	PRINCIPIO	CONSECUENCIA JURÍDICA	PROBLEMÁTICA DE LA PRESCRIPCIÓN
Concurso real (50° del Código Penal)	Principio de acumulación	El juez efectuará una sumatoria de las penas concretas correspondientes a los delitos cometidos y procesados	Las acciones prescriben separadamente en el plazo señalado para cada uno.
Concurso ideal (46° del Código Penal)	Principio de absorción	El juez impone la pena más grave de todos los delitos cometidos y procesados	Las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave

Unidad de leyes	Principio de especiali-dad Principio de subsidiariedad Principio de consun-ción	Entre los delitos siempre habrá uno que excluye a los demás por contener de manera completa y específica el desvalor. Se presenta cuando nos encontramos ante una norma subsidiaria o residual a la que se aplica. Se presenta cuando una norma desplaza a otra cuando está plenamente incluida en esta.
-----------------	---	--

Finalmente, es oportuno resaltar que para no dejar impune los delitos cometidos por los tratantes o sancionar levemente a los mismos, es importante que el legislador nacional ejecute algunas modificaciones al Código Penal, las cuales podrían ser las siguientes:

- Eliminar, para el delito de trata de personas, los dos límites máximos que están regulados en el artículo 50 del Código Penal, con la finalidad de que en el caso del concurso real de delitos no existan dichos límites.

En efecto, el artículo 50 del Código Penal refiere que la pena a imponerse al sentenciado no deberá sobrepasar de dos límites máximos: (i) 35 años, o (ii) doble de la pena del delito más grave que no supere los 35 años. Sin embargo, es evidente que el delito de trata de personas es un ilícito muy complejo (por los agraviados, procesados, imputaciones, etc.) y que genera diversos daños a la sociedad y a las poblaciones en situación de vulnerabilidad, motivo por el cual la eliminación de los límites de pena antes indicados, reforzará la lucha contra el delito de trata de personas.

- Eliminar los beneficios penitenciarios de los condenados por el delito de trata de personas.
- Eliminar la consecuencia jurídica estipulada en el artículo 49 del Código Penal.

En efecto, una crítica válida que se hace al delito continuado es que el mismo consiste en un *beneficio* para el agente que en reiteradas veces comete un delito, lo cual no debería ser así. Por el contrario, el agente que comete un delito en reiteradas veces se le debería sancionar severamente y por cada acción o momento en que realiza la sustracción.

En ese sentido, cuando se trate del delito de trata de personas o algunos de sus delitos conexos, se deberá eliminar esta consecuencia jurídica del delito continuado (también denominado *beneficio*), con lo cual se deberá acumular y sumar las penas de todos los delitos cometidos.

# 7 ¡El hacer de dama de compañía sí agota la fuerza de la trabajadora!

Crítica a una sentencia infame de la Corte Suprema

(R.N. N° 2349-2014-Madre de Dios)

## I. Introducción

**EN EL PRESENTE APARTADO SE ANALIZARÁ LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DESARROLLADOS EN EL RECURSO DE NULIDAD N° 2349-2014-MADRE DE DIOS**, de fecha 28 de enero de 2016, cuando la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia confirmó la sentencia absolutoria dictada contra Elsa Cjuno Juillca por la comisión del delito de trata de personas, en agravio de la menor de edad identificada con iniciales D.R.Q.R.

Debe resaltarse que el presente comentario se enmarca dentro de la sana crítica a las resoluciones judiciales emitidas por el Poder Judicial, como un derecho fundamental recogido en el artículo 139, inc. 20, de la Constitución Política<sup>147</sup>. Es más, nos encontramos en la obligación de efectuar un análisis a la ejecutoria suprema que claramente evidencia deficiencias conceptuales con respecto al delito de trata de personas y sus elementos.

## II. El hecho imputado

El Ministerio Público imputó a la procesada Elsa Cjuno Huillca el siguiente hecho:

Que, el 2 de enero de 2008, cuando la menor de iniciales D.R.Q.R contaba con 14 años de edad, fue interceptada por la acusada en la localidad de Mazuko - Tambopata, y conducida al sector minero en la localidad de Manuani - Mazuko, donde la hizo trabajar en su bar como “dama de compañía”. El trabajo de la menor en ese lugar consistía en acompañar a los parroquianos que concurrían a dicho local, siendo obligada a trabajar consumiendo bebidas alcohólicas en beneficio de la procesada Elsa Cjuno Huillca.

---

<sup>147</sup> Artículo 139. “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 20. El principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley”.

### III. Delito imputado

El delito imputado fue el de trata de personas, regulado en el artículo 153 del Código Penal<sup>148</sup>

“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 15 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”.

### IV. Recurso de Nulidad interpuesto por el Ministerio Público

La representante del Ministerio Público interpuso recurso de nulidad con los siguientes fundamentos<sup>149</sup>:

Es una contradicción en la sentencia impugnada que se considere como probado el hecho de que la menor de iniciales D.R.Q.R. haya sido captada para trabajar en el bar de la procesada bajo condiciones laborales extremas, con jornadas desde las 10 horas hasta las 23 horas diariamente, y que aun así se haya emitido fallo absolutorio.

La agraviada al momento de los hechos tenía 15 años de edad, era una persona vulnerable por sus condiciones personales y, dadas las condiciones laborales a las que fue sometida, nos encontramos ante un supuesto típico de explotación.

<sup>148</sup> Tipo penal vigente del año 2008, fecha de los hechos.

<sup>149</sup> Estos argumentos son extraídos de la misma ejecutoria suprema bajo comentario.

La procesada incluso llegó a sugerir a la agraviada que hiciera “pases” que no es otra cosa que mantener relaciones sexuales con los clientes del bar a cambio de una ventaja económica. De modo que también se habría cometido el delito de trata bajo la figura de explotación sexual al haberse sometido a la agraviada a trabajar en un lugar donde se podía llevar a cabo este tipo de actos.

## V. El fallo controvertido de la Corte Suprema

La Sala Penal Permanente, teniendo en el presente caso como vocal ponente al doctor Javier Villa Stein absolvió a la imputada de la acusación fiscal de autora del delito de trata de personas, con unos argumentos plasmados en el Fundamento II de la ejecutoria:

“(…)

2. El tipo penal de trata de personas previsto en el artículo 153 del Código Penal, al ser aplicado a menores de edad –adolescentes como la agraviada- no exige que el agente se valga de alguno de los medios comisivos propios de este delito. Pero ciertamente sí exige que la captación sea con fines de *explotación*. En tanto no se especifica qué tipo de explotación, se entiende que engloba a la explotación sexual y laboral.

3. Fue la ausencia de ese elemento del tipo penal la razón esencial de la solución absolutoria. Ese criterio que respeta el principio de legalidad en su manifestación del mandato de determinación *-lex certa-* no permite que hechos en los cuales no se advierte explotación, sean considerados como delito de trata.

4. La recurrente pretende asimilar a explotación laboral las condiciones en las que trabajaba la menor, con específica mención al horario de la jornada laboral que desempeñaba. Efectivamente, la cantidad de horas que la propia procesada señala que trabajaba la agraviada, son excesivas, más de 12 horas diarias.

5. Sin embargo, este exceso en la cantidad de horas no implica por sí mismo explotación laboral, por cuanto este concepto se materializa cuando la labor realizada agota la fuerza del trabajador. Esto significa que no solo se debe tener en cuenta la cantidad de horas, sino el tipo de trabajo que

se realiza para poder determinar si existe o no explotación laboral de cara al tipo penal de trata de personas.

6. De este modo, el hacer de dama de compañía, y entendida ésta como una persona que simplemente bebe con los clientes sin tener que realizar ninguna otra actividad, no se presenta como una labor que vaya a agotar la fuerza de la trabajadora.

7. La representante del Ministerio Público también sostiene que se habría realizado el delito de trata de personas por explotación sexual debido a que el local permitía que se lleven a cabo este tipo de actos. Incluso se menciona que el término “pase” era empleado en el bar para manifestar una relación sexual de una dama de compañía con uno de los clientes.

8. Sin embargo, tal como lo ha sostenido la agraviada, el hacer “pases” no fue la intención primigenia por la cual fue a trabajar al bar, sino que en una oportunidad la procesada le sugirió que lo haga. De allí que éste fue un evento aislado y no la razón por la que la procesada habría llevado a la menor a trabajar a su bar. Para que se configure el delito de trata por explotación sexual, esta tiene que ser la razón por la cual se traslada o capta a la menor desde un inicio.

9. Al existir ausencia de uno de los elementos del tipo penal de trata de personas conforme a los términos de la imputación fáctica, e incluso desde la prueba actuado en juicio, no existe otra opción sino la de confirmar el fallo absolutorio en resguardo del principio de legalidad y de presunción de inocencia que reviste toda persona”.

Finalmente, la decisión de la Sala Penal Permanente fue declarar no haber nulidad en la sentencia que absolvió a Elsa Cjuno Huillca de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito contra la libertad personal -trata de personas- en agravio de la menor de iniciales D.R.Q.R.

## VI. Comentario

La Sala Penal Permanente confirmó la sentencia venida en grado sobre la base de los siguientes argumentos:

- El tipo penal de trata de personas exige –para su configuración– que la captación sea con fines de explotación (sexual o laboral).
- El exceso en horas de trabajo no significa explotación laboral.
- Para que se configure el delito de trata de personas en su modalidad de explotación sexual, ésta tiene que ser la razón por la cual se traslada o capta a la menor desde un inicio.
- La explotación laboral se materializa cuando la labor efectuada agota la fuerza del trabajador.
- Para determinar si nos encontramos ante un tipo penal de trata de personas en la modalidad de explotación laboral se debe tomar en consideración: (i) la cantidad de horas laboradas por el trabajador, y (ii) el tipo de trabajo.
- La labor de “dama de compañía” con sus actividades diarias que representa no es una actividad que vaya a agotar la fuerza de la trabajadora.

Es indiscutible que el análisis arribado por la Corte Suprema de Justicia evidencia una carencia de conocimientos jurídicos respecto de los elementos del delito de trata de personas, lo cual amerita que los mismos sean correctamente esclarecidos y sirvan como un lineamiento jurisprudencial a tomar en cuenta por los operadores de justicia.

En esa línea, debemos de formularnos las siguientes interrogantes:

- ¿Qué entendemos por el delito de trata de personas y cuáles son sus elementos?
- ¿Qué entendemos por “explotación”?
- ¿Es necesaria la explotación sexual y laboral en el caso de un menor de edad para que se configure el delito de trata de personas?
- ¿Qué entendemos por el principio del interés superior del niño, respecto al delito de trata de personas?
- ¿Es cierto que el hacer de “dama de compañía” es una “labor” que no agota la fuerza de una trabajadora?
- ¿Y dónde queda el abuso de una situación de vulnerabilidad?

*En primer lugar, para definir el delito de trata de personas es indispensable acudir a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Trans-*

nacional, así como al Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños en donde se define a la trata de personas de la siguiente manera:

*“(...) 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 raptó, 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 (...)”<sup>150</sup>.*

Asimismo, se señala que el consentimiento dado por las víctimas de trata de personas no es vinculante cuando se hayan empleado medios de coerción descritos en la definición de trata de personas<sup>151</sup>. SALINAS SICCHA refiere que es un “delito proceso”, toda vez que “(...) intervienen un conjunto de eslabones que se inicia con la identificación, captación y aislamiento de la víctima. Puede llegar al extremo de la privación de la libertad, con la finalidad de ser incorporada la víctima a la producción de bienes y servicios contra su voluntad (...)”<sup>152</sup>.

Para la configuración del tipo penal se requieren de tres elementos: a) verbos rectores o conductas, b) mecanismos o medios coactivos típicos, y c) fines.

### Verbos rectores o conductas:

Son las conductas o verbos que tienen como finalidad colocar a la agraviada en una situación de explotación.

- Captar
- Transportar

<sup>150</sup> Artículo 3 a) del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niño.

<sup>151</sup> Artículo 3.b) del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niño:

“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;”

<sup>152</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro, *Derecho Penal Parte Especial*, Volumen 1, 7ª. edic., Iustitia, Lima, 2018, p. 663

- Trasladar
- Acoger
- Recibir
- Retener

### Mecanismos o medios coactivos típicos o medios coercitivos:

Son los medios a través de los cuales los agentes coaccionan u obligan a las víctimas a cumplir con sus finalidades.

- Violencia
- Amenaza
- Privación de la libertad
- El fraude
- El engaño
- El abuso de poder
- Abuso de una situación de vulnerabilidad
- Concesión o recepción de pagos o cualquier beneficio

### Fines:

Es el objeto final y último del delito de trata de personas

- Explotación sexual
- Explotación laboral
- Extracción o tráfico de órganos
- Mendicidad

*En segundo lugar*, para analizar adecuadamente la ejecutoria suprema, es importante señalar lo que la jurisprudencia y doctrina han entendido por *explotación*. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, mediante su ejecutoria suprema, entiende por el término "explotación" lo siguiente:

4. La recurrente pretende asimilar a explotación laboral las condiciones en las que trabaja la menor, con específica mención al horario de la jornada laboral que desempeñaba. Efectivamente, la cantidad de horas que la propia procesada señala que trabajaba la agraviada, son excesivas, más de 12 horas diarias (...)

5. Sin embargo, este exceso en la cantidad de horas no implica por sí mismo explotación laboral, por cuanto este concepto se materializa cuando la labor realizada agota la fuerza del trabajador. Esto significa que no solo se debe tener en cuenta la cantidad de horas, sino el tipo de trabajo que se realiza para poder determinar si existe o no explotación laboral de cara al tipo penal de trata de personas.

Ante tan evidente erróneo concepto de “explotación” nos encontramos en la obligación de conceptualizarlo de la siguiente manera:

De acuerdo con COLOMBO, debe precisarse que “explotar (sea bajo la vertiente sexual, laboral, o de servidumbre) no es lo mismo que encerrar o restringir la capacidad ambulatoria, aunque a veces el explotador pueda valerse de esos medios. Explotar es, antes bien, convertir al otro en instrumento del provecho económico afectando sustancialmente sus derechos humanos. Eso puede lograrse por la fuerza o encierro (violencia) pero no únicamente así. También puede hacerse por amenaza, intimidación, coerción engaño o fraude, o por abuso de posición dominante (abuso de autoridad o abuso de una situación de vulnerabilidad)”<sup>153</sup>. De la misma manera, a nivel nacional podemos observar que mediante el Decreto Supremo N° 001-2016-IN (Decreto Supremo 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) se definió la “explotación” de la siguiente manera:

*“(...) 10) Explotación: Utilizar a una persona vulnerando sus derechos fundamentales, en provecho propio o de terceros, induciéndola u obligándola a determinada conducta, aprovechando la ascendencia y la posición de poder o autoridad sobre la víctima.*

*11) Explotación sexual: Cuando una persona es sometida a la actividad sexual o actividades sexuales para obtener un aprovechamiento económico o de otra índole.*

<sup>153</sup> COLOMBO, Marcelo “La trata de personas con fin de explotación sexual frente a la desigualdad y la vulnerabilidad”, en Kohen, Beatriz (compiladora), *Trata de personas con fines de explotación sexual. Cuestiones interjurisdiccionales*, Ad hoc, Buenos Aires, 2013, p. 33.

