



MANUAL DE CAPACITACIÓN PARA OPERADORES DE JUSTICIA DURANTE LA INVESTIGACIÓN Y EL PROCESO PENAL EN CASOS DE TRATA DE PERSONAS



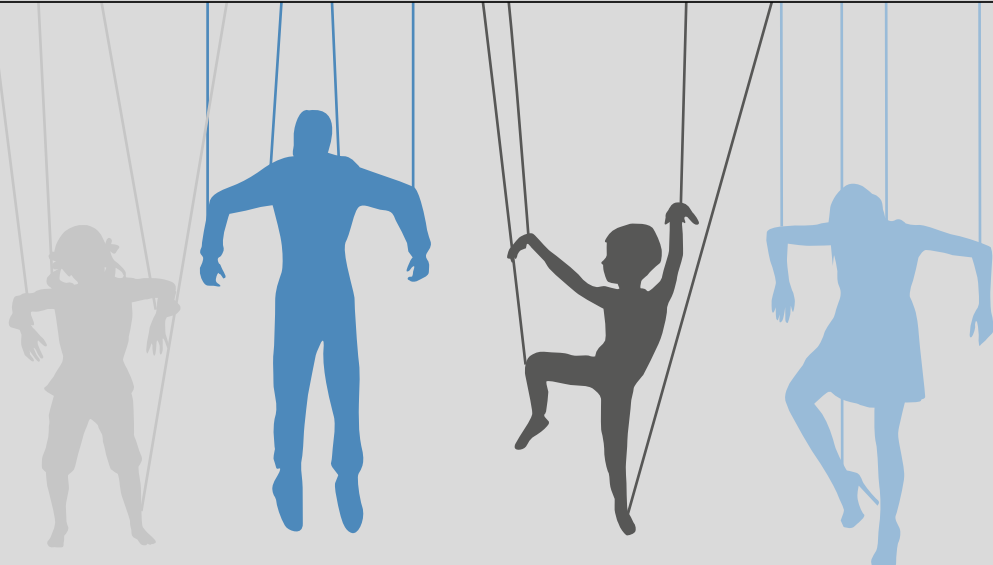
Organización Internacional para las Migraciones (OIM)
El Organismo de las Naciones Unidas para la Migración



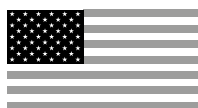
idehpucp
INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS



100 años
PUCP



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)
El Organismo de las Naciones Unidas para la Migración



idehpucp
INSTITUTO DE DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS



100 años
PUCP

MANUAL DE CAPACITACIÓN PARA OPERADORES DE JUSTICIA DURANTE LA INVESTIGACIÓN Y EL PROCESO PENAL EN CASOS DE TRATA DE PERSONAS

Las opiniones expresadas en el informe pertenecen a los autores y no necesariamente reflejan aquellas de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) o aquellas del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP). Las expresiones utilizadas y la presentación del material no implican opinión alguna por parte de la OIM o del IDEHPUCP respecto de la condición legal de un país, territorio, ciudad o área, así como de sus autoridades o fronteras.

La OIM se encuentra comprometida con el principio de que la migración humana y ordenada beneficia a los migrantes y a la sociedad en su conjunto. Como organización intergubernamental, la OIM actúa con sus socios de la comunidad internacional para ayudar a satisfacer los desafíos operativos de la migración; a promover la comprensión de los problemas relacionados con la migración; a alentar el desarrollo económico y social a través de la migración; y a sostener la dignidad humana y el bienestar de los migrantes.

Coordinación de la investigación:	Jeremy Mac Gillivray y Diana Gómez (OIM) Cristina Blanco y Cécile Blouin (IDEHPUCP)
Equipo de investigación:	Yván Montoya Vivanco, Fany Quispe, Cécile Blouin, Julio Rodríguez Vásquez, Alessandra Enrico y Tania Gómez
Corrección de estilo:	Rocío Reátegui
Diagramación e impresión:	Gráfica Columbus S. R. L. Jr. Pedro Ruiz Gallo 292, Lima 5 - Perú (51 1) 423-4433 graficolumbus@gmail.com
Edición a cargo de:	Pontificia Universidad Católica del Perú Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP) Tomás Ramsey 925, Lima 17 - Perú Teléfono: (51 1) 261-5859 Fax: (51 1) 261-3433 http://idehpucp.pucp.edu.pe/

Segunda edición: enero de 2017

Tiraje: 2000 ejemplares

Coordinadores y colaboradores de la edición 2012: Dolores Cortés y Melissa Gamarra (coordinación), autores: Yván Montoya Vivanco, Renata Bregaglio, José Alejandro Godoy, Rafael Chanjan y Fanny Quispe

Esta publicación se hizo posible gracias al apoyo brindado por el Departamento de Estado de los Estados Unidos. Las opiniones, los hallazgos y las conclusiones expresadas en este documento pertenecen a los autores y no necesariamente reflejan aquellas del Departamento de Estado de los Estados Unidos.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2016-17403

ISBN: 978-612-47133-7-8

© Organización Internacional para las Migraciones (OIM), 2012

© Organización Internacional para las Migraciones (OIM), 2017

Todos los derechos reservados. Ninguna parte de esta publicación podrá reproducirse, archivar en un sistema de búsqueda ni transmitirse de ningún modo —electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros— sin el consentimiento previo por escrito del editor.

Índice

Introducción	9
--------------	---

CAPÍTULO 1

La trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes a nivel internacional y nacional	13
---	----

1.1. La trata de personas	15
1.1.1. La trata de personas en el plano internacional	15
1.1.2. La trata de personas en América Latina	23
1.1.3. La trata de personas en el Perú	23
1.2. Panorama general del tráfico ilícito de migrantes	36
1.2.1. El tráfico ilícito de migrantes en el plano internacional	36
1.2.2. El tráfico ilícito de migrantes en América y América Latina: panorama general	43
1.2.3. El tráfico ilícito de migrantes en el Perú: panorama general	44

CAPÍTULO 2

La aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el derecho interno: especial consideración para la interpretación del delito de trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes	47
--	----

2.1. Fuentes convencionales de protección contra el delito de trata de personas	49
2.2. Relación entre el derecho internacional y el derecho interno	52
2.2.1. Incorporación de las normas internacionales a la legislación interna	52
2.2.2. Rango del tratado	54
2.2.3. Implementación del tratado: naturaleza de las normas	56
2.3. Los Convenios Internacionales de Protección frente a la Trata de Personas y otros convenios conexos como criterios interpretativos de dicho tipo penal	60
2.3.1. Interpretación del bien jurídico	60
2.3.2. Interpretación del tipo penal de trata de personas a la luz del principio de legalidad y del principio pro persona	61
2.3.3. Control de convencionalidad	64
2.4. El tráfico ilícito de migrantes a la luz del derecho internacional	65
2.4.1. El concepto de tráfico ilícito de migrantes y sus relaciones con la trata	66
2.4.2. Obligaciones de los Estados y el principio de no criminalización del migrante	68

2.5. Los enfoques que deben tomar en cuenta los operadores de justicia	70
2.5.1. Enfoque de derechos humanos	71
2.5.2. Enfoque de género	72
2.5.3. Enfoque de niñez y adolescencia	75
2.5.4. Enfoque de interculturalidad	77

CAPÍTULO 3

El delito de trata de personas: concepto e injusto penal	81
3.1. El concepto de trata de personas	83
3.1.1. El artículo 153 del Código Penal y sus diferencias con el artículo 3 del Protocolo de Palermo	87
3.1.2. La trata de personas como un delito de dominio	87
3.1.3. La trata de niños, niñas y adolescentes	88
3.1.4. Clasificación de la trata de personas	88
3.2. Otros conceptos relevantes	90
3.2.1. Tráfico ilícito de migrantes	90
3.2.2. Prostitución	92
3.2.3. Proxenetismo	93
3.2.4. Explotación de personas	95
3.2.5. Rufianismo	98
3.3. El bien jurídico protegido en el delito de trata de personas	99
3.3.1. Problemas con la libertad ambulatoria como bien jurídico protegido	99
3.3.2. ¿Pluralidad de bienes jurídicos protegidos?	100
3.3.3. La dignidad como bien jurídico protegido	101
3.4. Injusto penal	102
3.4.1. Sujeto activo	102
3.4.2. Sujeto pasivo	106
3.4.3. Conductas típicas	106
3.4.4. Medios típicos	109
3.4.5. Consentimiento	112
3.4.6. Tentativa y consumación	112
3.4.7. Dolo y finalidad de explotación	115

CAPÍTULO 4

Problemas concursales entre el delito de trata de personas y otros tipos penales	121
4.1. Teoría sobre concursos de delitos	123
4.1.1. Concurso aparente o «unidad de ley»	123

4.1.2. Concurso ideal	125
4.1.3. Concurso real	126
4.2. Problemas concursales con el favorecimiento a la prostitución	127
4.2.1. El tipo penal	127
4.2.2. El bien jurídico penal protegido	128
4.2.3. Relación concursal con el delito de trata de personas	130
4.3. Problemas concursales con el rufianismo	132
4.3.1. El tipo penal	132
4.3.2. El bien jurídico-penal protegido	133
4.3.3. Relación concursal con el delito de trata de personas	133
4.4. Problemas concursales con la violación sexual	135
4.4.1. El tipo penal	135
4.4.2. El bien jurídico protegido	135
4.4.3. Relación concursal con el delito de trata de personas	136
4.5. Problemas concursales con el delito de usuario-cliente	137
4.5.1. El tipo penal	137
4.5.2. El bien jurídico protegido	137
4.5.3. Relación concursal con el delito de trata de personas	138
4.6. Problemas concursales con la explotación sexual comercial infantil y adolescente en el ámbito del turismo	139
4.6.1. El tipo penal	139
4.6.2. El bien jurídico protegido	139
4.6.3. Relación concursal con el delito de trata de personas	139
4.7. Problemas concursales con el proxenetismo	140
4.7.1. El tipo penal	140
4.7.2. El bien jurídico protegido	141
4.7.3. Problemas concursales con el delito de trata de personas	141
4.8. Problemas concursales con modalidad de delito contra el trabajo	142
4.8.1. El tipo penal	142
4.8.2. El bien jurídico protegido	142
4.8.3. Relación concursal con el delito de trata de personas	142
4.9. Problemas concursales con el tráfico ilícito de migrantes	143
4.9.1. El tipo penal	143
4.9.2. El bien jurídico protegido	143
4.9.3. Relación concursal con el delito de trata de personas	144