*12) Explotación sexual de niñas, niños y adolescente: Es la utilización de niñas, niños y adolescentes en actos sexuales o situaciones análogas para la satisfacción de los intereses y deseos de una persona o grupos de personas a cambio de un pago, promesa de pago o cualquier otro tipo de beneficios. En estos casos se entiende que el/la adulto/a ejerce una relación de poder, ya sea como proxeneta o como cliente, aprovechándose de su situación de vulnerabilidad (...)"*

Sin perjuicio de lo antes indicado, debemos de acompañar, a las definiciones señaladas, los conceptos desarrollados por los instrumentos internacionales, los cuales han conceptualizado también a la explotación, así:

Convención sobre los derechos del niño del 20 de noviembre de 1989

*"(...) 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:*

*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 (...)*

Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

*"(...) Artículo 3. Definiciones Para los fines del presente Protocolo: a) Por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos (...)"*

Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos, documento aprobado en la XVI Asamblea General Ordinaria de la Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos, de fecha 9 y 10 de julio de 2008, indicó lo siguiente:

“(...) 7. Especial referencia a las víctimas de los delitos de trata de personas. La trata de personas afecta tanto a mujeres como a hombres, tanto a mayores como a niños y adolescentes. La finalidad es la explotación de la persona. Supone la cosificación de la persona y la abolición de su libertad. La explotación se concreta fundamentalmente en la obtención de un beneficio a partir de su utilización sexual, como mano de obra e incluso su cuerpo como mercancía. El ámbito del área conoce cada vez más la problemática derivada del denominado “turismo sexual (...)”.

Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatir la trata de personas, elaborado por las Naciones Unidas, de fecha 30 de julio de 2010:

“(...) Reconocer que por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño o el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación, lo que incluye, 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, según se establece en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (en adelante “Protocolo relativo a la trata”)”.

Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, elaborado por el Consejo de Europa, del año 2005:

“(...) Artículo 4 - Definiciones Para los fines del presente Convenio: a La expresión “trata de seres humanos” designa la contratación, el transporte, el traslado, el alojamiento o la acogida de personas mediante amenazas de recurrir a la fuerza, recurso a la fuerza o cualquier otra forma de obligación, mediante rapto, fraude, engaño, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad o mediante la oferta o la aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación. La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena o bien otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos (...)”

Al respecto, un punto a tomar en consideración es que las definiciones brindadas son amplias, motivo por el cual no restringen, en estricto, que la explotación solamente se circunscribe a mantener actos o relaciones sexuales, con lo cual permiten que varias conductas análogas o conexas puedan ser tipificadas como explotación.

En tercer lugar, debemos advertir que el fin de la explotación es un elemento subjetivo del tipo, con lo cual el tipo penal de trata de personas se configura como un delito de "tendencia interna trascendente". MONTROYA VIVANCO refiere que esta calificación implica que el sujeto activo al momento de cometer la conducta típica debe dirigir su actuación a la realización de otra conducta o resultado que no necesita producirse efectivamente<sup>154</sup>. Así, podemos concluir que para el caso del delito de trata de personas no es necesario que se configure la explotación *per se* para que el delito quede consumado, pues solamente se requeriría que se acredite, demuestre o compruebe el *animus* de explotación del autor.

En esta misma línea argumentativa, BRAMONT-ARIAS TORRES y GARCÍA CANTIZANO han señalado que el delito se consuma bien con el logro de la entrada o salida del país de personas para que ejerzan la prostitución, o bien con su traslado dentro de la república siendo indiferente lo que ocurra después, es decir, no es necesario para la consumación que las personas practiquen relaciones sexuales<sup>155</sup>. Asimismo, SALINAS SICCHA sostiene que "el delito de trata de personas no requiere para su configuración que la víctima sea efectivamente explotada, sino, según la redacción de la nueva fórmula legislativa, es suficiente para efectos de su consumación, que el agente lleve a cabo o realice las conductas prohibidas (captación, transporte, traslado, etc.) con la intención o pretensión ulterior de explotar a la víctima (...) En conclusión, el delito de trata de personas sanciona penalmente conductas iniciales de todo un proceso de explotación humana (...) En consecuencia, no se exige, a efectos de la consumación, que la víctima llegue a practicar realmente la prostitución, por ejemplo. Es decir, no es necesario en la imputación del resultado constatar que efectivamente se ha logrado concretizar los fines propuestos por el agente al iniciar y desarrollar su accionar (...) "<sup>156</sup>. Por último, GÁLVEZ VILLEGAS y DELGADO TOVAR refieren que "(...) para la consumación del delito no se requiere la comprobación de que la víctima de trata haya sido necesariamente sometida a cualquiera de las

154 MONTROYA VIVANCO, YVÁN. *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), Lima, 2012, p. 61.

155 BRAMONT-ARIAS TORRES, LUIS ALBERTO y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 5ª. edic. y 1ª. reimpresión, Editorial San Marcos, Lima, 2009, p. 276.

156 SALINAS SICCHA, Ramiro, *Derecho penal. Parte especial*, Volumen 1, 7ª. edic., Iustitia, Lima, 2018, pp. 672-680,

formas de explotación (...)”<sup>157</sup>.

Aunado a ello, los jueces supremos penales, a través del Acuerdo Plenario N° 3-2011/CJ-116, de fecha 6 de diciembre de 2011 (Fundamento jurídico N° 15), concluyeron lo siguiente:

“15. En efecto, el delito de trata de personas agota su realización en actos de promoción, favorecimiento, financiación o facilitación del acopio, custodia, traslado, entrega o recepción de personas dentro del país o para su ingreso o salida de él, con la finalidad de que ejerzan la prostitución o sean sometidas a esclavitud o explotación sexuales. Es un delito de tendencia interna trascendente donde el uso sexual del sujeto pasivo es una finalidad cuya realización está más allá de la conducta típica que debe desplegar el agente pero que debe acompañar el dolo con que éste actúa. Es más, el delito estaría perfeccionado incluso en el caso de que la víctima captada, desplazada o entregada no llegue nunca a ejercer la prostitución o se frustre, por cualquier razón o circunstancia, su esclavitud o explotación sexual por terceros (...)”.

Un aporte importante lo realiza ORÉ SOSA, quien refiere que la Sala Superior acepta como hecho probado la captación y traslado de la menor para trabajar en un restaurante bar; sin embargo, según el tercer considerando de dicha sentencia “no se ha acreditado la explotación laboral con fines sexuales” ni se ha evidenciado que la acusada “haya actuado en hechos que pudieran subsumirse en el delito de trata de personas, modalidad de explotación laboral, ni haber laborado en condiciones inhumanas”. Pues bien, debe precisarse que la finalidad de explotación constituye un elemento subjetivo del tipo penal, específicamente, un elemento subjetivo distinto del dolo (...), pero, en lo que ahora interesa, la explotación evoca un elemento normativo. Como tal, la determinación de lo que se ha de entender por explotación en el delito de trata supone una valoración. Desde luego, se trata de un proceso de interpretación que, como no puede ser de otro modo, tiene una dimensión axiológica, de manera que en un Estado constitucional de derecho existe la perenne necesidad de determinar la conformidad de las normas, en este caso penales, con las disposiciones constitucionales. Estas disposiciones constitucionales no son entendidas como aquellas que formalmente se incluyen en el texto de la Constitución de 1993, sino que, al permanecer extramuros de ella, gozan de la misma jerarquía normativa. Con esto aludimos, ciertamente, al “bloque de constitucionalidad”<sup>158</sup>.

157 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino / DELGADO TOVAR, Walther Javier, *Derecho penal. Parte especial*, Tomo II, Jurista Editores, Lima, 2012, p. 153.

158 Oré Sosa, Eduardo, “Especiales consideraciones respecto al menor de edad como víctima del delito de trata de personas”, en *Actualidad Penal*, N° 30, Instituto Pacífico, Lima, 2016, pp.169 ss.

Por consiguiente, se puede inferir lo siguiente:

- (i) Para la consumación del delito de trata de personas no es necesario que las personas practiquen o mantengan relaciones sexuales con los clientes.
- (ii) Para la consumación del delito de trata de personas no es necesario que la agraviada practique realmente la prostitución.

Al respecto, profundizando en el Recurso de Nulidad N° 2349-2014-Madre de Dios, de fecha 28 de enero de 2016, debemos advertir:

- (i) Que la agraviada sí estaba siendo explotada, toda vez que sus características personales (15 años de edad) y su labor (más de 12 horas trabajando, se desempeñaba como “dama de compañía”, trabajaba en un bar de un campamento minero, consumía licor con la finalidad de vender más licor) que realizaba concluían que esa era su situación.
- (ii) Ni en los instrumentos internacionales ni tampoco en la doctrina nacional se ha podido encontrar el razonamiento efectuado por la Corte Suprema. Es decir, no hay instrumento legal que indique que la explotación debe involucrar agotamiento físico, motivo por el cual el razonamiento efectuado por la Sala Penal Permanente se vuelve irregular e incorrecto.

Para reforzar nuestros argumentos señalados previamente, debemos acotar lo indicado por VILLAROEEL QUINCE, quien considera que en este caso la Sala Penal Permanente hizo una incorrecta interpretación del tipo penal, conforme se puede observar a continuación:

“Los diversos métodos de interpretación utilizados evidencian un resultado claro: una situación de explotación, vinculada a la trata de personas, debe ser entendida de manera amplia o extensiva, en donde el elemento central sea la utilización abusiva de la víctima, a partir de la cual se obtiene un beneficio, ya sea patrimonial o de otro tipo”.

A partir de esta definición es que se debe confrontar el análisis del caso concreto: el trabajo de una adolescente de 15 años por más de 12 horas en el bar de la procesada constituye un caso que se subsume perfectamente dentro de la definición de “explotación”, porque se aprecia un aprovechamiento de la víctima, tal como se ha visto anteriormente.

En esa medida, consideramos que la interpretación de la Corte Suprema sobre la explotación laboral de la víctima constituye una interpretación

restrictiva, en la medida en que exige necesariamente un elemento adicional, como es el agotamiento físico de la víctima, que, por cierto, no sabemos sobre qué fuente se basa. Hay que recordar que la interpretación restrictiva limita el significado de una expresión estrictamente al núcleo de la representación, que es lo que ocurre en este caso. Sin embargo, consideramos que dicha interpretación puede promover situaciones de impunidad, por cuanto dejaría de lado todos aquellos casos en los que existe una utilización abusiva de la víctima dentro de una relación asimétrica, pero en los que no se verifica un agotamiento físico.

Es interesante señalar, además, que esta concepción estricta de lo que es “explotación laboral” para la Sala Penal Suprema resultaría contradictoria con otros fenómenos que también son considerados manifestaciones de explotación –de acuerdo al delito de trata de personas–, y que no evidencian agotamiento físico de la víctima. Así, la mendicidad, que consiste en “obtener dinero y recursos materiales a través de la caridad pública” es una práctica que no implica necesariamente el desgaste físico de la víctima, pero que supone un aprovechamiento abusivo de esta, por lo que está contemplada como una modalidad de explotación dentro del delito de trata de personas. Y es que es evidente que una persona que utiliza a un menor de edad para que mendigue en la vía pública por más de 12 horas incurre en una conducta de explotación.

Ahora bien, si lo que la Sala Penal pretende es establecer que solo los casos estrictos de “explotación laboral” son los que exigen –además del aprovechamiento abusivo de la víctima– un desgaste físico de esta, dicha opción también constituiría una interpretación restrictiva, en la medida en que deja de lado aquellas actividades en las que el tratante autor del delito obtiene beneficios indebidos por el trabajo de la víctima, sin que esta llegue al cansancio. De hecho, el cansancio de la víctima no solo depende del tipo de actividad física realizada, sino de otros aspectos variables de acuerdo con cada caso en concreto: la fortaleza física, la capacidad de resistencia, el tipo de alimentación, las condiciones climatológicas en las cuales se realiza el trabajo, etc. Se entiende, entonces, que el cansancio es un elemento casuístico y variable porque dependerá de cada situación concreta.

Por otro lado, “si la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema tomó en cuenta el criterio de agotamiento físico de la víctima para determinar si el caso constituía explotación o no, llama la atención que no haya considerado otros factores que también podrían corroborar un estado de ser-

vidumbre de la víctima, como son: i) si recibió una prestación económica proporcional o no por la labor realizada, si esta fue exigua en comparación al trabajo realizado, o si nunca recibió contraprestación; ii) si realizó la labor de dama de compañía bajo amenaza o algún tipo de coacción. La argumentación hecha por la Sala Penal Suprema en ninguna parte analiza estos aspectos que también hubiesen sido decisivos para determinar si la víctima estaba inmersa en una situación de explotación<sup>159</sup>.

Para cerrar la idea de la explotación en el caso materia de análisis, y zanjar que sí se acreditó la explotación que venía sufriendo la menor agraviada, es oportuno indicar lo desarrollado por ORÉ SOSA:

“(…) Como se ve, no aparece tal exigencia de agotamiento físico o condiciones infrahumanas del trabajo; la norma pone más bien el acento en el aprovechamiento o utilización de la víctima. No obstante, lo que resulta más llamativo en el caso concreto es que la víctima era especialmente vulnerable: se trataba de una menor de edad y, según se recoge en la sentencia de la Sala Superior, había manifestado a la acusada que tenía una hija que mantener. Lo que agregado al número de horas trabajadas (más de 12 horas al día, que se extendía hasta las 11 de la noche), a la labor desempeñada (“dama de compañía”) y al lugar de trabajo (un bar de un campamento minero ubicado en la localidad de Mazuco), hacía de este no solo un trabajo riesgoso e inapropiado para una menor de edad, sino algo que se contraponía a todas las normas que en favor de los niños y adolescentes se reconocen en nuestro país (…). De esta suerte, al argumento de que no pudo verificarse que la explotación sexual haya sido la intención primigenia de la agente, bien podría responderse que la finalidad de explotación también pudo analizarse respecto de cada una de las etapas que se concretizan en las diversas modalidades típicas del delito de trata y que se configuraron en el caso concreto, a saber, desde la misma captación en una zona roja de Mazuco hasta que es llevada y empleada en un bar para trabajar en condiciones impropias para una menor de edad. Así pues, quedó probado, según la sentencia de la Sala Superior que, desde el 2 de enero de 2008 hasta el 27 de enero del mismo año, la menor trabajó como dama de compañía acompañando a hombres que acudían a tomar cervezas. Por ello, con independencia de cuál haya sido la intención de la agente al captar a la menor [¿realmente alguien duda

159 Villaroel Quinde, Carlos Abel, “Comentarios al Recurso de Nulidad N° 2349-2014-Madre de Dios, que define el término “explotación” en el delito de trata de personas”, en Gaceta Penal & Procesal penal, Tomo N° 87, Gaceta Jurídica, Lima, 2016, pp. 125 ss.

de ello?], resulta evidente que la agraviada terminó siendo explotada por la misma persona que la captó, trasladó y se aprovechó económicamente de su trabajo”<sup>160</sup>.

En cuarto lugar, del análisis efectuado al Recurso de Nulidad N° 2349-2014-Madre de Dios, de fecha 28 de enero de 2016, se ha podido evidenciar que la Sala Penal desconoció completamente el principio fundamental del interés superior del niño, el cual tiene una estrecha vinculación con los hechos que fueron materia del proceso penal. En estricto, el principio antes indicado tiene una arraigada tradición legislativa, motivo por el cual nos genera preocupación que los jueces supremos penales no hayan valorado en su oportunidad el mencionado principio.

Este principio ha sido definido en diversos instrumentos y sentencias internacionales, conforme se puede apreciar a continuación:

Convención Americana Sobre Derechos Humanos suscrita en la conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, de fecha noviembre de 1969 (artículo 19):

“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

Declaración de los derechos del niño, de fecha 20 de noviembre de 1959 (principio N° 2):

“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Convención sobre los derechos del niño, de fecha 20 de noviembre de 1989 (artículo 3):

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y

<sup>160</sup> Oré Sosa, Eduardo, “Especiales consideraciones respecto al menor de edad como víctima del delito de trata de personas”, en *Actualidad Penal*, N° 30, Instituto Pacífico, Lima, 2016, pp.169-182.

el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Caso de la Masacre de las Dos Erres versus Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009:

*"184. [...] La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad (...)"*

Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek versus Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010:

*"257. El Tribunal recuerda que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos y tienen, además, derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad".*

A partir de lo expuesto podemos concluir que el deber del Estado es garantizar las circunstancias más óptimas para los adolescentes, presupuesto que claramente se contraviene con el término "explotación" o "dama de compañía" que han sido tomados en consideración por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia. No nos cabe duda entonces que en el presente caso ha existido una clara explotación de la menor agraviada.

Adicionalmente, es pertinente advertir que el Tribunal Constitucional ha podido observar la problemática de la explotación y de las “damas de compañía”, señalando lo siguiente:

En el Exp. N° 03933-2009-PHC/TC- Puno (Caso Luz Delia Rojas Cuarite), Lima, 25 de enero de 2010, voto de los magistrados Cesar Landa Arroyo y Ernesto Álvarez Miranda (fundamentos 2 y 3), decidió:

*“2. En la sentencia penal cuestionada mediante el presente hábeas corpus se ha acreditado que la actora fue la persona que, aprovechando la extrema necesidad de trabajo de las menores, las lleva de la ciudad del Cusco a la ciudad de Juliaca con la finalidad de que trabajen en el club nocturno Harlem. De otro lado, la propietaria de dicho local declaró que no sabía que las agraviadas eran menores de edad y que no las obligó a tener relaciones sexuales con los clientes, “solamente que deberían acompañar y hacer consumir los licores” (folios 36). La supuesta negligencia en la que cayó la dueña del local, al no haber solicitado documentos de identidad a las personas que iban a laborar como “damas de compañía”, deja entrever, más que una negligencia extrema, una falaz argumentación mediante la cual se pretende no asumir las responsabilidades del caso. La misma opinión es atribuible a la demandante, que, al momento de contactarlas en la ciudad de Cusco a fin de que trabajen como damas de compañía, no les solicitó mayor documentación.*

*3. Resulta gravísimo exponer a menores de edad a situaciones como las descritas. La denominada labor de “damas de compañía”, sea lo que se quiera significar exactamente con ello, atenta contra la dignidad de los menores (artículo 1 de la Constitución), lo que fomenta la exposición de ellos a propuestas relativas al sostenimiento de relaciones sexuales. Este tipo de situaciones, y en razón del contexto de necesidad y de confusión en la que puede estar el niño o el adolescente, propicia la prostitución infantil, lo cual es inconstitucional a la luz del artículo 4 de la Constitución”.*

En consecuencia, los jueces encargados del análisis íntegro de este caso han demostrado una falta de conocimientos básicos con respecto a los elementos del tipo penal de trata de personas, toda vez que, entre otros puntos, y de manera equívoca han aplicado el término “explotación”. Asimismo, no han valorado el principio de interés superior del niño que protege a la menor agraviada.

Por otro lado, de manera inexplicable han obviado que la señora Elsa Cjuno Juilca tenía un bar con damas de compañía, en donde se libaba licor durante bastantes

horas, además en ese ambiente la menor era sometida a que consumiera licor y acompañe a los clientes. La agraviada también se encontraba en un ambiente en donde fácilmente podía mantener relaciones sexuales con los clientes del bar, lo cual evidentemente concluye que en dicho lugar sí estaba en una situación de explotación.

Del mismo modo, es evidente que la menor sí había agotado su fuerza de trabajadora, toda vez que a su edad mantenía horarios de trabajo inhumanos, dentro del cual tenía que consumir licor durante horarios inflexibles y además estar sometida a tocamientos indebidos y expresiones verbales denigrantes.

En el mismo sentido, VILLAROE L QUINCE analiza exhaustivamente la ejecutoria suprema y anota correctamente lo siguiente:

“(...) llama la atención que no se considere que la procesada Cjuno Huilca tenía un bar con damas de compañía, las cuales podían sostener relaciones sexuales con los clientes (“pases”). En ese contexto, es razonable afirmar que la adolescente también fue trasladada para que realice el mismo trabajo. Debe recordarse que en este tipo de delitos es fundamental el recurso a la prueba indiciaria.

b) La Corte Suprema descarta el fin de explotación sexual en el caso, al señalar que la víctima no fue llevada al bar de la acusada con esa intención, ya que solo trabajó como dama de compañía y no tuvo relaciones sexuales (“pases”). Asevera, además, que el ofrecimiento que le hizo la inculpada a D.R.Q.R. para que sostuviera relaciones sexuales con un cliente en una oportunidad es un hecho aislado, que no demuestra que esa haya sido la motivación principal de la estancia de la víctima en dicho lugar.

Esta afirmación es preocupante, por cuanto la Sala Penal parece equiparar “sostener una relación sexual” (entre una dama de compañía y un cliente) con “explotación sexual”, cuando en realidad, el delito de trata de personas los contempla como dos fenómenos independientes.

Así, recordemos que el artículo 153, inciso 2, del Código Penal señala que los fines de explotación de la trata de personas comprende, entre otros, “(...) la prostitución y cualquier forma de explotación sexual”. En esa medida, una forma de explotación, por supuesto, es el ejercicio forzado de la prostitución, pero no es la única. De hecho, el tipo penal permite una interpretación extensiva de la norma, toda vez que señala que puede ser cualquier forma de explotación sexual, lo cual va más allá del ejercicio de la prostitución y no implica necesariamente tener acceso carnal.

c) Relacionado con el punto anterior, la Corte Suprema parece banalizar la actividad de dama de compañía que realizó la víctima, al señalar que ello lo único que implica es beber “con los clientes sin tener que realizar ninguna otra actividad”, lo que además no conlleva “agotar la fuerza de la trabajadora.

Esta interpretación, claramente restrictiva y que genera impunidad, desconoce, además, la gravedad de la labor de “dama de compañía”, no solo por cuanto implica que una persona menor de edad consuma licor, lo que de por sí ya configura una conducta grave y prohibida (tal como lo dispone la Ley N° 28681, Ley que regula la comercialización, consumo y publicidad de bebidas alcohólicas), sino también por los peligros a los que aquella está expuesta en ambientes de este tipo. A partir de todo lo expuesto, no nos queda sino afirmar que la resolución bajo comentario ha sido adoptada: i) asumiendo una interpretación muy restrictiva del concepto “explotación”; ii) sin atender a la condición de menor de edad de la víctima; y iii) trivializando la actividad de “dama de compañía” como forma de explotación sexual.

En el primer caso, la Sala Penal Suprema establece que el concepto de explotación laboral, como elemento del delito de trata, requiere no solo un aprovechamiento de la víctima, sino además que la actividad que realice la agote físicamente. Al respecto, de acuerdo a los diversos métodos de interpretación de la norma penal (literal, histórico, sistemático, teleológico), se concluye que el concepto “explotación” no exige el agotamiento de la víctima como uno de sus elementos, sino que apuesta más bien por una interpretación de carácter extensivo.

Ello evidencia que la interpretación de la Sala Penal Suprema tiene carácter restrictivo, lo que puede generar impunidad en la medida en que no contemplaría todos aquellos casos en los que existe un claro abuso de la víctima, aunque no se evidencie el cansancio de esta por la actividad realizada, como ocurre, por ejemplo, con la mendicidad.

Pero más preocupante es el hecho de que la Sala Penal Suprema haya omitido toda consideración de la situación de vulnerabilidad en la que está la víctima por su propia condición de menor de edad, lo que es vital en estos casos. Por otro lado, recordemos que las cifras internas indican que en el Perú la mayor cantidad de víctimas de trata de personas son niños, niñas y adolescentes (...)

Finalmente, con respecto a la poca importancia que le brinda la Sala Penal Suprema a la labor de “dama de compañía”, a partir de una interpretación extensiva del concepto “explotación sexual”, es posible afirmar que dicha actividad ya constituye una forma de explotar sexualmente a la víctima, en la medida en que implica atraer clientes para que consuman alcohol, valiéndose de su cuerpo, con la posibilidad de sufrir tocamientos. Queda claro entonces que existen otras formas de explotación sexual, más allá de la prostitución forzada. Esta situación se agrava cuando la víctima es menor de edad, como ocurrió en el presente caso. Por ello, y en contra de lo señalado en la ejecutoria bajo comentario, consideramos que también se habría configurado el delito de trata de personas con fines de explotación sexual<sup>161</sup>.

Aunado a ello, ORÉ SOSA también señala que la Sala Penal Permanente emitió una ejecutoria suprema sin fundamentos y reconoce que en el presente caso sí existió el delito de trata de personas:

“En atención a estas consideraciones, entendemos que sí se configuró el delito de trata de personas; mas tomando en cuenta que la causa se siguió bajo los términos del Código de Procedimientos Penales, que no admite la condena del absuelto, la Sala Penal Permanente, a lo mucho, podría haber declarado la nulidad de la sentencia recurrida<sup>162</sup>.”

En conclusión, podemos señalar que:

La Sala Penal Permanente interpretó incorrectamente la finalidad de la explotación, motivo por el cual consideró que en el presente caso, al no haber existido relaciones sexuales entre la menor agraviada y un cliente, no se configuró el delito de trata de personas.

En buena cuenta, a lo largo de este capítulo hemos acreditado que para la consumación del delito no es necesario que la agraviada mantenga relaciones sexuales, con lo cual queda al descubierto el irregular análisis efectuado por la Sala Penal Permanente.

La exposición de una menor de edad como “dama de compañía” ya demuestra una intención y finalidad de explotarla, motivo por el cual sí se configuró el delito.

161 Villaroel Quinde, Carlos Abel, “Comentarios al Recurso de Nulidad N° 2349-2014-Madre de Dios, que define el término “explotación” en el delito de trata de personas”, en Gaceta Penal & Procesal penal, Tomo N° 87, Gaceta Jurídica, Lima, 2016, pp. 125 ss.

162 Oré Sosa, Eduardo, “Especiales consideraciones respecto al menor de edad como víctima del delito de trata de personas”, en Actualidad Penal, N° 30, Instituto Pacífico, Lima, 2016, pp.169-182.

En el caso mencionado, la agraviada sí estaba siendo explotada, toda vez que sus características personales (menor de 15 años de edad) y su labor (más de 12 horas trabajando, se desempeñaba como “dama de compañía”, trabajaba en un bar de un campamento minero, consumía licor con la finalidad de vender más licor, tenía que soportar las humillaciones verbales y tocamientos indebidos de los clientes del bar) que realizaba concluían que sí se encontraba siendo explotada.

El hacer de dama de compañía evidente sí agotaba su fuerza como trabajadora, toda vez que la agraviada (a su corta edad) tenía que someterse a tocamientos indebidos, consumo constante de licor, humillaciones verbales, centro de trabajo hostil y hasta órdenes para mantener relaciones sexuales.

En consecuencia, es inaceptable que se afirme que una menor de edad, expuesta a trabajos ofensivos, vejatorios, humillantes no haya agotado su fuerza de trabajo, si tal concepto ni siquiera está regulado, motivo por el cual dicho criterio fue completamente subjetivo y sin grado de análisis en el contexto que se encontraba la menor de edad agraviada. ¡El hacer de dama de compañía sí agota la fuerza de la trabajadora!

## VII. Texto del fallo comentado

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2349-2914

MADRE DE DIOS

TRATA DE PERSONAS

**Sumilla:** La explotación es un elemento del tipo penal de trata de menores sin el cual no se configura.

**Norma:** Artículo 153 del Código Penal.

**Palabras clave:** Trata de personas, tipicidad, explotación.

Lima, veintiocho de enero de dos mil dieciséis. -

### I. VISTOS

El recurso de nulidad interpuesto por la Representante del Ministerio Público contra la sentencia -fojas 422- del 14 de mayo de 2014 que absolvió a Elsa Cjuno Huillca

de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito contra la libertad personal -trata de personas en agravio de D.R.Q.R.-, **interviniendo como ponente el señor juez supremo Villa Stein.**

### **FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE NULIDAD:**

La Representante del Ministerio Público, en su recurso de nulidad fundamentado -fojas 448- argumenta que:

Es una contradicción en la sentencia impugnada. que se considere como probado el que la menor D.R.Q.R., haya sido captada para trabajar en el bar de la procesada bajo condiciones laborales extremas, con jornadas desde las 10 horas hasta las 23 horas diariamente y que aun así se haya emitido tallo absolutorio.

La agraviada al momento de los hechos contaba con 15 años de edad, siendo una persona vulnerable por sus condiciones personales, y dadas las condiciones laborales a las que fue sometida, nos encontramos ante un supuesto de explotación.

La procesada incluso llegó a sugerir a la agraviada que hiciera "pases" que no es otra cosa que mantener relaciones sexuales con los clientes del bar a cambio de una ventaja económica. De modo que también se habría cometido el delito de trata bajo la figura de explotación sexual al haberse sometido a la agraviada a trabajar en un lugar donde se podía llevar a cabo este tipo de actos.