4.10. Problemas concursales con la asociación ilícita para delinquir	144
4.10.1. El tipo penal	144
4.10.2. El bien jurídico protegido	145
4.10.3. Relación concursal con el delito de trata de personas	145

CAPÍTULO 5

Investigación penal del delito de trata de personas	149
--	------------

5.1. Investigación proactiva y reactiva	151
5.1.1. Investigación proactiva	151
5.1.2. Investigación reactiva	152
5.2. Diligencias de búsqueda de elementos de prueba	156
5.2.1. Allanamiento	156
5.2.2. Incautación	161
5.2.3. Aseguramiento e incautación de documentos privados	163
5.2.4. Exhibición forzosa de documentos	163
5.2.5. Clausura y vigilancia de locales	164
5.3. Técnicas especiales de investigación	164
5.4. Otros medios de prueba	166
5.4.1. La declaración de la víctima	166
5.4.2. El reconocimiento	170
5.4.3. La prueba anticipada	171
5.5. Prueba por indicios	172
5.6. Asistencia de víctimas y testigos	174
5.6.1. La víctima como sujeto de derechos	175
5.6.2. Derechos de la víctima	176
5.6.3. La información a las víctimas	177
5.6.4. La asistencia a las víctimas	178
5.6.5. Protección de víctimas y testigos	180

Bibliografía	185
---------------------	------------

Anexos	196
---------------	------------

Introducción

Hace cuatro años se publicaba la primera edición del *Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de trata de personas*. Este Manual lo han usado operadores de justicia en todo el país y constituye una herramienta de trabajo muy útil.

Desde el 2012 se han producido cambios en la legislación nacional peruana y se ha aportado nueva data a la luz de investigaciones criminológicas sobre la trata de personas en el país. Por ejemplo, el tipo penal de trata de personas fue modificado por la Ley 30251 publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 21 de octubre de 2014; igualmente, se ha aprobado la Política Nacional contra la Trata de Personas y sus Formas de Explotación —Decreto Supremo 001-2015-JUS, del 23 de enero de 2015— que busca desarrollar una serie de lineamientos técnicos para fortalecer la actuación estatal ante este fenómeno criminal. A estos avances en la lucha contra la trata de personas se debe agregar que el Ministerio del Interior aprobó el 27 de septiembre de 2013 el «Protocolo para la atención y protección de víctimas y testigos de trata de personas por parte de la Policía Nacional del Perú»; y que el 24 de enero de 2014 el Ministerio Público-Fiscalía de la Nación aprobó el «Protocolo del Ministerio Público para la atención de las víctimas del delito de trata de personas». Asimismo, en el 2016, el Estado peruano aprobó el «Protocolo intersectorial para la prevención y persecución del delito y la protección, atención y reintegración de víctimas de trata de personas», bajo el Decreto Supremo 005-2016-IN, con el objetivo de elaborar un instrumento guía para la articulación de acciones entre los sectores involucrados y responsables de la lucha contra la trata de personas. Y, recientemente, se ha aprobado el Reglamento de la Ley 28950, Ley contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes, y se ha creado la Comisión Multisectorial de naturaleza permanente contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes mediante el Decreto Supremo 001-2016-IN. En el caso de las investigaciones criminológicas se ha producido nueva data; por ejemplo, la que ha aportado el Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos, Promsex, sobre la trata de personas en el contexto de la minería ilegal de oro de Madre de Dios (Mujica 2014) y el estudio realizado por Capital Humano y Social, CHS Alternativo, sobre las rutas de la trata de personas en la Amazonía peruana (CHS Alternativo 2016).

Por ello, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEH-PUCP) han considerado importante, dentro de sus fines y objetivos institucionales, reeditar este Manual con la finalidad de actualizar la información e incluir los enfoques necesarios para la investigación, persecución, protección y asistencia en los casos de trata

de personas. Con este documento, esperamos coadyuvar para un mejor tratamiento judicial de este tipo de conductas delictivas.

Dado que siguen persistiendo dificultades a la hora de investigar y sancionar el delito, se ha visto la necesidad de fortalecer algunos contenidos presentes en la primera versión del Manual. En primer lugar, en el capítulo 1 se presentarán los datos actualizados sobre la trata en el mundo en la región y en el Perú, así como las características de esta.

El capítulo 2 abordará el marco internacional sobre trata de personas; en especial, se buscará identificar cómo se incorpora el derecho internacional en el derecho interno y cómo el operador de justicia se encuentra obligado en su labor cotidiana con las obligaciones internacionales en materia de trata de personas desde el principio de legalidad y pro persona. Además, se analizará la trata desde una violación de derechos humanos y no solamente como un delito. Este capítulo incluye también algunos aspectos sobre el tráfico ilícito de migrantes desde el derecho internacional que permitirán entender el delito, así como diferenciarlo de la trata. Finalmente, identifica y define los enfoques necesarios para la labor de los operadores de justicia.

En cuanto al capítulo 3, se ha reforzado el contenido del concepto e injusto penal. Ello se debe a que se ha identificado en las sentencias del Poder Judicial una dificultad en cuanto al bien jurídico protegido. En numerosas sentencias se consideró que el bien jurídico protegido en la trata de personas es la libertad, y eso implica que para la configuración del delito serán necesarios dos elementos: a) la concurrencia de elementos de coacción (violencia o amenaza) y b) ausencia de consentimiento. Sin embargo, este análisis contradice abiertamente lo dispuesto por las normas nacionales e internacionales respecto al «consentimiento» de las víctimas y al «abuso de una situación de vulnerabilidad». En ese sentido, la nueva edición del Manual, en especial en su capítulo 3, buscará aclarar y precisar lo relativo al bien jurídico protegido para evitar casos de impunidad. Otra dificultad reside en entender el delito como delito de proceso. Si bien el delito de trata de personas, desde la criminología, tiene el carácter de proceso, esto no significa que la captación y el transporte sean elementos necesarios para configurar este delito. En este sentido, si bien será usual que en la realidad (ámbito de la criminología) la trata de personas esté asociada a la captación y al transporte, el tipo penal (ámbito del derecho) es aplicable a supuestos en los que esto no ocurre.

Asimismo, resulta necesario analizar la tipificación realizada por el legislador penal peruano frente a la trata y otros comportamientos concurrentes. En esta edición, en el capítulo 4 se incluirá, además de los delitos de favorecimiento, la prostitución, el proxenetismo, el rufianismo, el tráfico ilícito de migrantes, la violación sexual, la explotación sexual, comercial, infantil y adolescente en el ámbito del turismo usuario-cliente, la inducción a la prostitución, el delito contra el trabajo, el tráfico ilícito de migrantes y el delito de asociación ilícita para delinquir.

El capítulo 5 cuenta con algunos contenidos adicionales en cuanto a los operativos en el marco de la investigación reactiva o a la prueba por indicios. Este capítulo aborda también al eje de asistencia y protección a la víctima desde la perspectiva penal ubicando a la víctima como sujeto de derecho.

Finalmente, es preciso mencionar que en esta edición se cuenta con un anexo de los instrumentos del derecho internacional vinculado a la trata de personas, así como con una serie de diez casos que permiten que los operadores de justicia puedan poner en práctica sus conocimientos. Adicionalmente, la Guía que acompaña al Manual constituye una herramienta de fácil y rápido uso para conocer los conceptos claves de la trata.

El documento ha sido realizado con un alto rigor académico y presentado en un lenguaje amigable para su uso, por lo cual constituye una herramienta valiosa para incidir en un mejor tratamiento de este tipo delictivo. La OIM y el IDEHPUCP agradecen al Gobierno de Canadá y al Departamento de Estado de Estados Unidos por el invalorable apoyo para realizar esta publicación y su versión actualizada. Ambas instituciones esperan que este Manual contribuya a que los agentes del sistema de justicia encargados de la investigación de la trata de personas puedan procesar con mayor precisión conceptual este tipo de crímenes que vienen siendo materia de análisis y persecución en todo el mundo y que, en el Perú, deben motivar una mejor actuación de todos los estamentos estatales.

CAPÍTULO 1

La trata de personas y
el tráfico ilícito de migrantes
a nivel internacional
y nacional

Para contar con una comprensión integral de la trata de personas, en este capítulo se presentan datos estadísticos sobre el estado de la cuestión en torno a este delito a nivel internacional y nacional. Asimismo, se señalan las etapas que comprende la comisión de este delito, el cual ha sido ampliamente estudiado por especialistas internacionales.

1.1. La trata de personas

A continuación se presentan cifras con el fin de proporcionar datos estadísticos y cualitativos que describan la situación de la trata de personas a nivel internacional, en América Latina y el Perú según sus distintas modalidades, así como en relación con el perfil de las víctimas.

1.1.1. La trata de personas en el plano internacional

a) Panorama general: cifras y estimaciones

A nivel internacional no existe un registro único de cifras sobre el delito de la trata de personas y, por ese motivo, no se puede establecer con precisión el número de víctimas. Como señala Villacampa, «[...] las cifras acerca de la mencionada realidad [la trata de personas] se basan todas en meras estimaciones por lo que resultan sistemáticamente puestas en duda» (2010: 826). No obstante, algunos datos y cifras pueden servir para contar con una idea básica sobre la envergadura del problema de la trata de personas en el mundo.

En ese sentido, según datos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), existe un estimado de 21 millones de víctimas de trabajo forzoso en el mundo, en el que se incluyen los casos de trata con fines de explotación sexual o laboral (OIT 2010).¹ Según la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, por sus siglas en inglés), el estimado del número de víctimas de trata es de 2,5 millones de personas (2012a). Este estimado, según el Departamento de Estado de Estados Unidos (2015), es mucho mayor que la cifra de víctimas identificadas en el mundo (44 462 personas) en el 2014. Este resultado puede explicarse por el altísimo nivel de impunidad que hay en torno al crimen de trata de personas en el mundo debido al temor y a la imposibilidad de las víctimas de denunciar el delito y a lo lucrativo de la actividad. Según el Departamento de Estado de

¹ Tomando en cuenta la definición de trabajo forzoso contenida en el Convenio 29 de la OIT y que se analiza en los capítulos siguientes, es importante señalar que, según la OIT, los casos de trata de personas se convierten en casos de trabajo forzoso en todas sus finalidades; menos en la de extracción de órganos. Al contrario, no todos los casos de trabajo forzoso son consecuencia de la trata de personas, ya que —según los instrumentos internacionales— no son necesarios los elementos presentes en el delito de trata de personas para que se configure el trabajo forzoso (OIT 2009: 5).