### **IMPUTACIÓN FÁCTICA - hechos -**

Según la acusación fiscal -fojas 130- se imputa a la procesada Elsa Cjuno Huilca que el 02 de enero de 2008, cuando la menor D.R.Q.R. contaba con 14 años de edad, se encontraba trabajando en la localidad de Mazuko - Tambopata, donde fue interceptada por la procesada y conducida al sector minero ubicado en la localidad de Manuani - Mazuko, donde la hizo trabajar en su bar como "dama de compañía", acompañando a los parroquianos que concurrían a dicho local, siendo obligada a trabajar consumiendo bebidas alcohólicas en beneficio de la procesada Elsa Cjuno Huilca.

## **II. FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL**

1. Al interior de proceso penal se determina la responsabilidad penal del procesado mediante la acreditación, mediante la prueba, de la imputación fáctica contenida en la acusación fiscal y que viene a ser el objeto de la prueba. Cuando esos hechos resultan atípicos, o la prueba actuada durante el proceso no logra demostrar el íntegro de la acusación fiscal dejando como no probados hechos que forman parte del tipo penal, se impone un fallo absolutorio.

2. En el presente caso, se observa que el tipo penal de trata de personas previsto en el artículo 153 del Código Penal<sup>163</sup>, al ser aplicada a menores de edad -adolescentes como la agraviada- no exige que el agente se valga de alguno de los medios comisivos propios de este delito. Pero ciertamente sí exige que la captación sea con fines de *explotación*. En tanto no se especifica qué tipo de explotación, se entiende que engloba a la explotación sexual y laboral.
3. Fue la ausencia de ese elemento del tipo penal la razón esencial de la solución absolutoria. Ese criterio que respeta el principio de legalidad en su manifestación del mandato de determinación *-lex certa-* no permite que hechos en los cuales no se advierte explotación, sean considerados como delito de trata.
4. La recurrente pretende asimilar a explotación laboral las condiciones en las que trabajaba la menor, con específica mención al horario de la jornada laboral que desempeñaba. Efectivamente, la cantidad de horas que la propia procesada señala que trabajaba lo agraviada, son excesivas, más de 12 horas diarias -véase declaraciones de la agraviada a fojas 16 y 370-.
5. Sin embargo, este exceso en la cantidad de horas no implica por sí mismo explotación laboral, por cuanto este concepto se materializa cuando la labor realizada agota la fuerza del trabajador. Esto significa que no solo se debe tener en cuenta lo cantidad de horas, sino el tipo de trabajo que se realiza para poder determinar si existe o no explotación laboral de cara al tipo penal de trata de personas.
6. De este modo, el hacer de dama de compañía, y entendido esta como una persona que simplemente bebe con los clientes sin tener que realizar ninguna otra actividad, no se presenta como una labor que vaya a agotar la fuerza de la trabajadora.
7. La Representante del Ministerio Público, también sostiene que se habría realizado el delito de trata de personas por explotación sexual debido a que el local

---

163 Artículo 153. 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 15 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.

permitía que se lleven a cabo este tipo de actos. Incluso se menciona que el término “pase” era empleado en el bar para manifestar una relación sexual de una dama de compañía con uno de los clientes.

8. Sin embargo, tal como lo ha sostenido la agraviada -fojas 18, 52. 53-, el hacer “pases” no fue la intención primigenia por la cual fue a trabajar al bar, sino que en una oportunidad la procesada le sugirió que lo haga. De allí que este fue un evento aislado y no la razón por la que la procesada habría llevado a la menor a trabajar a su bar. Para que se configure el delito de trata por explotación sexual, esta tiene que ser la razón por la cual se traslada o capta a la menor desde un inicio.
9. Al existir ausencia de uno de los elementos del tipo penal de trata de personas conforme a los términos de la imputación fáctica, e incluso desde la prueba actuado en juicio, no existe otra opción sino la de confirmar el fallo absolutorio en resguardo del principio de legalidad y de presunción de inocencia que reviste toda persona.

### III. DECISIÓN

Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia - fojas 422- del 14 de mayo de 2014, que absolvió a Elsa Cjuno Huillca de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito contra la libertad personal -trata de personas en agravio de D.R.Q.R.- con demás que al respecto contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.

S.S.

**VILLA STEIN**

**RODRÍGUEZ TINEO**

**PARIONA PASTRANA**

**HINOSTROZA PARIACHI**

**NEYRA FLORES**

VS // jdr

Se publicó conforme a Ley el 16 de junio de 2016.

Fdo. Dra. Pilar Salas Campos

Secretaria de la Sala Penal Permanente

Corte Suprema

# 8

## El testimonio de la víctima en el delito de trata de personas



## I. Importancia del testimonio

**LOS OPERADORES DEL SISTEMA DE JUSTICIA, DEBEMOS SER CAUTELOSOS CON EL CONTENIDO DE LAS DECLARACIONES Y DILIGENCIAS** que se realizan a fin de dilucidar claramente los elementos objetivos y subjetivos del delito que se investiga, a fin de distinguirlo clara y rotundamente de los delitos con los que puede confundirse o concursar como son la coacción,<sup>164</sup> favorecimiento de la prostitución<sup>165</sup>, rufianismo<sup>166</sup>, violación sexual<sup>167</sup>, el delito usuario cliente<sup>168</sup>, explotación sexual comercial infantil y adolescente en el ámbito del turismo<sup>169</sup>, tráfico ilícito de migrantes<sup>170</sup>, trabajo forzoso y esclavitud<sup>171</sup>, analizar si el delito se cometió en banda o a nivel de crimen organizado, por ello es importante recibir la declaración de las víctimas y testigos de manera circunstanciada, precisa y detallada a fin de que aporte los elementos necesarios para esclarecer los hechos.

La declaración que la víctima de trata brinda a las autoridades a cargo de la investigación, es de suma importancia ya que aporta información que sumada a los indicios recogidos en la investigación esclarece el panorama para poder conocer las circunstancias en las que se han producido los hechos.

Sin embargo, estas declaraciones no son como las que se realizan en cualquier investigación, un rasgo común en las víctimas de trata consiste en que no se reconocen a sí mismas como víctimas; por tanto, cuando son rescatadas de estos ambientes tienden a portarse de forma agresiva con los operadores. Se puede clasificar a las víctimas de tratas en dos grupos:

<sup>164</sup> Artículo 151 del Código Penal.

<sup>165</sup> Artículo 179 del Código Penal.

<sup>166</sup> Artículo 180 del Código Penal.

<sup>167</sup> Artículo 170 del Código Penal.

<sup>168</sup> Artículo 179-A del Código Penal.

<sup>169</sup> Artículo 181-A del Código Penal.

<sup>170</sup> Artículo 303-A del Código Penal.

<sup>171</sup> Artículo 168-B del Código Penal.

- **Las que no se reconocen como víctima:** Usualmente niegan que hayan sido explotadas o que se les haya vulnerado algún otro tipo de derecho y no desean colaborar con el proceso porque sienten que quienes les han provocado daño en verdad son quienes han destruido su “centro de trabajo” o se han llevado a su “empleador”.

Con este tipo de víctima, el miembro de la Unidad Distrital de Víctimas y Testigos (Udavit) que esté a cargo debe ser paciente y siempre estar presente, ya sea en las diligencias o a través de líneas de comunicación, para que la víctima pueda sentir confianza y abrirse ante ellos.

Al respecto, es importante destacar la sensibilidad que debe tener el profesional que acompañe a la víctima en el proceso, ya que la víctima de trata dista mucho de ser como las víctimas de otros delitos sancionados por nuestro ordenamiento jurídico.

- **Las que se reconocen como víctima:** Cuando es rescatada busca contar su situación para denunciar a su agresor. Esta clase de víctima debe ser objeto de mayor cuidado dado que será la que aporte al proceso. La persona encargada de acompañarla, usualmente un miembro de la Udavit, debe saber contener a esta víctima para que pueda declarar delante de las autoridades correctas ya que puede darse el caso de que una vez que ya declaró no desee volver a hacerlo por miedo a un escenario de revictimización.

## II. Debilidad del testimonio

La debilidad de la declaración de la víctima, en el proceso penal, primero yace en la dificultad de obtenerla. Existe dificultad en obtenerla por la negación en la que usualmente cae la víctima. También debemos guardar cuidado en caer en la revictimización en la cual se puede incurrir, con hechos como los ocurridos en estos delitos, se han afectado en su dignidad y autoestima, incluso, podrían llegar a sentirse culpables por su propia situación y, por tanto, pueden preferir callar antes de sentirse juzgada.

**Igualmente, debe utilizarse las herramientas existentes para asegurar la integridad de la víctima,** si corresponde emplear la cámara Gessel en caso de menores de edad dentro de los horarios establecidos, con la presencia de los actores procesales involucrados.

### III. Revictimización

Debe tenerse en cuenta para evitar la revictimización en los casos del delito de trata de personas:

- a. La atención debe ser pronta, especializada y orientada a apoyar a la víctima, considerándola además de una fuente de información para la investigación como un ser humano que ha sufrido vejación en sus derechos fundamentales y que necesita salir de esa condición.
- b. Realizar las diligencias de investigación en las que participe la víctima considerando los aspectos subjetivos que la abordan, el miedo a las consecuencias de dichas diligencias y partir de la sensibilidad que informa que han sido sometidas y maltratadas en su psiquis quebrando su ser desde las distintas modalidades en las cuales ello ha podido suceder.
- c. Brindar a la víctima la confianza y libertad necesaria para que pueda narrar circunstanciadamente el hecho materia de investigación, evitando cuestionar su relato. El análisis que se haga del mismo y el valor probatorio que se brinde a su testimonio va a depender de la actuación probatoria que se realice del global de pruebas acopiadas.
- d. Como operadores a cargo de la investigación, debemos empezar por librarnos de paradigmas y estereotipos, hay que considerar además el factor cultural que subyace a las víctimas del delito de trata de personas y la visión del mundo que tienen en torno de ello. Algunas veces, los tratantes resultan siendo en su visión del mundo los grandes salvadores de una situación difícil por la que atravesaban y de la que tampoco pueden escapar, es donde entra a tallar la especial vulnerabilidad que atraviesan estas víctimas.
- e. Es importante de inmediato adoptar las medidas necesarias que existen en la norma procesal para que se brinde una medida de protección acorde a las circunstancias caso por caso.
- f. Además, la víctima tiene a su disposición a la Udavit, en caso ser mayor de edad, o a los servicios del Centro de Atención Residencial (CAR), cuando son menores de edad, para poder acceder a soporte psicológico durante el proceso.

El problema aquí nace ante la falta de cupos en los albergues. En el caso de las mayores de edad, la Udavit muchas veces no logra encontrar cupos en los albergues para trasladar a las víctimas o no tiene presupuesto para poder arren-

dar un lugar para ellas, mientras, la Unidad de Protección Especial (UPE) que está a cargo de los menores de edad tampoco tiene cupos en los CAR. La UPE busca como solución a esta circunstancia enviar a los menores a un centro preventivo de menores, donde están reclusos infractores de la ley que vuelven a someter a la víctima a un ambiente de agresión; también puede realizarse un examen a los familiares de la víctima para determinar quién es capaz de hacerse cargo de ella para poder hacer una entrega del menor en el hogar, al que muchas veces termina la víctima regresando a la situación de la que fue rescatada.

Otro aspecto a considerar es la distancia en el interior del país entre las diferentes instituciones que asumen roles en estas investigaciones, horas de viaje que impiden el traslado oportuno de las víctimas y que dificultan la presencia de los actores del sistema estatal de modo adecuado.<sup>172</sup>

## IV. Medidas especiales de protección

Según el Código Procesal Penal Peruano testigos, peritos, agraviados y colaboradores, pueden acceder a las medidas de protección en un proceso penal.

Las medidas se darán de oficio o a pedido de la parte y están dirigidas a resguardar la identidad del protegido, su domicilio, lugar de trabajo, profesión.

Entre las medidas contempladas por el código tenemos protección policial, cambio de residencia, ocultación de paradero, reserva de identidad y otros datos que puedan llevar a su identificación, uso de un procedimiento que impida el reconocimiento visual en una diligencia, usar la fiscalía como lugar de domicilio para sus citaciones y notificaciones y uso de videoconferencia.

Entre las medidas adicionales está la posibilidad de evitar que sean fotografiados, trasladarlos en vehículos oficiales y disponer de un ambiente reservado para uso exclusivo y hasta buscar una identidad nueva y medios económicos para cambiar de lugar y trabajo. Esta última solo es otorgada de forma excepcional.

De acuerdo con información obtenida, las medidas de protección más usadas en el caso de la víctima son las siguientes:

<sup>172</sup> La Udavit tiene la posibilidad de ubicar cupos en los albergues a través de ONGs:  
CHS Alternativo  
Operation Underground Railroad

- **Reserva de identidad:** Sin importar edad de la víctima, se busca proteger a esta para que el imputado no las pueda ubicar para intimidarla o coaccionarla para que cambie su testimonio. Funciona en el caso en que haya varias víctimas ya que el agresor no podrá distinguirla. Se hará a través del uso de un código que reemplazará su identidad en el proceso.

Al respecto, se ha de ser cuidadoso con la real reserva de la identidad de la víctima y el celo con dicha información, quienes acceden a ella y cómo se conserva.

- **Utilizar procedimientos que imposibiliten su reconocimiento:** Se da en casos de diligencias donde la víctima deba participar obligatoriamente. Otra vez se busca que el acusado no sepa quién está detrás con la finalidad de resguardar. Se caracterizará a la víctima con objetos como pelucas, lentes de sol, sombreros, mamelucos y botas.
- **Evitar que sean fotografiadas:** ello, va de la mano de las otras medidas ya mencionadas dado que también se orienta a preservar su identidad para proteger su integridad. Se le pide a periodistas y a todos los operadores que forman parte del proceso que no fotografíen o graben a la víctima.
- **Protección policial:** Anteriormente se designaba a un agente para que vigile a la víctima de cualquier posible agresión, pero dada la reestructuración de la policía actualmente es casi imposible brindar el servicio puesto que no existe una división de policía especializada que brinde el servicio. Otra causa que vuelve casi imposible el hacer uso de la protección policial es el requerimiento de un informe de riesgo que debe ser elaborada por una comisión que aún no ha sido creada. En caso se desee intentar hacer uso de esta medida, se puede pedir un informe de riesgo a Udavit. Se busca la protección policial cuando ya existe una amenaza cierta de parte del agresor hacia la víctima. Una amenaza cierta no necesariamente tiene que ser que ya se haya producido agresión física.

## V. La prueba testimonial en el juicio de trata

De acuerdo con el sistema procesal peruano, la prueba únicamente será la producida en juicio; por lo tanto, los jueces van a fallar sobre la base de lo que ocurra en audiencia.

En ese sentido, todo aquello que ocurra fuera del juicio oral es estrictamente preparatorio. Tal como menciona el informe elaborado por la Corte Superior de Lima respecto al juicio oral: “El fiscal tendrá que olvidar aquello de solicitar leer el parte policial u otro documento, o peor aún darlas por leídas. El parte policial como tal no es relevante en el juicio, puesto que no se introduce como prueba, en todo caso lo que tendrá que hacer el fiscal es ofrecer como uno de sus testigos de cargo al policía, quien declarará en juicio respecto del parte o atestado que elaboró, este nuevo sistema rige para todo tipo de prueba que se desee introducir a debate, es produciéndose en juicio de primera mano, salvo excepciones (artículo 242 referente a la prueba anticipada) por cuanto la regla es que la información producida fuera de juicio no existe para el juzgador”.<sup>173</sup>

La actuación probatoria es la parte central del juzgamiento, puesto que el juez tendrá la oportunidad de escuchar las versiones que las partes exterioricen en el debate, teniendo como soporte los medios probatorios admitidos en el auto de enjuiciamiento, los cuales acreditarán de su posición y la versión de los hechos. A partir de esto, el juez acogerá la pretensión de una parte o de la otra. En base al artículo 375.1 del Código Procesal Penal, el debate comenzará con el examen del acusado; luego con la actuación de los medios de prueba admitidos; y finalmente la oralización de los medios probatorios. Esta etapa es la oportunidad de las partes para argumentar la poca solvencia o consistencia de los argumentos de la contraparte; por ejemplo, desacreditar la declaración de un testigo.<sup>174</sup>

Un problema que nos planteamos sobre el particular, es cuando el juez considera que existe suficiente material probatorio<sup>175</sup>, los operadores de justicia, deben tener

173 Informe de la Corte Superior de Lima. “El juicio oral en el Nuevo Código Procesal Penal”, p. 2-3.

174 Peña Cabrera Freyre, Peña Cabrera Freyre, Alonso, *El nuevo proceso penal peruano*. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 285-286.

175 A modo de ejemplo, en Piura una víctima fue captada de su lugar de origen y trasladada a la selva por su pareja a través del engaño y falsa promesa de matrimonio, quien luego la obligó a prostituirse. Para realizar lo anterior, la víctima acudió al centro de salud a fin de tramitar su carnet de sanidad, donde dentro de las instalaciones del mencionado centro le comentó a un trabajador que su pareja la estaba obligando a prostituirse. En consecuencia, el trabajador no dudó en comunicarlo inmediatamente a la policía.

Posteriormente, el juzgado falló absolviendo al imputado –pareja de la víctima– del delito de trata de personas, a pesar de que existían medios de prueba razonables como la declaración del personal de salud, la entrevista de la psicóloga que atendió a la víctima y el acta de recojo de prendas de vestir incautadas en el hotel (donde se encontraron un bikini con lentejuelas, 4 faldas diminutas, zapatos con tacones y preservativos). Como se aprecia, es reprochable que el juez se haya basado tan solo en el hecho de que la víctima se haya contradicho respecto a su segunda declaración para absolver al acusado. Lo que no tomó en consideración el juzgador es que la víctima estuvo en contacto con el acusado, por lo que ella pudo haber sido coaccionada por éste para variar la declaración que brindó el mismo día de los hechos.

Defensoría del Pueblo. Informe N°041-2017-DP/ADM “*Trata de personas con fines de explotación sexual en agravio de mujeres adultas*”, *Estudio de casos en las regiones de Lima, Madre de Dios, Piura, Pasco, Lambayeque, Huánuco y Cusco*, Lima, 2017, p.77.

en cuenta que se trata de un delito que tendrá prueba directa en algunos casos, pero que también deberá tratarse sobre la base de indicios que deben ser finamente contruidos y articulados conforme corresponda caso por caso, considerando las condiciones particulares a las que han estado sometidas las víctimas del delito de trata de personas que se investiga.

De igual modo, cobra especial trascendencia distinguir claramente el delito de trata de personas con otros que pueden resultar muy similares como son el tráfico de migrantes o las infracciones al sistema normativo laboral.

En este caso, la responsabilidad de la adecuada presentación de la prueba recae en el Ministerio Público, sin embargo, debe siempre tenerse presente que existe un binomio Ministerio Público - Policía Nacional del Perú que tiene a su cargo la estrategia de la investigación y la recopilación de los medios de prueba directa, de existir, y de los indicios que pueden ser actuados posteriormente.

La adecuada construcción de la prueba se realiza desde la etapa de investigación preliminar, con la correcta captación de información necesaria para el adecuado esclarecimiento de los hechos materia de investigación. Luego es posible actuar en juicio oral pruebas obtenidas con las técnicas especiales de investigación que proporciona la legislación que ilustren al juez de las circunstancias en que los hechos materia de investigación se realizaron y las condiciones en que se produjeron.

Es vital que los jueces vean en qué condiciones están las víctimas, pues la trata no implica solo retención, sino otros factores como la violencia física, psicológica, la amenaza; entre otros, que vician el consentimiento de las víctimas, debiendo considerarse que estos elementos justamente constituyen la estructura típica del delito de trata de personas.

Por ejemplo, será necesario ilustrar al juez sobre las condiciones en las que se produce la retención, dónde vive la víctima, de quienes está acompañada, si tiene posibilidad o no de salir, de desplazarse, con qué documentos de identificación se trasladan<sup>176</sup>.

<sup>176</sup> En otro caso el Juez motivó que una víctima extranjera no estaba siendo privada de su libertad, puesto que no se había acreditado. En consecuencia, según a juicio del juez, no había trata, ya que las chicas podían salir en compañía de una peruana. El juez no tomó en cuenta que ella vivía en el *nightclub*, donde se encontró sus maletas de viaje y sus documentos de identificación que estaban retenidos por la Administración del club. Además, tampoco consideró que la chica estaba siendo condicionada, tenía cierto límite para salir, venir y no salía sola.

## VI. Particularidades del juicio de trata

Sobre el particular, es necesario resaltar que mediante Decreto Legislativo N° 967 promulgado el 22 de julio de 2004 y publicado posteriormente el 29 de julio de 2004 entró en vigencia el Nuevo Código Procesal Penal. Este último promueve el principio de oralidad, celeridad y concentración en el proceso penal como tal. En consecuencia, elimina la división entre procesos sumarios y ordinarios para aplicar a un “proceso común” como actualmente se le denomina. Este proceso ha traído consigo grandes cambios vitales para la valoración de la prueba, como, por ejemplo:

- Incorpora a la Unidad de Asistencia a Víctimas y Testigos: Fue creado, con ocasión de la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N° 957), por el Ministerio Público para apoyar la labor fiscal, brindando a la víctima y al testigo un papel relevante dentro de la investigación o el proceso penal, cautelando que su testimonio no sufra interferencias o se desvanezca por factores de riesgo ajenos a su voluntad.
- El juez de la investigación preparatoria tiene la potestad de evitar una acusación si considera que no existen medios de prueba suficientes, con lo que aumenta la celeridad en el proceso. En consecuencia, hay una mayor protección a las víctimas.

No obstante, son pocos los casos de trata de personas en el que hemos apreciado este proceso penal, por lo que donde se puede recopilar más información es en relación con el proceso ordinario o proceso sumario planteado en el antiguo Código Procesal Penal de 1940.

Estando a ello, el proceso sumario se aplicaba cuando se denunciaba solamente el delito de trata de personas, mientras que en el proceso ordinario sucedía cuando se denunciaba alguno de los delitos a los que les correspondía tal proceso, además del delito de trata.

Es importante en este tipo de casos la reserva de la identidad de la víctima. En consecuencia, el principio de publicidad, en este caso, está limitado por reservar información de carácter privado y de sensibilidad entre las partes. Además de ello, si por algún motivo éstas son expuestas al público, puede resultar que sean amenazadas o intimidadas por algún externo (doble intimidación). También entra a colación la posible no participación de la víctima, ya que puede entrar en frustración el proceso por su precaria colaboración. Por otro lado, también se tiene que garantizar medidas de protección para que la víctima tenga todo tipo de seguridad en el proceso.

Por ello, el artículo 40 del Reglamento de la Ley N° 28950 (Ley contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes) establece que el Ministerio Público tiene la facultad de dictar tales medidas de protección para estos casos.

## VII. Preparación de la víctima para el juicio oral. La importancia de su testimonio

Respecto a la preparación de la víctima para el juicio oral es pertinente mencionar que se debe evitar en la medida de lo posible que brinde su testimonio más de una vez, pues esto implicaría su revictimización. No obstante, se debe mencionar las medidas de protección para la víctima que tiene relación directa con su preparación y que consiste en la implementación homogénea y con enfoque de derechos de los procedimientos que la PNP aplica para proteger a las víctimas de trata de personas que ingresan en su ruta de actuación.

La Policía Nacional del Perú debe garantizar la protección a víctimas de trata conforme a los roles asignados por la ley y a estándares internacionales en la materia, evitando la revictimización. Los usuarios que deben ejecutar los protocolos de atención para asegurar la protección de las víctimas son el Personal de la Dirección de Investigación Criminal, Divisiones, Departamento y Secciones de investigación Criminal de la PNP, el Personal de la División Especializada de Investigación de Trata de personas (Divintrap) y los equipos de investigación equipos operativos y jefaturas y personal de apoyo.

Algunas de las recomendaciones para los actores que interactúan con las víctimas es generar relación de empatía, pero con roles claros (agente-víctima); mirar el problema desde el punto de vista de la víctima; creer en el relato de la víctima; no juzgar ni generar reacciones de culpabilidad (comparar a la víctima); dejar de lado los prejuicios personales; evitar movilizar los propios recuerdos o experiencias; ceñirse a las necesidades de la investigación. Respecto a las capacidades de contención: ser capaces de actuar con eficacia para brindar soporte emocional de emergencia; mantener la serenidad, tomar decisiones pensando en el bienestar de la víctima, tener capacidad para atender de manera diferenciada a NNA de ser necesario.

En cuanto a su seguimiento, esta es la etapa final de la ruta que sigue la víctima de trata dentro del procedimiento del Ministerio Público. La víctima ya está bajo el sistema de protección administrativo a cargo del Ministerio de la Mujer y Poblacio-

nes Vulnerables (MIMP). Se trata entonces, sobre todo, de hacer seguimiento a las medidas de protección dictadas por el fiscal penal y participar en diligencias en momentos específicos de la decisión del juez sobre el fin de la investigación tutelar. Participan el fiscal penal, el fiscal de familia con el apoyo de la Udavit.

Además, los deberes del fiscal penal (o mixto) son los siguientes<sup>177</sup>:

- a. El fiscal de familia o penal, a fin de proteger integralmente a la víctima y evitar su revictimización, deberá realizar las diligencias que permitan que el juez a cargo del proceso dote de valor probatorio a la entrevista única que se realizó bajo su dirección. En caso que corresponda, interpondrá los recursos impugnatorios pertinentes.
- b. En el caso de víctimas adultas internadas y NNA, verificará con el apoyo de la Udavit las condiciones de seguridad y evaluará la necesidad de ajustar las medidas de protección emitidas. Esto porque es de interés del fiscal penal que la víctima sea entregada en una situación de seguridad.
- c. El fiscal penal continuará conociendo la situación de la víctima NNA que está comprendida en la investigación tutelar, a efecto de cautelar el debido cumplimiento de las medidas de protección dictadas, así como para garantizar su integridad y seguridad. Para lo cual dispondrá mediante acta o disposición fiscal que la Udavit realice este seguimiento.
- d. El fiscal al recibir el informe de alguna irregularidad en los servicios prestados a las víctimas internadas deberá adoptar todas las acciones convenientes para verificar la situación del NNA y adoptar las medidas adecuadas para la restitución de sus derechos, bajo responsabilidad funcional.

Para la determinación de medidas de protección fiscales y su seguimiento, en esta etapa se busca proteger y restablecer los derechos vulnerados del NNA. Comprendiendo que el NNA no es sólo una prueba de cargo para el proceso, sino que es un sujeto de derecho que precisa de protección, esta deberá ser brindada por aquellas instituciones del Estado que garantizan la realización plena de los derechos de los niños, en este caso a cargo del MIMP, el ente rector coordinará con todos los organismos del Estado necesarios para brindar protección y el restablecimiento del NNA a su entorno, cuando ello corresponda.

En adición, las labores del fiscal penal o mixto son las siguientes:

<sup>177</sup> Ministerio Público – Fiscalía de la Nación, Protocolo del Ministerio Público para la atención de las víctimas del delito de la trata de personas, aprobado por Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 257-2014-MP-FN de fecha 23 de enero del 2014.

- a. Coordina con la Udavit para que le brinde apoyo en la evaluación del riesgo y la determinación de medidas de protección derivadas de la presunción de problemas de seguridad de la víctima.
- b. Si la amenaza de seguridad a la víctima, familia o entorno cercano es elevada, se evalúa su ingreso al Programa de Protección y Asistencia a Víctimas y Testigos.
- c. La supervisión de la ejecución de las medidas de protección dictadas por el fiscal penal estará a cargo de la Udavit, sea que la víctima esté o no internada provisionalmente.
- d. Si la víctima NNA está internada en un CAR dependiente del MIMP (o establecimiento similar), el fiscal penal realizará el seguimiento a las medidas de protección que dictó con relación a una posible amenaza de la seguridad de la víctima coordinando con la DIT o quien corresponda en el MIMP. Para ello contará con el apoyo de la Udavit, determinando su actuación vía un acta, resolución o disposición fiscal.
- e. Donde no exista la Udavit.<sup>178</sup>

Los efectos de prestar las debidas medidas de protección a las víctimas son notoriamente perjudiciales. En un caso de trata de personas investigado por un fiscal en un país latinoamericano<sup>179</sup>, una víctima juvenil originaria de un país vecino prestó tres declaraciones corroborativas entre el 1 de julio de 2004 y el 30 de diciembre de 2004. La joven aportó pruebas de cargo contra los acusados, demostrando que la habían hecho objeto de trata y la habían violado.

También denunció que los acusados habían amenazado “matarla a ella, a su único hermano y luego a toda su familia”, “hacer desaparecer a toda su familia extensa” y “decapitarla” si los denunciaba a la policía. Sin embargo, no recibió medidas de protección. Cuando testificó en el juicio, la acompañaron los padres y el tío de uno de los acusados. Debido a esto, la joven modificó sustancialmente su declaración, retirando todas las declaraciones acusadoras que había prestado anteriormente. Los jueces del Tribunal de Juicio calificaron su nueva versión de los hechos de “ridícula”.