Estados Unidos, en el 2014, los fiscales solo recibieron 10 051 casos criminales contra los tratantes en todo el mundo; y se obtuvieron solo 4442 condenas (2015: 48). Asimismo, según datos de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), las ganancias anuales generadas por el trabajo forzoso son 150 billones de dólares anualmente, con una ganancia anual por víctima que oscila entre los 3900 y 34 800 dólares (2015: 14).

b) Fines más comunes de la trata de personas

En cuanto a los fines de la trata de personas, según datos de la UNODC para el 2011 (2014a: 9), se detectan tres predominantes: explotación sexual (53 %), trabajo forzoso (40 %) y extracción de órganos (0,3 %). Estos tienen las siguientes características:

- **Explotación sexual.** Ocurre cuando la víctima se involucra en un acto sexual comercial que resulta del uso de la fuerza, de la amenaza de violencia, del fraude, de la coerción o de cualquier combinación entre estos. Entre sus formas se encuentran las actividades sexuales o eróticas remuneradas, la pornografía y los espectáculos sexuales.
- **Trabajo forzoso.** Esta forma de trata se refiere a la amenaza física, a la coerción psicológica, al abuso de un proceso legal, al engaño o a otros medios de coerción para obligar a alguien a trabajar en ámbitos tan variados como la manufactura, la limpieza, la construcción, la producción textil, el servicio doméstico y de catering, entre otros (UNODC 2014a: 8-9).
- **Extracción de órganos.** La trata de personas con el fin de extraer los órganos puede ocurrir en tres grandes categorías: en primer lugar, hay casos en los que el tratante obliga o engaña a las víctimas para que entreguen sus órganos. En segundo lugar, hay casos en los que las víctimas formal o informalmente acceden a vender un órgano y son estafadas porque no se les paga o se les paga menos que el precio acordado. En tercer lugar, está el caso de personas vulnerables, a quienes se les trata por una dolencia —la que puede o no existir— y acto seguido se les extirpan órganos sin su conocimiento (UN.GIFT.HUB s. a.).

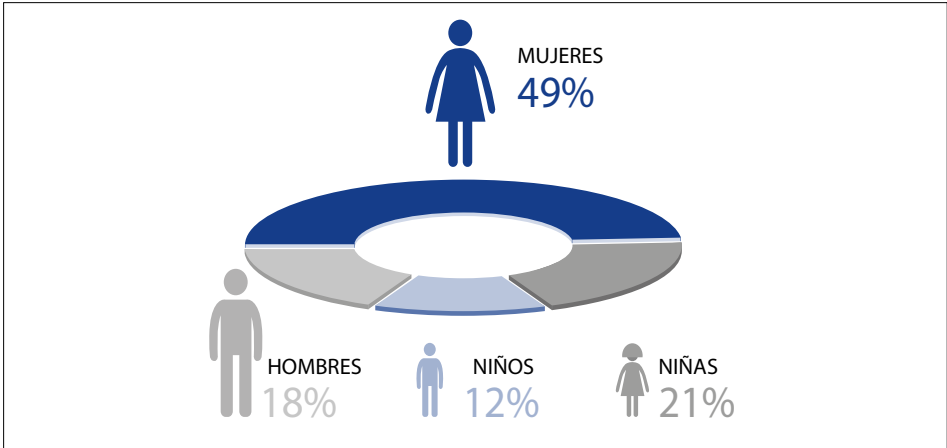
Aparte de estas tres formas de trata, se han identificado otros diez tipos. Estos tipos consisten en una explotación mixta de trabajo forzado y explotación sexual, en cometer un crimen, en mendigar, en participar en actos de pornografía (incluida la pornografía que circula por Internet), en matrimonios forzados, en fraude en prestaciones, en venta de bebés, en adopción ilegal, en participar en combates armados y en rituales (UNODC 2014a: 34).

c) Perfil de las víctimas: edad y género

Como se puede ver en el Gráfico 1.1, aproximadamente la mitad (49 %) de todas las víctimas detectadas son mujeres adultas. Asimismo, la trata de menores de edad está creciendo

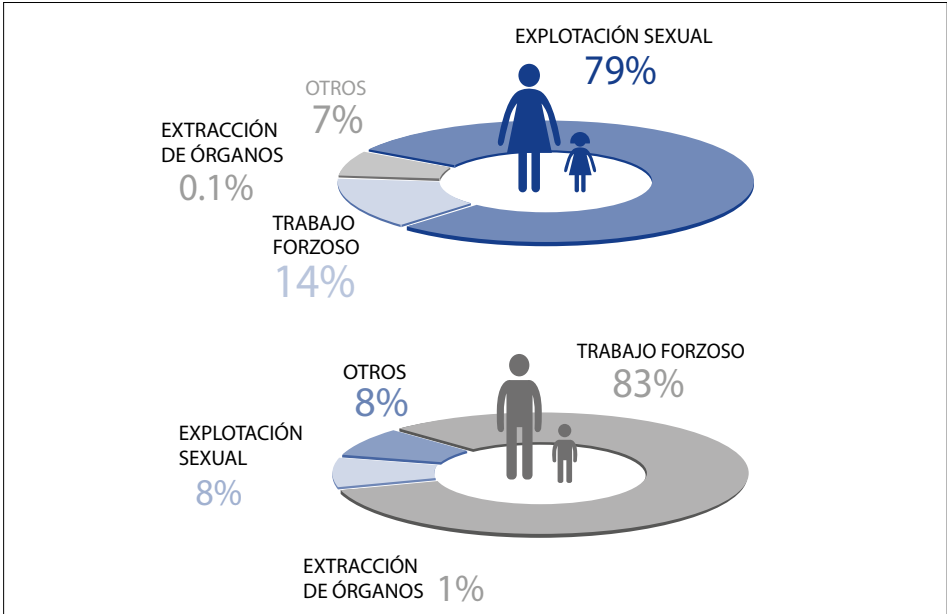
globalmente. Los niños y las niñas comprenden casi un tercio (21 %) de las víctimas detectadas, de las cuales de cada tres víctimas dos son niñas y uno es niño (UNODC 2014b: 5). De esta forma se confirma el número elevado de mujeres y de menores de edad, así como lo vulnerables que son en lo que respecta a la trata de personas a nivel mundial.

GRÁFICO 1.1 Porcentajes de víctimas de trata de personas según edad y género, 2011



Fuente: UNODC (2014b: 5). Traducción propia.

GRÁFICO 1.2 Formas de explotación entre víctimas hombres y mujeres (2010-2012 o más reciente)



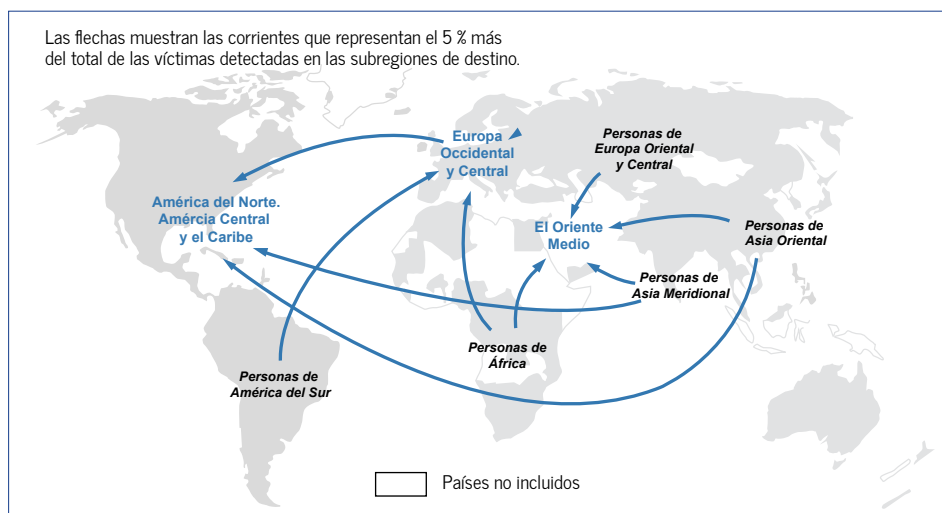
Fuente: UNODC (2014b: 5). Traducción propia.

d) Flujos y rutas internacionales de la trata de personas

Es crucial entender que la trata de personas es un delito que adquiere dinámicas nacionales, regionales y transregionales. Según la UNODC, afecta a prácticamente todos los países de todas las regiones del mundo. Entre el 2010 y el 2012 se identificaron víctimas de 152 nacionalidades diferentes en 124 países de todo el mundo (UNODC 2014b: 7). En el 2015, la OIM reportó haber socorrido a 7000 víctimas de trata en 115 países (OIM 2015). Para entender estos flujos mundiales, es importante notar que están dominados más por bolsones de disparidad económica que por límites geográficos claros en los que las víctimas son movilizadas de áreas más pobres hacia áreas más ricas entre los países, las regiones o alrededor del mundo (UNODC 2014b: 48).

A continuación se describen las características de los países de origen, tránsito y destino que componen las rutas. Los países de origen son aquellos en donde los tratantes encuentran y reclutan a las víctimas para sus operaciones. Estas son movidas por medio de países de tránsito o intermediarios, usualmente por extensos periodos durante los cuales las víctimas son forzadas al trabajo o al comercio sexual. Estos países de tránsito son escogidos por su posición geográfica y se caracterizan por tener controles de frontera precarios, la proximidad a países de destino, la corrupción en funcionarios de migración o la afiliación a grupos de crimen organizado que están involucrados en trata de personas (Nikolic-Ristanovic 2004: 161). Finalmente, los países de destino que reciben a las víctimas se caracterizan por ser más prósperos económicamente que los países de origen. Estos pueden sostener una industria de comercio sexual o de trabajo forzado, y el retorno financiero por víctima es más alto dentro de sus fronteras (STOPVAW 2015). De esta forma se puede indicar que existe una correlación fuerte entre la riqueza del país de destino (PIB) y la proporción de las víctimas de trata trasladadas allí desde otras regiones (UNODC 2014b: 48). Como se observa en el Gráfico 1.3, la mayoría de los centros de recepción de víctimas son zonas relacionadas con países que tienen mayores ingresos; como América del Norte, Europa Occidental y Central y el Oriente Medio. No obstante, como indica UNODC, esto no significa que no haya trata de personas en países de menores ingresos. Existe un flujo importante de personas en condiciones de trata entre los países que no pertenecen al «Norte global».

GRÁFICO 1.3 Principales zonas de destino de las corrientes de trata transregionales (en azul) y orígenes principales (2010-2012)



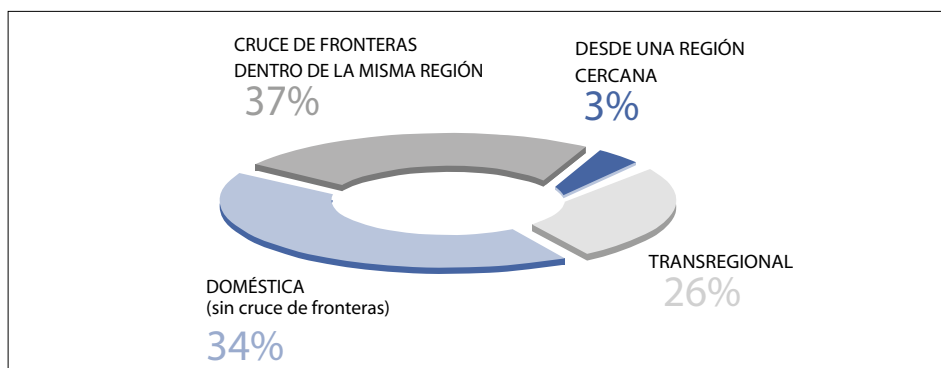
Fuente: UNODC (2014b: 7).

Por otro lado, la mayoría de las rutas de trata de personas son intrarregionales (dentro de la misma región; por ejemplo, América Latina) o internas (dentro del mismo país). Como se puede observar en el Gráfico 1.4, la UNODC constató que el 34 % de las víctimas identificadas entre el 2010 y el 2012 no salieron de sus países de origen. Estos datos nos permiten afirmar que la trata de personas se da en muchos casos en un ámbito nacional. Adicionalmente, es posible evidenciar que en el contexto de la trata de personas interna existe lo que denominamos «trata local», en la que el desplazamiento de la víctima se da dentro de su propia localidad o dentro de una ciudad con una vasta extensión geográfica como Lima. De esta forma, podemos afirmar que la distancia geográfica que la víctima pueda recorrer en la etapa de traslado no es relevante para identificar este fenómeno criminal como trata de personas.²

Asimismo, estas rutas internas parten de ciertas dimensiones del desarrollo en cada país que posibilitan la trata de personas dentro de sus fronteras. La pobreza es uno de los principales factores de riesgo asociados a este delito. Cuando este se combina con otros factores como limitadas oportunidades económicas y educativas, un Gobierno precario, un Estado de derecho debilitado por un conflicto y desastres naturales, las condiciones en un país se vuelven propicias para las prácticas de explotación de los tratantes de personas (STOPVAW 2015). En estos países, el alcance geográfico del delito está usualmente limitado a dinámicas nacionales o subregionales (UNODC 2014b: 48), lo cual se puede asociar a la menor preparación, gasto y organización que este tipo de delito requiere (UNODC 2014b: 41).

² Un ejemplo que clarifica lo anterior es el hecho materia de la sentencia del 17 de febrero de 2011, emitida por la Tercera Sala Superior de La Libertad (Expediente 4385-2009), vinculado con una adolescente víctima de trata que es originaria del distrito de Chao-Virú y que fue trasladada a la ciudad de Trujillo, dentro del departamento de La Libertad.

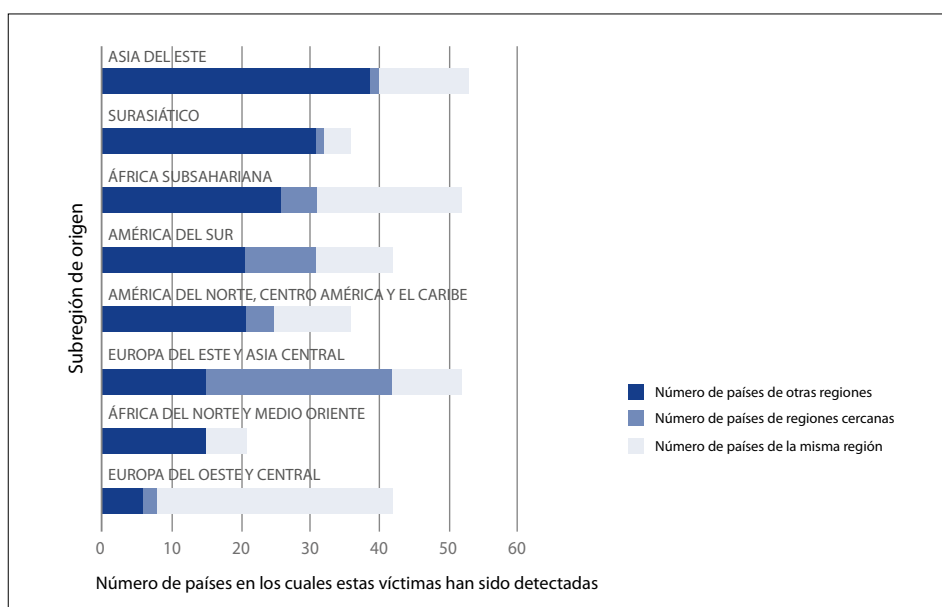
GRÁFICO 1.4 Desglose de rutas de trata de personas según el alcance geográfico, 2010-2012 (o más reciente)



Fuente: UNODC (2014b: 38). Traducción propia.

En cuanto a una descripción sobre las dinámicas mundiales de traslado de víctimas, se obtiene información de ciertos patrones transregionales y mundiales de UNODC (2014b: 41), la cual se observa en el Gráfico 1.5. A excepción de Oriente Medio, las otras regiones y subregiones (Europa del Este, Asia Central, Asia del Sur, Asia Oriental y el Pacífico, América del Sur y África Subsahariana) difícilmente reportan trata transregional, ya que el 95 % de los casos son casos de trata intrarregional o interna.

GRÁFICO 1.5 Difusión de las rutas de trata de personas entre y fuera de las subregiones de origen (número de países en donde los ciudadanos de otros países en las siguientes regiones fueron detectados), 2010-2012 (o más reciente)



Fuente: UNODC (2014b: 41).

e) Actores involucrados

Los actores activos de este delito son aquellos que intervienen directa o indirectamente en la creación, promoción y colaboración de dicha actividad ilícita. Por su naturaleza, puede tratarse de personas conocidas (familiares o parientes) o no conocidas de la víctima, hombres o mujeres, nacionales o extranjeros.

Asimismo, se pueden clasificar a los diferentes actores según su participación en alguna de las acciones de la trata de personas:

- Respecto de los actores que participan en la etapa de captación de la víctima, podemos mencionar a los usuarios de medios de comunicación escrita, radial y virtual (Internet); agencias de empleo, turismo, entretenimiento y modelaje; y propietarios y gerentes de bares, *night clubs*, discotecas, salones de masajes, burdeles, moteles y viviendas en general (CHS Alternativo 2010a: 22).
- En cuanto a la actividad de traslado o transporte de la víctima de trata de personas, se han reconocido generalmente a los siguientes agentes: conductores de taxis, carretillas (*rickshaws*), mototaxis y camiones; profesionales jurídicos;³ y funcionarios públicos (OIM 2007: 33).⁴
- En cuanto a los actores que participan como agentes de acogida o recepción, se ha reconocido a propietarios y gerentes de bares, clubes nocturnos, burdeles, hoteles y demás locales, así como a clientes de servicios sexuales y proxenetas, como actores más destacados en la etapa de explotación de la trata de personas.

Es importante resaltar el especial papel que juegan las organizaciones criminales como actores de la trata de personas. Como se señaló anteriormente, a nivel internacional, este delito se ha convertido en una fuente de ingresos importante para las organizaciones destinadas a cometer delitos diversos como el narcotráfico y el tráfico de armas. A diferencia del tráfico de armas y drogas (OIM 2007: 31), el comercio de personas con fines de explotación tiene un costo bastante bajo debido a la falta de una respuesta fuerte desde la justicia criminal (UNODC 2014b: 1). La UNODC reconoció a la trata de personas como la conducta delictiva de más rápido crecimiento en el crimen organizado en virtud a la cantidad de personas involucradas, a la escala de las ganancias que se generan y a las múltiples formas que asume (UNODC 2014b: 19). Se diferencia de la trata llevada a cabo por redes familiares y locales en las que la actividad delictiva la llevan a cabo una o dos personas e involucra normalmente a un número reducido de víctimas (UNODC 2014b: 43).

³ Estos se encargan de coordinar la elaboración de documentos falsos para permitir la salida de la víctima al exterior del país de origen. Véase OIM (2007: 33).

⁴ Estos coordinan el suministro de certificados de nacimiento y otros documentos falsos para coordinar cruces de fronteras ilegales y mantener en impunidad a los propietarios de locales donde se práctica la trata.

Además, como señala Toro, las organizaciones dedicadas a la trata de personas están integradas por miembros que tienen un conocimiento especializado en diversas áreas: poder de convencimiento, fluidez verbal para enganchar a las mujeres, un grupo especializado que se dedica al trámite de la documentación que se requiere para viajar al exterior (visas, cédulas falsas, cartas de presentación, pasaportes, etcétera), un grupo que entrena a las víctimas en las respuestas que deben proporcionar a las autoridades de inmigración del país de destino y así evitar que las deporten; y, finalmente, un grupo conformado por familias, amigos o comerciantes que se encuentran en el exterior encargados de recibir a dichas personas (2009: 188).