Por otra parte, respecto a la cuestión de las comunicaciones con los familiares en el lugar de origen, la UNODC plantea que se puede producir dificultades. Según este

<sup>178</sup> Ministerio Público – Fiscalía de la Nación, Protocolo del Ministerio Público para la atención de las víctimas del delito de la trata de personas, aprobado por Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 257-2014-MP-FN de fecha 23 de enero del 2014, p. 27-29

<sup>179</sup> UNODC - Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Manual sobre la investigación del delito de trata de personas. Guía de Autoaprendizaje*, p.225

organismo, "es totalmente natural que las víctimas-testigos deseen hablar con sus seres queridos y que estén en condiciones de hacerlo podrá ser un elemento importante del proceso de recuperación. No obstante, las comunicaciones familiares también pueden representar riesgos de seguridad".<sup>180</sup>

Según la UNODC, existen dos esferas de riesgo:

- Lo sepan o no las víctimas-testigos es posible que sus familiares o seres queridos estén implicados en el delito de trata o relacionados de alguna forma con los traficantes. Las comunicaciones con la familia, etc., pueden poner al descubierto el paradero de la víctima-testigo.
- Si los traficantes saben el paradero de los familiares o seres queridos, puede que ya estén intimidándoles y sean capaces de vigilar las comunicaciones de alguna forma en un intento de averiguar el paradero de la víctima-testigo.

La UNODC también recomienda que "si existen pocos indicios de riesgo, debe permitirse que las víctimas se pongan en contacto con sus seres queridos, pero se les debe informar de que tengan cuidado con lo que hablan. Únicamente en casos de alto riesgo se deberá aconsejar a la víctima que no se comunique en absoluto. En tales casos, como solución de compromiso por cuestión de bienestar, se pueden transmitir mensajes por conducto del grupo de investigación o bajo su control. En todos los casos, y con independencia del curso de acción que se estime más procedente desde la perspectiva del bienestar y la seguridad, se debe pedir la opinión de la víctima y tenerla en cuenta antes de adoptar decisiones o aplicar medidas".<sup>181</sup>

Las características mayoritarias más predominantes que distinguen a todas aquellas personas que han sido víctimas de la trata son las siguientes:

- Proviene de hogares disfuncionales.
- No tienen una figura de autoridad como un padre o madre orientador.
- Tendencia al Trastorno disocial conductual.<sup>182</sup>

<sup>180</sup> Op. Cit. p. 231.

<sup>181</sup> Ibid.

<sup>182</sup> Según el Manual Diagnóstico y Estadístico de los trastornos mentales (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders -DSM-*) editado por la Asociación Estadounidense de Psiquiatría (*American Psychiatric Association*), el trastorno disocial (llamado también el "Trastorno de la Conducta") es la presencia recurrente de conductas distorsionadas, destructivas y de carácter negativo, además de transgresoras de las normas sociales, en el comportamiento del individuo. Este trastorno supone un problema clínico importante por sus características intrínsecas - implica un desajuste social-, sus posibles consecuencias - una parte importante de los niños/as que lo padecen mostrará algún tipo de desajuste en la edad adulta.

Al tener tales características, la mayoría de estas personas tienden a indicar que en realidad no son víctimas de la trata, puesto que tienen toda la libertad de hacer llamadas telefónicas, salir y regresar cuando deseen, entre otros. En otras palabras, ellas señalan que están en tal lugar por voluntad propia. Asimismo, muchas señalan que ellas eligieron tal estilo de vida y que, por tanto, el hecho de intervenir y “rescatarlas”<sup>183</sup> -como señalan- es perjudicarlas al eliminar su fuente de trabajo e ingresos.<sup>184</sup>

Por otro lado, en referencia a la tendencia del trastorno disocial conductual, generalmente se desarrolla porque en la etapa de adolescencia y niñez estas personas han estado en constante contacto con la violencia, maltrato y abuso; por tanto, para ellas es calificado como algo natural que se les pague por dar servicios sexuales. En esa línea, indica que existe una niña por dentro que está sometida y reprimida.

Cuando se realiza la intervención de rescate, el trato que se propone efectuar es señalar a la víctima que se tiene intenciones de ayudarla y de darle asistencia, además de brindar palabras de soporte; puesto que muchas de ellas están en crisis. Asimismo, indica que en la medida de lo posible no se sofoque a la víctima con preguntas continuas, sino tratar de calmarla y seguir brindando palabras de aliento. Posteriormente, el psicólogo hará seguimiento (contacto telefónico con la víctima a solicitud del despacho fiscal) abriendo de esta manera la confianza necesaria para la extracción de la información.

## VIII. Preparación de los testigos para el juicio oral. La importancia de su testimonio

Las declaraciones testimoniales constituyen pruebas fundamentales para esclarecer el objeto del proceso al tratarse de fuentes de información cuya fiabilidad puede resultar fundamental para ganar el juicio.

El testigo tiene “derecho a reserva si ellos temen razonablemente por su integridad, al declarar, la norma lo faculta para que pueda indicar su domicilio en forma reservada (artículo 170.4), lo cual se hará constar. La norma faculta también a que

<sup>183</sup> Se hace manifiesto el síndrome del encubrimiento con frases como “él no me explota”, “me estás mintiendo”.

<sup>184</sup> No obstante, es menester recalcar que a pesar de que sienten amenaza por vulnerar su trabajo, muchas de las víctimas muestran sentimiento de culpabilidad y que, por tanto, existen valores que aún pueden ser rescatados.

se disponga la prohibición de la divulgación, en cualquier forma, de su identidad o de antecedentes que condujeran a ella. La responsabilidad de la eficacia de esta norma se sitúa al más alto nivel del Ministerio Público y del Poder Judicial”.<sup>185</sup>

En cuanto a las prohibiciones, la norma señala que los testigos del caso no pueden comunicarse entre sí (artículo 378.2), lo cual sucede también en otras legislaciones. El motivo es que “el intercambio suele tender a uniformizar, pues siempre hay una persona más fuerte en su carácter o psicología, que es más líder que otra y que termina ejerciendo influencia; y personas que tienden a ser influenciadas, apáticas, sugestionables, apocadas y pasivas. Lo ideal es que los testigos coincidan (contesten), dando seguridad al juzgador sobre el sentido de lo que vieron, pero esto debe ser espontáneo”.<sup>186</sup>

En base a lo expuesto por el doctor Peña, preparar al testigo es una tarea seria y necesaria para lograr los fines propuestos y debe haberse escogido aquellos que gozan de una honorabilidad intachables y de prestigio indubitable. Un testigo o un perito que dio una cierta versión de manera unilateral a la policía o a la fiscalía, bien puede estar mintiendo, tergiversando, exagerando o inventando información<sup>187</sup>.

Es fundamental que en caso de haber más de un testigo “su examen se dé por separado, por lo que antes de declarar deben estar preparados en lugares distintos, en orden cautelar a la objetividad, imparcialidad y utilidad de la declaración; su fundamento es evitar la injerencia inductora que pueda producirse entre un testigo con otro, de garantizar la objetividad, veracidad e imparcialidad del contenido de las declaraciones testimoniales en razón de la meta ineludible del procedimiento”.<sup>188</sup>

Respecto a las preguntas, debe rechazarse todas aquellas que tiendan a la ofensa o al menosprecio del testigo mediando insinuaciones inapropiadas, que tienen por objeto su descalificación moral<sup>189</sup>.

Es importante que se prepare psicológicamente al testigo sobre el tipo de preguntas que eventualmente pueden realizarle, para quebrarlas, desacreditarlas y desvanecer la prueba que se construye, ello va de la mano con explicarles la importancia de su testimonio, de lo que es la oportunidad de ser reales en cuanto lo acontecido y de explicarles que lo que han creído adecuado y hasta parte de su vida, no lo es y que por el contrario son reprochable las condiciones en las que han vivido.

---

185 ANGULO ARANA, Pedro, *Claves de la litigación oral en el proceso penal. Alegatos e interrogatorios*, Gaceta Jurídica, Lima, 2017, p. 72-73

186 Op. Cit. p.76

187 PEÑA CABRERA FREYRE, Op. Cit. p.290-292

188 Op. Cit. p.294-295

189 Op. Cit. 297

## IX. La situación de vulnerabilidad y la declaración de la víctima en el delito de trata de personas

La trata de personas muestra la cosificación del ser humano, afectación que redundará en su dignidad y autoestima, ello debe ser considerado al momento de recibir la declaración de quienes han sido víctimas de este delito, para recibir la declaración inicial en los actos de investigación preliminar o preparatoria, conservar y asegurar dicho testimonio con los mecanismos procesales que existen como la prueba anticipada, y de ser necesario su concurrencia en juicio oral, de recibir un testimonio contundente, útil a la investigación, pero es importante realizar la preparación y recepción de dicha declaración considerando que las víctimas de este delito atraviesan situaciones especiales que las hacen vulnerables ante sus victimarios.

Cobra especial importancia la labor de la Udavit y el acompañamiento que pueden efectuar para la realización de dichas declaraciones testimoniales, y reforzar los retos territoriales y económicos para trasladarse tanto a los profesionales como a las víctimas para llevar a cabo las diligencias que se programen.

Un obstáculo importante a considerar aquí son los propios padres de las víctimas cuando son menores de edad, ya que sin su autorización y/o colaboración no podrán concurrir a rendir a la diligencia programada, sin dejar de señalar que muchas veces los mismos padres han sido parte de la cadena de actos que han llevado a la víctima a tal condición.

Estas condiciones de vulnerabilidad se manifiestan de distintas maneras, vulnerabilidad física, emocional, psicológica.

Los profesionales que estarán a cargo de la investigación y el acompañamiento de las víctimas de trata de personas, deben tener en cuenta algunos factores como son la edad, condiciones físicas especiales; condiciones sociales, culturales, políticas, económicas, de educación, salud, deterioro de la misma, violencia física y sexual a la que se puedan encontrar expuestas la víctima y su entorno más cercano.

También debe tomarse en cuenta el contexto psicológico que atraviesa la víctima de trata de personas, la estigmatización que puede sufrir, la baja autoestima, la violencia psicológica a la que ha sido sometida, la dependencia emocional que pueden haber desarrollado con sus tratantes, la evolución y desarrollo emocional en el que se encuentra, los paradigmas a los que está sometida, las carencias emociona-

les y psicológicas a las que el mismo desarrollo del delito materia de investigación la ha orillado.

Todo ello, debe ser considerado por los profesionales a cargo del acompañamiento de una víctima de trata de personas, de tal suerte que el acompañamiento social, tenga repercusión sobre los aspectos que la someten a vulnerabilidad desde dicha perspectiva, que el acompañamiento psicológico realmente detecte las carencias por las que atraviesa la víctima de trata de personas, a fin de orientar al operador a cargo de la investigación de modo que se aborde adecuadamente los elementos del tipo penal que se busca asegurar con la diligencia a realizarse; y que el acompañamiento vaya más allá de refrescar la memoria con la declaración, sino que trascienda efectivamente en incidir en el valor probatorio y jurídico que tiene la declaración de la víctima.

Al respecto, debe también considerarse que los elementos y cuantía de la reparación civil se acredita a través de la manifestación de la víctima y los actos procesales que la involucran ; y en este aspecto, también debe guardarse cuidado sobre la doble victimización que puede sufrir la víctima, ya que estos aspectos inciden directamente en las condiciones de vulnerabilidad a las que se ha encontrado expuesta.

Es importante conocer para identificar los actores de cada uno de los eslabones que refiere Salinas Siccha como parte del “delito proceso” de trata de personas, identificar los verbos rectores (captar, transportar, trasladar, acoger, recibir, retener) y los medios a través de los cuales se comete el delito (violencia, amenaza, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder, abuso de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o cualquier beneficio, así como identificar los fines para los que se produjo la trata (explotación sexual, explotación laboral, extracción o tráfico de órganos, mendicidad).

Es fundamental, como operadores del sistema de justicia, conocer los conceptos de cada uno de los elementos que componen el delito de trata de personas y las definiciones que brindan los documentos internacionales a fin de que nuestras acciones vayan más allá del deber del Estado de investigar, perseguir y sancionar los actos vulneradores a los bienes jurídicos protegidos, si no que se orienten a salvar realmente a quien ha sido víctima del delito de trata de personas de tal condición.

# 9

## Algunas consideraciones sobre la prueba y el delito de trata



## I. La prueba indiciaria y la trata de personas

### 1. Búsqueda de indicios

En el proceso penal actual rige la presunción de inocencia como garantía, no puede haber normas penales que postulen la presunción de culpabilidad; por tanto, es deber de quien acusa el probar la culpabilidad del acusado.<sup>190</sup>

De no llegarse a probar la culpabilidad de forma eficiente, sin la existencia de dudas razonables, la presencia de la presunción de inocencia funcionará como un derecho a ser absuelto del acusado<sup>191</sup>. Lo que se trata de hacer a través de la prueba indiciaria, a falta de prueba directa, es romper la presunción de inocencia e iniciar un escenario donde ambas partes empezarán actuar ya que como hemos dejado ver antes la parte acusada podría ser absuelta sin realizar ningún acto si la parte acusadora no logra crear certeza en el juez sobre su culpabilidad.

En el caso de delitos de trata de personas con fines de explotación laboral y sexual, la prueba indiciaria es el medio más frecuente con el cual se busca desvirtuar los argumentos de los acusados basados en conductas neutrales.

Según Manuel Miranda Estrampes<sup>192</sup>, la prueba indiciaria no es un medio de prueba ni un elemento probatorio sino un método probatorio. Se le considera un método probatorio porque ésta requiere de determinada estructura para poder tener validez y eficacia probatoria. Por otro lado, un medio de prueba es aquello a través del cual se introducen enunciados fácticos o proposiciones, mientras que un elemento probatorio es el dato conseguido a través de un medio de prueba.

Con la prueba indiciaria se busca conseguir nuevas afirmaciones derivadas de las postuladas que serán analizadas por el juez según las máximas experiencias o reglas de lógica.

190 MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel, *La presunción de inocencia*, 1ª. edic, Aranz31.#!;] de quien acusa de aAranz31.#!;] de quien acusa de a Aranzadi, Pamplona, 1999, p 31.

191 GIMENO SENDRA, Vicente; MORENILLA ALARD, Pablo; TORRES DEL MORAL, Antonia; y DIAZ MATINEZ, Manuel. *Los Derechos Fundamentales y su protección jurisdiccional*. Editorial Colex, Madrid. 2007. p.480.

192 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso Penal Acusatorio*, 1ª. edic, Juristas Editores, Lima, 2012, p 34.

El artículo 158.3 del CPP establece que en el caso de prueba indiciaria se necesita:

- Que el indicio esté probado.
- Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia.
- Que, si son indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes. No deben presentar conraindicios consistentes.

De estos tres requisitos, Edith Hernández Miranda<sup>193</sup> interpreta las siguientes exigencias:

- Que el indicio debe ser cierto mas no hipotético. Se debe tomar en cuenta que un indicio puede nacer de otro, pero se debe tener cuidado de que la cadena de indicios que llevan a lo que se busca probar no sea tan grande que haga perder capacidad al proceso de inferencia realizado por el juez.
- Que sea a través de un procedimiento lógico de máximo rigor la deducción del hecho desconocido.
- Que todos los indicios sean concordantes entre sí para que el procedimiento lógico de deducción pueda ser correcto, riguroso y controlable.