Por su parte, la OIM ha destacado que:

[...] son más importantes las grandes empresas y las redes internacionales que crean una industria sofisticada y bien organizada con respaldo político y recursos económicos en los países de origen, tránsito y destino. Cuando las redes criminales controlan toda la cadena desde el reclutamiento, el transporte, hasta la situación de destino, las influencias sobre la víctima es muy fuerte y la coacción y la explotación es muy grave. (2007: 31)

Con relación a la trata de personas internacional, se ha planteado el elemento «desarraigo» como necesario para configurar el delito de trata de personas. En efecto, a nivel internacional se ha señalado que:

[...] un componente esencial del ciclo de la trata es que el traslado o transporte se hace de tal manera que lleva a colocar a la víctima en un lugar desconocido donde por lo general está aislada cultural, lingüística o físicamente, lejos de su familia, amistades y otras fuentes de protección y apoyo y donde se le niega una identidad legal o acceso a la justicia. Tal estado de desorientación aumenta la marginación de las mujeres víctimas de trata y, por tanto, aumenta el riesgo de sufrir abuso, violencia, explotación, dominación o discriminación por parte de las/los traficantes y de las/los oficiales de Estado. (OIM 2007: 28)

Asimismo, es importante aclarar que, aunque las dinámicas transregionales y regionales son importantes en la dinámica de este delito, esto no supone que toda actividad de trata de personas implique un involucramiento del crimen organizado. La trata no organizada, o conducida por individuales que actúan de forma independiente, es bastante común y supone una parte sustancial especialmente de la trata nacional.

1.1.2. La trata de personas en América Latina

América Latina es la región de la que principalmente son originarias las víctimas que son llevadas a Estados Unidos y Canadá. También es una región de tránsito para las víctimas asiáticas con destino a Estados Unidos, Canadá y Europa. Algunos de los países más ricos de la región (Brasil, Costa Rica, Chile, Argentina, Panamá y México) también sirven como países de destino (Ribando 2015). Asimismo, la trata de personas en la subregión de Sudamérica se caracteriza por consistir en su mayoría en trata doméstica o intrarregional, en la que se repite el patrón de traslado de víctimas de áreas más pobres hacia áreas más ricas (UNODC 2014b: 75). Entre los fines más comunes, según datos de UNODC (2014b: 73), se encuentran los de explotación sexual (54 %) y trabajo forzoso (41 %). Asimismo, según la misma fuente, en esta región los menores de edad representan el 31 % de las víctimas (2014b: 11).

Entre los factores que permiten explicar la situación de vulnerabilidad de las víctimas están la pobreza, la existencia de cárteles de droga, los sistemas judiciales y controles de frontera corruptos, los altos índices de violencia hacia la mujer y la población LGTBQI, la discriminación sistemática a grupos indígenas, y las oportunidades de riqueza y trabajo en Estados Unidos y Canadá. Según Walk Free Foundation (2016b), estos factores, junto a la alta movilidad tanto interna como intranacional de los ciudadanos de esta región, proveen una situación propicia para el trabajo forzado y la trata por motivos de trabajo entre las subregiones de América.

1.1.3. La trata de personas en el Perú

a) Panorama general de Perú: cifras y perfil de las víctimas

A continuación presentamos un panorama general de la situación de la trata de personas en el Perú. Según el Índice Global de Esclavitud 2016,⁵ el Perú es el tercer país con mayor tasa de víctimas de esclavitud moderna en América. Solo lo superan México y Colombia, y ocupa el puesto 18 de 167 países evaluados (Walk Free Foundation 2016a). Estos datos reflejan que, en el escenario de América Latina, el fenómeno de esclavitud moderna en el Perú asociado al fenómeno de trata de personas es alarmantemente alto.

En cuanto a los estimados del fenómeno de trata en el Perú, existen dos fuentes de registro: el Ministerio Público por medio del Observatorio de Criminalidad y la Policía Nacional

⁵ Es un estimado de la prevalencia de la esclavitud moderna en 167 países, junto a información de los pasos que cada país toma para responder al problema. Se realizaron 25 encuestas con Gallup Inc. por medio de su Sondeo Mundial; se entrevistaron a más de 42 000 encuestados en 53 idiomas. La mayoría de estimados del índice están basados en información de estas encuestas, cuyos resultados han sido extrapolados a países con un perfil de riesgo equivalente. Este índice incluye un modelo de 24 variables que afectan la vulnerabilidad a la esclavización y cubren derechos políticos y de seguridad, protección de salud y financiera, protección de los más vulnerables y conflictos. Por medio de pruebas estadísticas se identifican y agrupan estos factores a partir de su relación con la prevalencia de la esclavitud moderna (Walk Free Foundation 2016a). Véase Methodology en <http://www.globalslaveryindex.org/methodology/>.

del Perú por medio del Sistema de Registro y Estadística del Delito de Trata de Personas y Afines (RETA). Según el Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público, se han detectado 2241 casos de trata de personas de enero de 2009 a diciembre de 2014, y se han registrado 3911 víctimas (Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público del Perú 2015). Asimismo, del 2011 al 2016 el Sistema RETA ha detectado 1748 denuncias y 7075 víctimas (Policía Nacional del Perú 2016).⁶

En cuanto al perfil de estas víctimas, según el Observatorio de Criminalidad, el 79,6 % de las víctimas eran mujeres y el 50,1 % de estas se encontraban en el rango de edad de 13 a 17 años; mientras que, según el Sistema RETA, este grupo constituye el 93,76 % de las víctimas totales del 2011 al 2016 (Policía Nacional del Perú 2016). Asimismo, el Observatorio de Criminalidad ofrece más detalles sobre el perfil de las víctimas: las víctimas mujeres entre los 13 a 24 años suponen el 61,25 % de las víctimas. Asimismo, el 92,3 % de las víctimas (722) es de nacionalidad peruana y el 6,1 % de nacionalidad extranjera. Esto muestra un perfil bastante claro de las características de las víctimas: la mayoría de las víctimas de trata en el Perú son mujeres jóvenes de nacionalidad peruana. No obstante, es importante notar que estos datos solo constituirían un porcentaje de la verdadera magnitud del fenómeno. Esto se debe a varios factores; entre ellos, las dificultades que ha enfrentado el Sistema RETA-PNP en su interconexión con otros sistemas estadísticos, como el Sistema de Información Estratégica sobre Trata de Personas (SISTRA) del Ministerio Público, que permitan hacer seguimiento de las denuncias; y, finalmente, las pocas denuncias que se reciben (Meuwisen 2014: 14).

Según el Gráfico 1.6, en cuanto a los fines más comunes en el Perú, la explotación sexual supone un poco menos de la mitad de casos (41,6 %); la explotación laboral supone el 14,5 %; y 31,5 % están aún en investigación. Esto reflejaría las dificultades que enfrenta el Estado para procesar los casos hallados. La modalidad de captación más común se da a través del ofrecimiento de puestos de trabajo (48,9 %); mientras que el ofrecimiento de apoyo económico por parte del presunto autor a las víctimas o a sus familiares para su alimentación, estudios u otras necesidades básicas representa el 3,9 %. En cuanto a los fines de la trata, el 34,9 % de las víctimas fueron objeto de explotación sexual, lo cual incluye brindar servicios sexuales en prostíbulos, servir de damas de compañía en bares o *night clubs*, entre otros; mientras que el 14,5 % fueron objeto de explotación laboral.

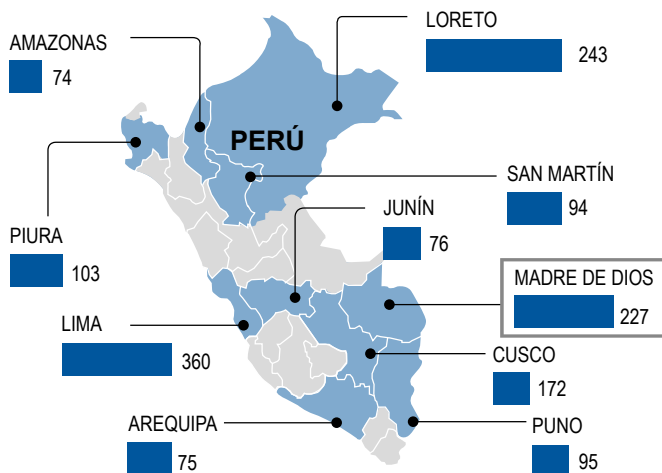
⁶ Información obtenida por medio de un pedido escrito a la Policía Nacional del Perú.

GRÁFICO 1.6 Cifras de trata de personas en el Perú

De enero del 2009 a diciembre del 2014 se han registrado **2,241 casos**.

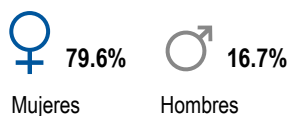
Lima, Loreto, Madre de Dios y Cusco son las regiones con más denuncias

Denuncias a nivel nacional

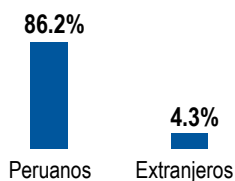


Características de las víctimas

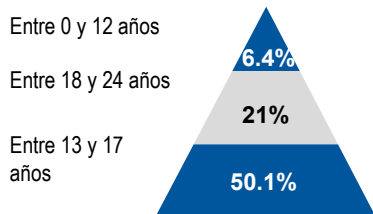
Por sexo



Por nacionalidad



Por edad



Modalidad de captación



Fines de la trata



Número de víctimas

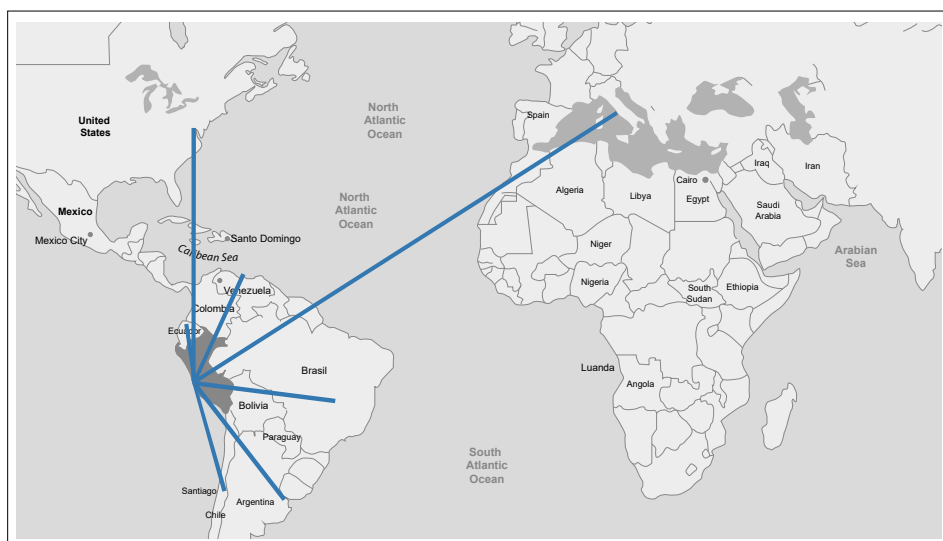
Entre el 2009 y el 2014, se registraron un total de **3,911 víctimas**

Fuente: CHS Alternativo (2015: 41).

b) Flujos y rutas de la trata

En cuanto a la información sobre las rutas internacionales que siguen las víctimas de nacionalidad peruana, el Human Trafficking Center de la Universidad de Denver brinda la siguiente información: los países que reciben a víctimas peruanas con mayor frecuencia son Brasil, Estados Unidos, Ecuador, Argentina y Chile, especialmente para fines de explotación laboral y trabajo forzado; mientras que Ecuador, Argentina y Chile reciben víctimas para fines de explotación sexual. En el caso de Venezuela e Italia no se identifican fines específicos. De esta forma, podemos indicar que las víctimas peruanas no suelen ser trasladadas fuera de la subregión de América Latina o de la región de América, sino que la mayoría de las rutas que trascienden lo nacional se concentran en el ámbito regional.

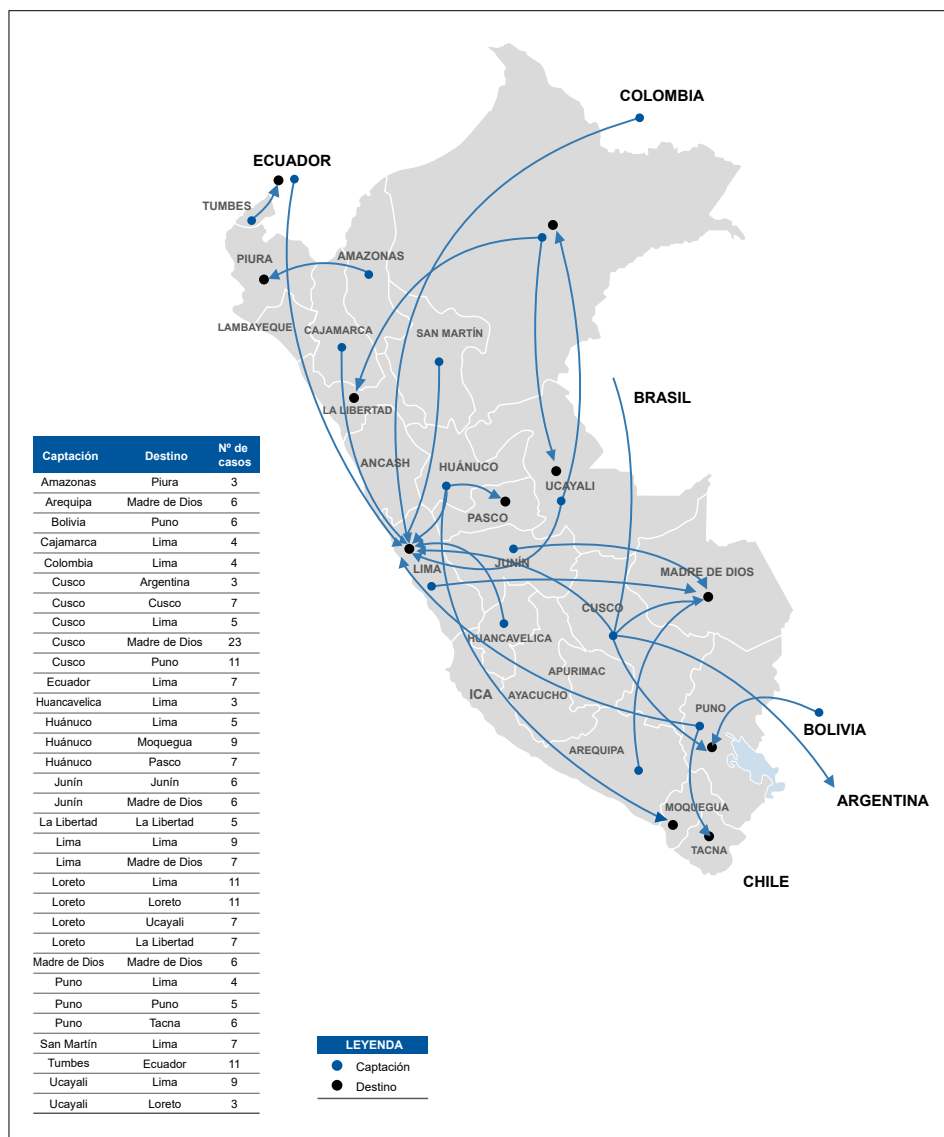
GRÁFICO 1.7 Países de destino de víctimas peruanas de trata de personas



Fuente: Kaplan y otros (2015).

En cuanto a las rutas internas de la trata en el Perú, se detectan múltiples rutas y una alta movilidad del delito, ya que no existe región en el país que no haya registrado casos de trata (CHS Alternativo 2015: 42). La mayoría de víctimas detectadas en el 2015 se concentran en Lima y el Callao (49,8 %); mientras que el 10,3 % se encontraron en Loreto, 8,2 % en Madre de Dios y 4,7 %, en Cusco (Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público 2015). Como se puede observar en el Gráfico 1.8, proporcionado por CHS Alternativo, la mayor cantidad de casos encontrados siguieron las siguientes rutas de captación y destino: Cusco-Madre de Dios (27), Cusco-Puno (11), Loreto-Lima (11), Loreto-Loreto (11), Tumbes-Ecuador (11), Huánuco-Moquegua (9), Lima-Lima (9) y Ucayali-Lima (9). Asimismo, los destinos más frecuentes son Lima (es el destino en 68 casos) y Madre de Dios (es el destino en 52 casos).

GRÁFICO 1.8 Mapa de las principales rutas detectadas en el Perú en el periodo 2004-2015



Fuente: Kaplan y otros (2015).

c) Proceso de la trata nacional: el proceso del delito

A continuación se presenta una descripción del proceso del delito de trata de personas a nivel nacional, la que se complementa con las tendencias conocidas a partir de investigaciones recientes.

■ Factores estructurales

En el Perú, la trata de personas es un delito cuya existencia se explica a partir de ciertos factores estructurales o profundos que crean un ambiente propicio para su libre desenvolvimiento. Entre ellos, un primer factor crucial es la pobreza; especialmente en contextos urbanos en donde se da un contacto entre una sociedad jerárquica y con una división del trabajo compleja y una comunidad relativamente igualitaria y pobre de donde suelen provenir las víctimas (esto es especialmente cierto para el caso de las víctimas de la Amazonía). Esta situación pone a una importante cantidad de jóvenes en estado de frustración, pues estos se ven influidos por el consumismo y el estilo de vida que impera en los contextos urbanos y aspiran a tener ese mismo estilo de vida. Es así que la mayoría de las víctimas detectadas por la Defensoría del Pueblo eran mujeres menores de edad que provenían de zonas de escasos recursos económicos, que no habían concluido la educación escolar y que contaban con pocas posibilidades de empleo (Novak y Namihas 2005; CHS Alternativo 2015; Defensoría del Pueblo 2013), lo cual las convertía en un grupo vulnerable para la trata de personas.

Por otro lado, el factor político institucional es también importante para entender este delito. La trata de personas en el Perú se cobija y desarrolla en ambientes caracterizados por la débil presencia o ausencia del Estado, ausencia de instrumentos legales, corrupción e informalidad en la regulación del trabajo, ya que necesita una cadena de acciones y una permanencia en el tiempo que sea tolerada o inalcanzable por los actores estatales. Esto se refleja, entre otros hechos, en el bajísimo presupuesto estatal asignado a la Lucha contra la trata, especialmente el destinado a niveles regionales y locales; y en la existencia de una extendida economía informal o ilegal, como la alta presencia del narcotráfico (VRAEM o Loreto) o la intensa presencia de la minería ilegal o del contrabando en sectores de Madre de Dios o Puno (CHS Alternativo 2015; Novak y Namihas 2005). Meuwissen indica que estas economías informales que se basan en actividades de extracción ilegal han contribuido al problema de la trata en los últimos años. No solo se asientan servicios sexuales alrededor de los campamentos mineros, sino que los mismos trabajadores pueden ser víctimas de explotación laboral (2014: 26).

Finalmente, existen factores socioculturales que permiten y refuerzan la práctica de la trata. Entre ellos están la discriminación de género, el limitado acceso a la información y educación, la discriminación étnica, la desestructuración y la violencia familiar. Esto lleva a una situación de tolerancia social hacia el delito en la sociedad peruana. Como muestra la investigación de Doris Woolcott (s. a.), en el imaginario social se asume la trata como un problema de las decisiones voluntarias de las víctimas. Esto lleva a que se invisibilice a los otros actores involucrados (CHS Alternativo 2015; Novak y Namihas 2005). La conjunción de estos factores permite y sostiene la actividad de la trata en nuestro país.

■ Descripción del ciclo

El ciclo de la trata abarca desde la captación de una persona en el lugar de origen o su hábitat de procedencia (etapa inicial del proceso de tráfico), el traslado de la víctima hasta la acogida o la recepción de personas en el lugar de destino con la intención de explotarla, aun cuando no se haya consumado la explotación. Sin embargo, la movilización de la víctima hasta el lugar de destino puede originar el traslado a otro sitio de explotación, convirtiéndose así en lugar de tránsito para el destino final. Cabe mencionar que la fase final de recepción o acogida viene marcada por la situación de explotación de la víctima.