Debe tenerse claro que si bien el juez puede llegar a la convicción de la existencia del hecho delictivo y de la culpabilidad del acusado a través de la prueba indiciaria, éste deberá desarrollar el proceso de razonamiento lógico, a través del cual llegó a la conclusión, en la resolución. El juez no puede simplemente mencionar la conclusión sin el análisis respectivo, según el TC<sup>194</sup>, ya que mediante solo así se enerva válidamente el derecho a la presunción de la inocencia, se justifica la afectación al derecho de la libertad personal y se cumple con el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

## 2. Elementos de la prueba indiciaria

Para Manuel Miranda<sup>195</sup>, la prueba indiciaria se desenvuelve a través de una presunción judicial y por tanto es el análisis de sus elementos lo que permite sostenerla. Miranda menciona los siguientes elementos:

<sup>193</sup> *La Prueba en el Código Procesal Penal de 2004*, Gaceta Penal y Procesal Penal, 1º. edic Lima, 2012, p 36-37.

<sup>194</sup> STC N 00728-2008-HC/TC, fundamento 25.

<sup>195</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Prueba en el Proceso Penal Acusatorio*, 1º. edic, Juristas Editores, Lima, 2012, p 39.

- **Afirmación base.** Es la afirmación introducida a través de medios de prueba y será el apoyo sobre el que se construirá la presunción judicial. Puede llegarse a esta afirmación a través de indicios o de hechos fácticos acreditados. La acreditación sólo puede lograrse a través de un medio de prueba legal. Esta afirmación puede estar integrada por uno o varios indicios.

Los indicios pueden ser:

Equívocos o contingentes: Pueden ser el efecto de muchas causas o la causa de muchos efectos.

Unívocos o necesarios: Aquellos que conducen necesariamente al hecho desconocido.

**Afirmación consecuencia.** Es la afirmación que se deriva de la afirmación base. Es un enunciado fáctico diferente al de la base ya que está incorporando algo totalmente nuevo.

**Enlace entre afirmaciones.** Es el que lleva de la base a la consecuencia. El enlace debe ser claro, conciso e ir de acuerdo al criterio de las máximas experiencias tal como lo estipula el artículo 158.3 b) del CPP. Es el enlace el que da calidad de prueba al indicio.

### 3. Indicios mediatos

También llamado concatenación de presunciones judiciales o presunción de grado, es cuando la afirmación base está acreditada con pruebas indiciarias y no a través de las otras modalidades de medios de prueba. Esta situación está permitida ya que el Código Procesal Penal sólo exige que la acreditación de la afirmación base se haga a través de medios de prueba legales, pero el punto en contra es que mientras más grande sea el apoyo sobre indicios más se reducirá el grado de probabilidad de inferencias dado que habrá mayores interrogantes sobre si se respetó el análisis de valoración de los indicios.

### 4. Presunción judicial con un único indicio

Se puede creer que a mayor cantidad de indicios se tendrá más seguridad sobre el resultado, ya que frecuentemente los indicios tienden a ser de naturaleza contingente. Al respecto de este tema se pronuncia el Tribunal Constitucional en el caso “Giuliana Llamoja”<sup>196</sup> y señala que en un principio los indicios deben ser plurales, pero se aceptan indicios únicos cuando estos posean singular potencia que los

<sup>196</sup> Exp, N 00728-PHC/TC

vuelva capaz de un enlace que pueda sostener la afirmación consecuencia. No se trata de acumular indicios para que sumen sino de que estos posean capacidad indicativa como en el caso de los indicios necesarios.

## 5. Estrategias contra una prueba indiciaria

Según Manuel Miranda<sup>197</sup>, hay dos formas por las cuales la defensa buscará atacar la prueba indiciaria:

- Contraprueba. Se trata de atacar la afirmación base ya que es el apoyo de la afirmación consecuencia. Para esto se buscará derribar la credibilidad de la fuente de donde viene la afirmación base o se presentará un hecho acreditado incompatible.
- Prueba en contrario. Se trata de impugnar la afirmación consecuencia cuestionando el enlace entre ésta y la afirmación base. Se usará como argumento la irracionalidad para fundamentar que la afirmación consecuencia no reúne las condiciones de ser preciso y directo.

## 6. Indicios comunes de trata

Según la UNODC<sup>198</sup> los indicadores comunes del delito de trata son los siguientes<sup>199</sup>:

### En el caso de trata con fines de explotación sexual

- Trasladarse de un burdel a otro o trabajar en diversos locales.
- Ser escoltadas cuando van y vuelven del trabajo, compras, etc.
- Tener tatuajes u otras marcas que indiquen que son "propiedad" de sus explotadores.
- Trabajar muchas horas por día o tener pocos o ningún día libre
- Dormir donde trabajan.
- Vivir o viajar en grupo, algunas veces con otras mujeres que no hablan el mismo idioma.

<sup>197</sup> Miranda Estampres, Manuel, *La Prueba en el Proceso Penal Acusatorio*, (2012), 1ª. edic, Juristas Editores, Lima, 2012, p 50.

<sup>198</sup> Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

<sup>199</sup> [https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/HT\\_indicators\\_S\\_LOWRES.pdf](https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/HT_indicators_S_LOWRES.pdf), Recuperado el 07 de mayo del 2018.

- Tener muy pocas prendas de vestir.
- Tener prendas de vestir que son en su mayoría del tipo de las que se utilizan para el trabajo sexual.
- Saber decir solo palabras relacionadas con el sexo en el idioma local o en el idioma del grupo de clientes.
- No tener dinero en efectivo propio.
- Ser incapaces de mostrar un documento de identidad.
- Hay pruebas de que las presuntas víctimas han mantenido relaciones sexuales sin protección y/o violentas.
- Hay pruebas de que las presuntas víctimas no pueden negarse a mantener relaciones sexuales sin protección y/o violentas.
- Hay pruebas de que una persona ha sido comprada y vendida.
- Hay pruebas de que grupos de mujeres están bajo el control de otras personas.
- Se publican anuncios de burdeles o lugares semejantes que ofrecen los servicios de mujeres de determinado origen étnico o nacionalidad.
- Se informa que los trabajadores sexuales prestan servicios a una clientela de determinado origen étnico o nacionalidad.
- Los clientes informan que los trabajadores sexuales no sonríen o no cooperan.

### **En el caso de trata con fines de explotación laboral**

- Vivir en grupos en los mismos lugares en que trabajan y abandonar esas instalaciones muy rara vez, si es que lo hacen.
- Vivir en lugares deteriorados e inadecuados, como instalaciones agrícolas o industriales.
- No estar vestidas adecuadamente para el trabajo que realizan: por ejemplo, pueden carecer de equipo protector o de prendas de abrigo.
- Recibir solo sobras para comer.
- No tener acceso a sus ingresos.

- No tener contrato de trabajo.
- Trabajar demasiadas horas por día.
- Depender de su empleador para una serie de servicios, incluidos el trabajo, el transporte y el alojamiento.
- No tener elección para su alojamiento.
- No abandonar nunca las instalaciones de trabajo sin su empleador.
- Ser incapaces de movilizarse libremente.
- Estar sujetas a medidas de seguridad destinadas a mantenerlas en las instalaciones de trabajo.
- Ser castigadas con multas para imponerles disciplina.
- Estar sujetas a insultos, abusos, amenazas o violencia.
- Carecer de capacitación básica y de licencias profesionales.

**Las siguientes situaciones también pueden indicar que las personas han sido objeto de trata con fines de explotación laboral:**

- Se han fijado avisos en idiomas diferentes del idioma local, salvo en el caso de avisos clave como los relacionados con la salud y la seguridad, por ejemplo.
- No existen avisos relativos a la salud y la seguridad.
- El empleador o el gerente es incapaz de mostrar los documentos requeridos para emplear a trabajadores de otros países.
- El empleador o el gerente es incapaz de mostrar registros de los salarios pagados a los trabajadores.
- El equipo de salud y seguridad es de mala calidad o inexistente.
- El equipo está diseñado para ser manejado por niños, o ha sido modificado con ese fin.
- Los trabajadores deben pagar sus herramientas, alimentos o alojamiento o de que esos gastos se están deduciendo de sus salarios.

Al respecto, es importante señalar que, a nivel de los actos de investigación, es ne-

cesario recabar los indicios que correspondan, de tal manera que luego en la actividad probatoria, el Fiscal en el respectivo juicio oral pueda evidenciar la construcción del indicio razonado y pueda ser valorado y declarado por el juez de juzgamiento.

## II. La prueba ilícita y la trata de personas

Jorge Rosas Yataco define la prueba ilícita como:

“(...) aquella que se obtiene con infracción de derechos fundamentales, entendiendo por obtención aquella labor tendente a llegar a un resultado probatorio al proceso, esto es, tanto la actividad de búsqueda e investigación de la fuente de la prueba, cuanto a la labor de obtención del resultado a partir de una fuente de prueba por mecanismos que violan los derechos fundamentales; aplicación a la fuente de un método ilícito y extracción de un resultado que en sí mismo viola un derecho esencial”.<sup>200</sup>

Entonces se podrá entender que la prueba ilícita es aquella que fue obtenida, admitida o actuada con afección a los derechos fundamentales de la persona y por tanto podría ser expulsada del proceso penal.

El Tribunal Constitucional se refiere a la prueba ilícita, en el Caso Lastra Quiñones<sup>201</sup> como:

“(...) aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal (...)”

En este pronunciamiento el Tribunal deja en claro que la prueba no solo llega a ser ilícita porque al momento de crearse se da una vulneración de los derechos fundamentales sino también porque al momento de ser obtenida, por las autoridades, no se siguió la formalidad requerida.

### 2. Efectos de la prueba ilícita

Según el Tribunal Constitucional en el caso Quimper<sup>202</sup>:

<sup>200</sup> ROSAS YATACO, Jorge. *Derecho Procesal Penal*. Juristas Editores, Lima, 2009, p 7.

<sup>201</sup> STC N 02053-2003-HC/TC

<sup>202</sup> Exp. N 655-2010-HC/TC

“(...) la prueba prohibida (...) garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluida en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona , o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona (...) la admisibilidad del medio probatorio en cualquier clase de procedimiento o proceso no está únicamente supeditada a su utilidad y pertinencia, sino también a su licitud”.

En el párrafo citado se interpreta que la prueba por medio de actos ilícitos acarreará la exclusión del proceso; por tanto, no podrá ser admitida como prueba o si ya fue admitida, no podrá ser valorada para la toma de decisiones del juez.

### 3. Teoría del fruto del árbol envenenado

Según esta teoría, la regla de exclusión también se debe extender a todas las pruebas que obtuvieron mediante aquella considerada ilícita. Estas pruebas derivadas no serán admitidas ni valoradas indistintamente de su licitud ya que se considera que si la raíz está envenenada también lo estarán los frutos.

Para que el juez declare las pruebas derivadas como inadmisibles o invalores deberé encontrar relación causal entre el acto que vulnera el derecho fundamental y los actos derivados.

### 4. Excepciones

En los Acuerdos Plenarios de los Vocales Superiores de diciembre del 2004 se acordó:

- Que las excepciones a la prohibición de valorar pruebas ilícitas serían desarrolladas por la jurisprudencia.
- Que, en caso de obtención por buena fe en flagrancia, bajo control de la Fiscalía y el juez, se aceptará la valorización de la prueba.
- Que se admitirá la valorización cuando sea beneficiosa para el imputado.
- Que se valorizará la prueba para terceros.
- Que se realizará ponderación de intereses para decidir la valorización.
- Que se usará para destruir la mentira del imputado.
- Que se aceptará la valorización en el caso de confesiones extrajudiciales,

intromisiones domiciliarias y derivadas que fueron grabadas sin permiso judicial (teoría del riesgo).

En el último punto se debe guardar especial cuidado, ya que la labor de la fiscalía y la policía es llevar a cabo diligencias que buscarán reunir pruebas para dar certeza al juez de la comisión del delito por parte del acusado. Por consiguiente, estos operadores siempre deberán prever cualquier posible oportunidad que tenga la defensa para cuestionar la licitud de sus pruebas y la correcta aplicación de la teoría del riesgo. Siempre será mejor pedir los permisos judiciales para llevar a cabo las diligencias que implican la afectación de derechos fundamentales, ya que no se queda expuesto al cuestionamiento que podrían deberse hasta en maniobras para dilatar el proceso lo cual sería mucho más peligroso cuando hay implicados con prisión preventiva.

Es decir que el binomio Ministerio Público - Policía Nacional del Perú debe estar bien articulado para que ante cualquier indicio de la comisión del delito de trata de personas, se haga uso de las técnicas especiales de investigación o de los mecanismos ordinarios de investigación pero siempre desde el respeto de las normas dictadas con tal fin, ya que de no ser así, el abogado defensor que asuma la defensa de los investigados que se excluya un elemento de convicción u oponerse a la actuación de un medio de prueba bajo el argumento de que ha sido obtenido por un mecanismo irregular.

Asimismo, corresponde señalar que es importante conservar adecuadamente los elementos de convicción obtenidos en la investigación, para evitar cualquier cuestionamiento sobre los mismos, para lo cual se deberá usar los formatos correspondientes, y elaborarse la cadena de custodia para asegurar la adecuada conservación de los elementos de convicción correspondientes.

## Conclusiones

1. El informe busca aclarar que la vulnerabilidad consiste en aquellos presupuestos, factores o características que acrecientan o aumentan considerablemente el riesgo de una persona o población que puedan convertirse en víctimas potenciales de la trata de personas. Entre los factores más recurrentes que permiten que una persona, en atención a la vulnerabilidad, se pueda convertir en víctima de trata de personas, está el sexo, la edad, la falta de una condición jurídica reconocida, el aspecto económico, ausencia de oportunidades de formación, entre otros.

Después de haber realizado un estudio de los instrumentos internacionales que regulan la trata de personas, podemos advertir que no existe uno que regule adecuadamente y de manera correcta la situación de vulnerabilidad, motivo por el cual consideramos oportuno, para un mayor aporte al sistema de justicia nacional e internacional, que se regule legislativamente lo que para el derecho nacional es una situación de vulnerabilidad.

No obstante, debemos señalar que el Ministerio Público, de manera correcta, viene implementando un protocolo para las víctimas de trata de personas, identificando adecuadamente los supuestos de vulnerabilidad, así como también a las víctimas de la trata.

El tipo penal de trata de personas tiene, entre otros, como medio coactivo típico el abuso de la situación de vulnerabilidad. Esto es el aprovechamiento consciente por parte del agente de la situación de vulnerabilidad en que se encuentra la víctima. En estricto, el agente se aprovecha de la situación de desfavorabilidad en que está la víctima para la comisión del delito de trata de personas.