■ Formas de captación

Sobre la base de destacadas investigaciones al respecto (CHS Alternativo 2010a: 23; OIT 2010: 32), las modalidades criminales más importantes que se han detectado a nivel mundial, y que también se presentan en el Perú, para la captación de víctimas de trata de personas son las siguientes:

- **Promesas de trabajo falso.** Se recluta a las víctimas mediante el falso argumento de que trabajarán como bailarinas, meseras, cantineras, modelos, trabajadoras domésticas, etcétera, o se les indica que trabajarán en condiciones laborales mejores a las que efectivamente obtienen. Dicha actividad a menudo se realiza a través de agencias de empleo y modelaje. Según la Defensoría del Pueblo, esta modalidad es el mecanismo más usado para captar a las víctimas de trata (93,9 %) (2013: 89).
- **Agencias matrimoniales.** Se dedican a unir personas locales con extranjeros. Las víctimas son llevadas luego fuera del país, a lugares en donde se les explota. Dichas agencias muchas veces son promocionadas a través de Internet.
- **Padrinazgo.** Bajo un presunto consentimiento del padre o de la madre de familia, la víctima queda alejada e incomunicada de sus familiares y expuesta al maltrato y a la explotación del tratante. En el caso de la trata de personas con fines de explotación laboral en la tala ilegal de madera, se ha detectado que el «patrón-enganchador» apadrina a hijos del jefe de una comunidad indígena o a otros miembros de esta para generar un negocio familiar cuyo objeto es explotar laboralmente a las personas (Novak y Namihas 2005: 62).
- **Secuestro.** Privación de la libertad ambulatoria de la víctima a través de la violencia o la amenaza.

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito internacional, la trata de personas en el Perú, especialmente la que se lleva a cabo con el fin de explotación sexual, no implica necesariamente la existencia de grandes organizaciones criminales estables y estructuradas. Como indica Jaris Mujica, la dinámica en lugares como la Amazonía difiere mucho de los patrones observados en Europa del Este o el sudeste de Asia, ya que la trata está menos

relacionada con grandes sistemas de redes criminales o escenarios posconflicto; en dichos lugares resaltan las formas familiares y locales de explotación sexual (2011: 10). En la economía local se encuentran negocios individuales en los que se da la trata de personas. Esto se refleja en la nacionalidad de presuntos imputados; solo el 2,7 % es de nacionalidad extranjera. De forma general se podría indicar que una parte importante de la trata en el Perú se desarrolla a nivel local y nacional. De esta forma, investigaciones de campo llevadas a cabo en la selva del Perú revelan que la mayoría de los actores de la trata de personas son los propios familiares de la víctima (padres, tíos, etcétera) (Toro 2009: 183); o, incluso, sus amigos. Asimismo, esta actividad no supone necesariamente un movimiento de ingentes montos de dinero, razón por la que no se puede aseverar que la comisión de este delito genere ganancias sustanciales; sino que, en muchas ocasiones, resulta ser una actividad que estrictamente sustenta la economía familiar. Por ejemplo, el familiar de la víctima se constituye en el agente que la entrega a sus explotadores; o, en su defecto, es el propio familiar quien la explota para generar ingresos que solventen el gasto del hogar.

Según una investigación de campo realizada por Mujica en los aserraderos y puertos fluviales de Pucallpa, la trata de niñas y adolescentes en dichas zonas generalmente la llevan a cabo individuos (en su mayoría mujeres) que viven en las inmediaciones y que tienen lazos consanguíneos o cierta cercanía con la niña o adolescente explotada o con sus familias (2011: 10).

La mayor parte de las mujeres que administran bares, restaurantes o que producen alimentos para la venta de las niñas y adolescente [de los espacios descritos] son efectivamente sus madres, madrinan o tías [...] se piensa esta forma de explotación sexual como un negocio familiar, no como un centro de prostitución profesional administrado por un proxeneta-usurero [...]. (Mujica 2011: 11)

Es la «madrina» quien se encarga del cuidado y de la explotación de la víctima en los locales que aquella administra (bares, restaurantes, etcétera). Con esta actividad, genera ganancias para sí misma y para las familias que han cedido a la víctima para su explotación. En este contexto, «[...] la trata termina siendo ejercida no por secuestradores, tratantes profesionales, ni por comerciantes de personas dedicadas a tiempo completo a este negocio, sino más bien por sus propias familias» (Mujica 2011: 17).

Respecto a los locales donde se encontraron a víctimas de trata de personas, la investigación antes mencionada da cuenta de que estos pequeños negocios de venta de comidas y bebidas sirven como pantallas de protección ante las posibles incursiones policiales y de la Fiscalía. De esta manera, se justificaría la explotación de las víctimas bajo la apariencia de trabajadores regulares, es decir, como asistentes de cocina, vendedoras o meseras. Se trata, en este sentido, de una práctica de ocultamiento ante un hecho ilícito (Mujica 2011: 12).

Ahora bien, es importante señalar que estos negocios no solo tienen el objetivo de encubrir a los agentes perpetradores de la trata de personas; sino que, además, se erigen como

fuerza principal de ganancias económicas. Como lo hace ver Mujica, la explotación sexual de las víctimas solo cumple una función de complemento y atracción o promoción del negocio principal de venta de comidas y bebidas alcohólicas. Por citar solo un ejemplo, el negocio de explotación genera un promedio de 360 soles mensuales por víctima; mientras que el ingreso que se percibe por venta de alimentos oscila alrededor de los 4200 soles (Mujica 2011: 14).

En consecuencia, no solo en Pucallpa, sino también en otras zonas del territorio nacional, la trata de personas se presenta como una actividad económica precaria, desorganizada y no profesionalizada, en la cual la explotación se basa en negocios individuales o familiares. Sin embargo, no puede negarse la presencia, aunque en menor proporción en comparación con el fenómeno antes descrito, de redes criminales estables con un centro de poder monocéfalo. Estos tratantes mantendrían vínculos estrechos con sectores de la minería ilegal y el narcotráfico y operadores de justicia y autoridades corruptas. De esta forma, CHS Alternativo informa que se pueden encontrar autoridades políticas que son propietarias de locales en donde se produce la explotación sexual a gran escala, como en algunos centros poblados en Puno. En estos casos (como otros en el VRAEM) comparten con otros delincuentes el control mafioso del territorio (CHS Alternativo 2015: 54). Esta forma de crimen organizado, que supone niveles de organización, interrelación con otras modalidades de crimen e infiltración en instancias del Estado, estaría alentada por los altísimos niveles de impunidad con relación a su castigo. Según CHS Alternativo, existe una proporción de 0,0166 de casos con condena efectivas (2015: 66), lo cual le aseguraría una ejecución relativamente cómoda del delito.

■ Transporte o traslado

En relación con el transporte o traslado, recalamos que el desarraigo del lugar de origen de la víctima no es un elemento necesario para identificar el fenómeno de la trata de personas. Como da cuenta la investigación llevada a cabo por Mujica, en la mayoría de casos:

[...] las niñas y adolescentes ejercen el trabajo de cocineras o asistentes de cocina durante ciertos periodos del día, la tarde o la noche, así como los servicios sexuales. Y al mismo tiempo pueden asistir a la escuela pública o en algunos casos acompañar las tareas domésticas de sus propias casas. Esto implica que las niñas son cedidas (o transferidas) por fragmentos de tiempo de cada jornada, pero por periodos largos, así que no hay una separación clara del núcleo familiar, que sigue siendo el centro de residencia, mientras que los bares y restaurantes en los que se colabora en la dispensa de comida, alcohol y servicios sexuales, son el espacio «laboral». (2011: 16)

En este sentido, la captación de la víctima no implica su permanencia a tiempo completo en los recintos de explotación, sino una fragmentación entre el tiempo que es explotada y su vida cotidiana.

Esta modalidad de trata de personas, sin desarraigo, se observa también en los casos de tala ilegal de madera en Madre de Dios. Aquí el «patrón-enganchador» muchas veces se dirige hasta el territorio de las comunidades nativas para que, en su propio territorio o en campamentos cercanos a este, se realice la extracción de madera en condiciones de explotación (Novak y Namihas 2005: 60).

En casos de trata que sí implican desarraigo por medio del transporte de víctimas se encuentra una velada impunidad del transporte informal, mostrado en las investigaciones de las rutas de la Amazonía, en donde no hay ni registro de pasajeros ni control de autoridades estatales (CHS Alternativo 2016: 152).

■ Medios de control

Una vez contactada, trasladada, recogida o acogida la víctima, esta es mantenida bajo el control del tratante. Entre los medios de control que la OIM ha detectado en el Perú (2007: 16-17), y la experiencia comparada, se pueden señalar los siguientes:

- **Deuda o enganche.** Los gastos de transporte, obtención de documentación falsa, alojamiento y alimentación son pagados con anticipación por el tratante, de modo que la víctima está obligada a pagar dichas prestaciones con su trabajo en condiciones de explotación. Los empleadores sobrevaloran los bienes entregados y crean una situación de servidumbre por deudas (Meuwisen 2014: 18). En el caso de la trata de personas con fines de explotación en la minería aurífera y la tala ilegal de madera en Madre de Dios, el endeudamiento también está constituido por el otorgamiento de vestimenta y atención médica a las víctimas.
- **Secuestro de documentos.** Se requisita a las víctimas sus pasaportes o documentos de identidad para restringir su libertad ambulatoria y mantenerlas en el circuito de la trata de personas.
- **Aprovechamiento de adicciones.** Se genera y fomenta la adicción de las víctimas a ciertas sustancias a fin de mantenerlas bajo control y subordinación.
- **Seducción.** El tratante crea vínculos de dependencia amical y/o amorosa con la víctima para manipularla emocionalmente y explotarla.
- **Manipulación de información.** Se amenaza a la víctima con atentar contra sus familiares o seres queridos para mantenerla en el circuito de la trata de personas.
- **Violencia o amenaza (o intimidación).** Se aplica a la víctima o a un tercero relacionada con ella.

En el contexto nacional se ha identificado a la deuda o al enganche como una modalidad recurrente de sujeción especialmente en casos de trata de personas en los que el destino

final de la víctima se encuentra fuera del país. La OIM, en el 2007, señaló que un pasaporte podía costar alrededor de 6000 dólares, y que este servicio muchas veces endeuda a las personas que buscan emigrar del Perú y las hace pasibles de explotación (2007: 17).