La norma vigente ha permitido una evidente mejora de la tipificación del delito de trata de personas, toda vez que antes de su modificación el delito estaba inmerso en el delito de proxenetismo y además solamente se regulaba las conductas que tenían una finalidad de explotación sexual, con lo cual no se permitía una adecuada y eficiente tipificación del delito de trata de personas. Sin embargo, con la modificación se amplía el abanico de conductas típicas del delito de trata de personas, lo que genera una herramienta legal más eficiente para combatir el flagelo de la trata de personas.

2. Un asunto que ha generado bastante preocupación en el debate nacional ha sido el tratamiento jurídico que se le ha brindado al consentimiento de la víctima en el delito de trata de personas. Usualmente los tratantes acuden al concepto de libre determinación de la persona para argumentar su irresponsabilidad penal señalando que las propias víctimas de manera voluntaria eligen trabajar en las condiciones de explotación sexual o laboral. No obstante, en el informe se desarrolla la idea de que en un sistema orientado a la protección de la dignidad humana como bien jurídico del delito de trata de personas, el consentimiento carece de relevancia jurídica penal. Así, no interesa si la persona decide o no aceptar las condiciones de explotación, sino la sociedad no puede permitir que un ser humano las realice, por vulnerar la dignidad inherente a él.

De esta manera, no interesa lo que la víctima –en apariencia libremente– decida, su consentimiento se torna irrelevante. En la situación de vulnerabilidad en que toda víctima de trata se encuentra, el supuesto consentimiento no es libre, sino está viciado; por esta razón, la aparente autodeterminación que ella tiene no puede ir en contra de su condición de ser humano. Los actos degradantes contra la dignidad de la persona no son tolerados por la sociedad.

3. Otro tema importante que se ha desarrollado en este documento es la invalidez de las conductas neutras en el delito de trata de personas. Una conducta es neutra cuando es practicada acorde con un oficio socialmente estereotipado en un contexto delictivo. De allí que todo obrar neutro tiene la garantía de no ser punible, aun cuando pueden coincidir fácticamente con una colaboración o favorecimiento a un delito cometido por otra persona. Por ejemplo, el taxista que sólo se limita a transportar a unos sicarios sin estar vinculado a lo que éstos harán en su destino, actúa neutralmente.

En el caso del delito de trata de personas la línea divisoria que separa una conducta neutra de un acto de colaboración con el delito es demasiado ajustada. En buena cuenta, el carácter neutro de las conductas practicadas en el ejercicio de una actividad u oficio cotidiano se excluye cuando la aportación es realizada en un contexto evidentemente delictivo. Por ejemplo, el dueño de un bar que no forma parte de una organización dedicada a la trata de personas se convierte en cómplice de este delito si permite que, durante cierto tiempo, sobre todo en las noches, sujetos extraños lleven adolescentes al bar para prostituirlas o hacer que ellas laboren como damas de compañía. Puede darse el caso que el dueño no se beneficie directamente de las ganancias generadas por la actividad de la trata, sino la organización, pero como el contexto delictivo para él es evidente, al momento de regentar el bar de manera continua, dicho contexto fundamenta para él una colaboración con la organización, que dogmáticamente da lugar a una complicidad primaria de trata de personas.

Para excluir la conducta neutra se cuenta con el siguiente fundamento: Si el actuante, al ejercer su actividad cotidiana, presta una aportación a un tercero, sabiendo que éste utilizará dicha aportación para cometer un delito, entonces la aportación deja de ser inocua o neutra para alcanzar el nivel de una participación punible. Es decir, si el actuante de un oficio cotidiano en el ejercicio de su actividad realiza una aportación que fácticamente coincide con el favorecimiento a un delito, conociendo además de una forma manifiesta la decisión del autor de cometer el delito, responderá penal-

mente como partícipe. La intervención delictiva de estas personas requiere tan sólo que ellos tengan conocimiento de que su actividad, en principio neutral, sirve como aportación o colaboración al desarrollo del delito de trata de personas.

Así, cuando se trate de una captación, por ejemplo, mediante agencias de empleo, la conducta deja de ser neutral para ser un favorecimiento directo. En los actos de transporte el conductor no podrá invocar una conducta neutra en los supuestos donde un adolescente utilice el medio de transporte, sobre todo de larga distancia, sin compañía de al menos uno de sus padres o sin un permiso notarial firmado por alguno de ellos. En general, el transportista debe evitar seguir transportando a personas respecto de las cuales sabe que su destino es la trata de personas. En la medida en que el consentimiento carece de relevancia jurídico-penal para la trata de personas, no podrían alegar un supuesto de obrar libre de la víctima. Otro supuesto es el de los distribuidores de alcohol a los bares donde se ejerce la trata de personas. Por los mismos fundamentos la venta de alcohol deja de ser neutra y se convierte en acto de complicidad cuando el agente sabe perfectamente que el producto que entrega servirá para favorecer la trata de personas.

4. En el informe también se analiza los inconvenientes que se presentan en el campo de los jueces al momento de imponer el monto por concepto de reparación civil en un proceso penal en donde el hecho, el delito y los agravados aspiraban al buen análisis que debía efectuar el operador de justicia. En los procesos penales por los delitos de trata de personas y delitos conexos (y en casi todos los procesos penales), los operadores de justicia han evidenciado un total desconocimiento de conceptos fundamentales como, por ejemplo, daño subjetivo, daño objetivo, daño emergente, lucro cesante o daño al proyecto de vida.

Para una correcta y justa imposición del monto por concepto de reparación civil es necesario que se elaboren tablas o baremos y, sobre los mismos, que se fije el criterio equitativo del juez. No es conveniente la creación de topes mínimos o máximos sólo según el buen criterio del juez.

5. Por otro lado, los administradores de justicia también presentan dificultades al momento de determinar ante qué delito nos encontramos, cuántos delitos se han cometido, entre otros. Todas estas dificultades se presentan en tanto existe una serie de inconvenientes al determinar la presencia de un concurso de delitos, en cualquiera de sus modalidades. El informe analiza los diferentes tipos de concurso de delitos con los que está vinculado

específicamente el delito de trata de personas y otorga una serie de herramientas con el fin de facilitar la investigación y enjuiciamiento de todos los implicados de la forma correcta.

Así, en la parte del informe referida al tratamiento de los problemas concursales del delito de trata de personas, se reflexiona sobre el concurso ideal, el concurso real, el concurso real retrospectivo, el concurso aparente de leyes, el delito continuado y el delito masa. Asimismo, se realiza un análisis del potencial concurso del delito de trata de personas con otros delitos, tales como coacción, favorecimiento a la prostitución, rufianismo, violación sexual, usuario - cliente, - explotación sexual comercial infantil y adolescente en el ámbito de turismo, tráfico ilícito de migrantes, trabajo forzoso y esclavitud, banda criminal/crimen organizado y lavado de activos.

Luego de analizar la regulación vigente sobre esta problemática, el informe identifica algunas modificaciones al Código Penal que podrían facilitar esta labor de los administradores de justicia. Entre dichas modificaciones se considera eliminar, para el delito de trata de personas, los dos límites máximos a la pena que están regulados en el artículo 50 del Código Penal: 35 años o el doble de la pena del delito más grave que no supere los 35 años; eliminar ciertos beneficios penitenciarios de los condenados por el delito de trata de personas (aunque recientemente la Ley N° 30838, del 4 de agosto de 2018, ya incluyó esta propuesta, declarando a su vez la imprescriptibilidad del delito de trata de personas; y eliminar la consecuencia jurídica estipulada en el artículo 49 del Código Penal referida al delito continuado para el delito de trata de personas.

6. También se analizó la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia (R.N. N° 2349-2014-Madre de Dios) que de una manera vergonzosa absolvió a una tratante de personas, no obstante haber explotado laboral y sexualmente a una adolescente en un bar como dama de compañía.

Entre los principales argumentos utilizados por la Corte Suprema destaca que el hacer de dama de compañía no agota la fuerza de una menor de 14 años de edad como trabajadora del bar, y que la tratante no tuvo la intención de explotar a la menor desde un inicio, pues solamente es posible este delito si la finalidad de explotación está presente desde el momento de la captación de la víctima.

En relación con este caso se concluye que la decisión de la Corte Suprema de Justicia evidenció una carencia de conocimientos jurídicos respecto de

los elementos del delito de trata de personas. Ciertamente, un punto desarrollado fue que las definiciones brindadas por las herramientas nacionales e internacionales son amplias, motivo por el cual no restringen, en estricto, que la explotación solamente se circunscribe a mantener actos o relaciones sexuales, con lo cual permiten que varias conductas análogas o conexas puedan ser tipificadas como explotación. Del mismo modo, también se pudo demostrar que no es necesario que se configure la explotación *per se* para que el delito quede consumado, por lo contrario, solamente es necesario que se acredite, demuestre o compruebe la finalidad de explotación del autor que puede estar presente desde la captación o recién desde el momento mismo de la explotación.

El delito de trata de personas sanciona penalmente las conductas practicadas en todo el proceso de la explotación humana. En consecuencia, no se exige, a efectos de la consumación, por ejemplo, que la víctima llegue a practicar realmente el acto sexual, ni que el autor haya tenido la finalidad de explotación desde un inicio. Es decir, no es necesario en la imputación del resultado constatar que efectivamente se haya logrado concretizar los fines propuestos por el agente al iniciar su accionar, sino que esta finalidad puede haber surgido en un momento posterior; por ejemplo, que inicialmente se haya captado a la víctima sólo para hacer trabajo inocuo, pero luego en el mismo proceso de desarrollo de esa actividad el autor dé un giro del trabajo hacia la explotación humana. Asimismo, en el caso de explotación mediante el sistema de damas de compañía no es necesario que las personas practiquen o mantengan relaciones sexuales con los clientes para la consumación del delito de trata de personas.

Es evidente que la menor sí había agotado su fuerza de trabajadora, toda vez que contando con 14 años de edad mantenía horarios de trabajo inhumanos, dentro del cual tenía que consumir licor durante horarios inflexibles y además estar expuesta y sometida a tocamientos indebidos y tratos vejatorios. Asimismo, la exposición de una menor de edad como "dama de compañía" ya demuestra una intención y finalidad de explotarla, motivo por el cual sí se configuró el delito a todas luces.

En buena cuenta, la mencionada ejecutoria suprema carece de fundamentos jurídicos válidos y además evidencia un pensamiento denigrante de la dignidad humana, por lo que debe ser desterrado de nuestro ordenamiento jurídico y de la sociedad.

7. La declaración que brinda la víctima de trata de personas dista de las que hacen las víctimas de otros delitos, pues algunas no se reconocen como

tales, e incluso pueden llegar a portarse de forma negativa con los operadores; asimismo, es importante evitar caer en la revictimización en estos casos.

Para evitar la revictimización en el delito de trata de personas debe tomarse en cuenta la oportunidad de la atención; realizar las diligencias de investigación en las que participe la víctima considerando los aspectos subjetivos que las abordan; brindar a la víctima la confianza y libertad necesaria para que pueda narrar circunstanciadamente el hecho materia de investigación; los operadores a cargo de la investigación deben empezar por librarse de paradigmas y estereotipos. Hay que considerar además el factor cultural que subyace a las víctimas del delito de trata de personas y la visión del mundo que tienen en torno de ello. Algunas veces, los tratantes resultan siendo en su visión del mundo los grandes salvadores de una situación difícil por la que atraviesan y de la que tampoco pueden escapar, es cuando entra a tallar la especial vulnerabilidad que sufren estas víctimas. Asimismo, es importante adoptar de inmediato las medidas necesarias que existen en la norma procesal para que se brinde una medida de protección acorde a las circunstancias caso por caso. Finalmente, se debe fomentar el trabajo coordinado con la Udavit.

Cuando un caso llega a juicio oral, es en esta etapa procesal en la cual corresponde condensar todo lo actuado a nivel de la investigación para plantear adecuadamente la prueba frente al juez de juzgamiento; por ello, es importante tener en cuenta el valor que tiene la declaración testimonial de la víctima en cada momento de las investigaciones. Por ejemplo, se la puede perennizar en la investigación a través de prueba anticipada; para ello, debe analizarse la forma y modo más conveniente de la recepción de la misma, de tal forma que cuando se actúe la prueba en juicio oral, se evite la revictimización de la víctima y el juez pueda recibir toda la información relevante para emitir la sentencia que corresponda.

Es importante el proceso de acompañamiento que hacen los profesionales a cargo de la investigación y de la declaración de la víctima, que debe estar orientado desde la perspectiva de la obtención del testimonio como prueba para el proceso penal, pero conciliando esta intención con el propósito de salvar a la víctima de los alcances y consecuencias del delito del que ha sido víctima.

Al momento de preparar a la víctima para rendir su declaración deben considerarse los factores que la orientaron a caer en tal condición, por formar

parte de la realidad y de su entorno, pudiendo influir en la obtención de la declaración buscada o en la información que se obtenga de la misma.

8. En el caso de delitos de trata de personas con fines de explotación laboral y sexual, la prueba indiciaria es el medio más frecuente para desvirtuar los argumentos de los acusados basados sobre todo en conductas neutrales. Con la prueba indiciaria se busca conseguir nuevas afirmaciones derivadas de las postuladas que serán analizadas por el juez según las máximas experiencias o reglas de lógica.

Es importante señalar que a nivel de los actos de investigación es necesario recabar los indicios que correspondan, de tal manera que luego en la actividad probatoria, el fiscal en el respectivo juicio oral pueda evidenciar la construcción del indicio razonado y pueda ser valorado y declarado por el juez de juzgamiento.

La labor de la fiscalía y la policía es llevar a cabo diligencias que buscarán reunir pruebas para dar certeza al juez de la comisión del delito por parte del acusado. Por tanto, estos operadores siempre deberán prever cualquier posible oportunidad que tenga la defensa para cuestionar la licitud de sus pruebas y la correcta aplicación de la teoría del riesgo. Siempre será mejor solicitar autorización judicial para llevar a cabo las diligencias que implican la afectación de derechos fundamentales y así evitar cuestionamientos que podrían manifestarse incluso en maniobras para dilatar el proceso lo cual sería mucho más peligroso cuando hay implicados con prisión preventiva.

El binomio Ministerio Público - Policía Nacional del Perú debe estar bien articulado para que ante cualquier indicio de la comisión del delito de trata de personas se haga uso de las técnicas especiales de investigación o de los mecanismos ordinarios de investigación, pero siempre desde el respeto de las normas dictadas con tal fin, ya que de no ser así el abogado defensor que asuma la defensa de los investigados solicitará la exclusión de un elemento de convicción u oponerse a la actuación de un medio de prueba bajo el argumento de que ha sido obtenido por un mecanismo inconstitucional o irregular.

Es importante conservar adecuadamente los elementos de convicción obtenidos en la investigación, a fin de evitar cualquier cuestionamiento sobre los mismos. Para ello deberá usarse los formatos correspondientes y aplicar la cadena de custodia correctamente para asegurar la adecuada conservación de los elementos de convicción correspondientes.