Asimismo, en CHS Alternativo (2010a: 11) se señala que, según una investigación nacional de Bedoya Garland y Bedoya Silva-Santistevan, la modalidad de deuda o enganche también se usa en comunidades indígenas y nativas para reclutar personas que trabajarían en la tala de madera. Estas personas, que trabajan en condiciones de servidumbre, a menudo se ven impedidas de salir del campamento de trabajo al estar coactadas por los «patrones», quienes generalmente andan armados (CHS Alternativo 2010a: 11).⁷ En el caso específico de la trata de personas con fines de explotación laboral en Madre de Dios, para la actividad del lavado de oro se capta a las víctimas con falsas promesas de trabajar en concesionarias a través de «enganchadores» y luego son recibidos por los «chacales» o capataces, quienes posteriormente los entregan a sus respectivos patrones (Novak y Namihas 2005: 50). En relación con la tala ilegal, las víctimas son captadas en aserraderos de la carretera interoceánica por reclutadores, quienes las conducen por ríos hasta su destino final donde son recogidas por el «patrón-enganchador» (Novak y Namihas 2005: 62). La investigación en cuestión también da cuenta de la presencia de grupos de madereros ilegales, usualmente narcotraficantes, quienes capturan a familias enteras de indígenas y los obligan a extraer madera. Luego, cuando la familia, cansada de la explotación, reclama su salida, el «patrón» maderero, quien no puede retenerlos, obliga al jefe de familia a buscar otros grupos indígenas para capturarlos. Cuando el nuevo grupo indígena es capturado se deja salir al anterior y, de esta manera, se desarrolla un círculo criminal vicioso (Novak y Namihas 2005: 62). Según Jaris Mujica, estas lógicas en el trabajo forzoso de extracción de madera no son lógicas profesionalizadas de captación y esclavitud, sino que son más bien una continuidad extrema de las condiciones de precariedad características de ese escenario informal (centros urbanos lejanos en los que no hay presencia del Estado) (2015: 48).

En los casos de campamentos mineros ilegales, el trabajo suele verse precedido por adelantos en dinero o en especies, o por alojamiento y comida, que luego deben cubrir con contratos de trabajo a 90 días en el caso de los campamentos de la minería informal e ilegal. Según una investigación de CHS Alternativo (2016: 154), se encontraron casos de trabajo forzoso en los que muchachos que fueron a trabajar por 90 días en la extracción de madera fueron forzados a quedarse dos años más para pagar sus deudas; otros no recibieron pago alguno; y entre los ejemplos más dramáticos están los asesinatos por medio de sicarios para evitar pagarles.

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

⁷ Asimismo, el Informe de agosto de 2011 de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre las formas contemporáneas de la esclavitud dio cuenta de que, en el Perú, existe un *modus operandi* de endeudamiento a través de un adelanto de paga que genera un espiral de endeudamiento, la consiguiente manipulación de la deuda del trabajador, así como la obligación de comprar alimentos y otros productos de subsistencia a precios inflados y a crédito en la tienda del campamento. Véase Report of the Special Rapporteur on Contemporary Forms of Slavery, Including its Causes and Consequences, Gulnara Shahinian. Mission to Peru, del 15 de agosto de 2011. A/HRC/18/30/Add.2, parágrafo 36.

■ Fines de la trata de personas en el Perú

Según Meuwissen, diferentes reportes muestran que las finalidades más frecuentes de la trata de personas en el Perú son explotación sexual, explotación laboral y mendicidad (2014: 19). Respecto a la explotación sexual, se pueden identificar diferentes modalidades:

- **La explotación para que ejerza la prostitución.** Se explota a la víctima y se obtiene una ventaja económica por su prostitución.
- **Turismo sexual.** Modalidad que vincula el turismo con la industria del sexo. Se incluye en paquetes turísticos el servicio sexual de víctimas de trata de personas en Cusco, Lima y zonas de la selva peruana.
- **Pornografía.** Se explota a la víctima en la elaboración de material pornográfico tales como películas, revistas, fotos, etcétera.

Por ejemplo, Madre de Dios y Puno son las regiones con mayor concentración de adolescentes víctimas de trata de personas con fines sexuales dirigida a satisfacer la demanda de contingentes de hombre solos en la minería ilegal. Se estima que en la zona minera de Madre de Dios existen al menos 400 bares en donde se explota a menores de edad. En Puno, el número de víctimas de explotación sexual ascendería a 1500 (ECPAT PERU 2014: 22).

En cuanto a la trata de personas con fines de explotación laboral, se presentan como modalidades recurrentes de explotación las siguientes actividades (OIM 2007: 17-18):

- **Actividad agropecuaria.** A los individuos o a las familias se les traslada para que participen en actividades agrícolas diversas (cosecha de caña de azúcar, recojo de castañas, etcétera). A raíz de la gran biodiversidad y riqueza natural del país, este tipo de explotación laboral toma lugar en todas las regiones del país. A menudo, adultos y menores de edad son contratados verbalmente y llevados a trabajar en las chacras. Los contratos suelen tener una duración de algunos meses y, generalmente, cuando las víctimas llegan al lugar de destino se enteran de que el trabajo es más duro, las ganancias son pocas o nulas y no existe posibilidad de escapar (Meuwissen 2014: 21).
- **Tala ilegal de madera.** Individuos, mayoritariamente de sexo masculino, son llevados a lugares remotos —principalmente a zonas de la selva de difícil acceso— para cortar en forma ilegal árboles y madera. Un estudio de campo realizado en Madre de Dios da cuenta de que en estos casos el 90 % de las víctimas son hombres mayores de edad que provienen de comunidades campesinas de Cusco, Puno, Apurímac y Arequipa (Novak y Namihas 2005: 60).
- **Minería.** Especial mención merece la minería aurífera, la cual desde la década de 1970 ha tenido un crecimiento considerable en las zonas de la selva del Perú. Se señala que el auge de la explotación intensiva de los lavaderos de oro hallados en forma de mantos en los antiguos cauces de los ríos y el alza del precio del oro en el

mercado internacional generaron un ambiente propicio para la trata de personas, principalmente de hombres (90 %) (Novak y Namihas 2005: 43-44). Se encuentran formas diversas de trabajo forzado en las minas ilegales de los departamentos de Madre de Dios, Cusco, Puno y Arequipa (Verité 2013: 77).

- **Trabajo doméstico.** Esta modalidad de explotación es difícil de detectar, puesto que se produce en un ámbito de privacidad doméstica en el que la víctima se encuentra en situaciones de especial vulnerabilidad.

Asimismo, la actividad industrial, la mendicidad, el matrimonio servil, la comisión de delitos y el reclutamiento militar forzoso (para actividades del narcoterrorismo en la zona del VRAEM) (Meuwissen 2014: 22) se han erigido como otras finalidades de la trata de personas en el país (OIM 2007: 18-19).

SÍNTESIS

- El tipo de trata de personas que cuenta con el mayor porcentaje de casos presentados es el de trata de personas con fines de explotación sexual. A nivel nacional, el 41,6 % de la **trata se da con fines de explotación sexual**; mientras que a nivel internacional el 53 % de los casos tienen esta finalidad. No obstante, es importante preguntarse por el efecto que podría tener el subregistro (bastante alto en las dos escalas que estamos comparando) tanto en la finalidad de explotación laboral como en otras modalidades.

Tanto en el plano nacional como internacional, **la gran mayoría de víctimas de trata de personas con fines de explotación sexual son mujeres y niñas**. A escala internacional, el 49 % de las víctimas son mujeres adultas y el 21 % son personas menores de edad. El perfil es similar en el Perú, en donde el 61,25 % de víctimas son mujeres entre los 13 y 24 años. Es posible afirmar, entonces, que las mujeres y niñas en las escalas internacional y nacional conforman el grupo más propenso a ser víctima del delito de trata de personas, por lo cual es importante tener un enfoque de género y de edad para tratar la problemática de las víctimas de trata.

- En cuanto a las dinámicas de las rutas de trata, existe similitud en que tanto a nivel internacional como nacional **el porcentaje de movimientos intrarregionales o nacionales es importante**. La importancia del papel de las organizaciones criminales puede variar según las regiones y modalidades, pero se confirma que en estos dos niveles no es el único actor involucrado. En el caso del Perú, las redes familiares y locales son relevantes para explicar las dinámicas de captación, control y explotación de las víctimas. Según lo anterior, se puede indicar que para la trata nacional, en contraste con la trata intrarregional, no es tan común un nivel alto de desarraigo de la víctima.

- En cuanto a los **factores económicos e institucionales** de este delito, encontramos varias similitudes en estas dos escalas que llevan a la siguiente conclusión: la trata de personas se da por medio de un patrón de traslado de víctimas de zonas con bajos recursos económicos hacia centros con una dinámica económica activa, usualmente sin controles estatales o con presencia de corrupción que aseguran la impunidad extendida del delito. En el caso del Perú encontramos que la presencia de una economía informal relacionada con actividades extractivas supone un espacio con flujos crecientes de capital, pero sin regulación estatal sobre las condiciones de trabajo. Esto crea una situación favorable para la explotación tanto laboral como sexual alrededor de estas economías. Esto, junto a los bajos niveles de educación y oportunidades laborales, explicaría en gran medida que los jóvenes sean vulnerables a caer en estas redes; además, se debe tener en cuenta que casi a la totalidad de víctimas se les ofreció un puesto de trabajo (93,9 %). De esta forma, es crucial resaltar el papel que juegan la precariedad laboral y la economía informal en la trata de personas.
- Finalmente, los **factores socioculturales** también permiten entender la trata de personas. Para el caso peruano (pero que podría ser expresión de un patrón más extendido), las expectativas de consumo que plantea la sociedad y la necesidad de ingresos rápidos a pesar de las trabas estructurales (educación, redes de inclusión laboral) llevan a los jóvenes a aceptar contratos informales que podrían llevarlos a condiciones de explotación. La tolerancia social a este delito, junto a la discriminación y vulnerabilidad que sufren las mujeres, los niños, las niñas y la población indígena, llevarían a una consolidación del delito y a una gran dificultad para luchar contra este.

1.2. Panorama general del tráfico ilícito de migrantes

1.2.1. El tráfico ilícito de migrantes en el plano internacional

El tráfico ilícito de migrantes es un fenómeno de existencia larga que se encuentra en alza en los últimos años debido a diferentes factores asociados a la globalización económica y a los cambios sociales y políticos ocurridos en diferentes regiones del mundo. Entre los principales factores de su creciente importancia están los socioeconómicos y demográficos, que fomentan la presión global de migrar en búsqueda de un prospecto de una mejor vida en el exterior: el crecimiento de la población, la baja oferta de salarios, el alto desempleo, la marginalización económica o los bajos beneficios sociales que empujan a la emigración a países con altos niveles de vida o de alta demanda de trabajo, los factores políticos asociados a conflictos políticos o religiosos que enmarcan guerras y conflictos militares que llevan a la persecución o al exilio de ciertos grupos o individuos (Gaziarifoglu 2012: 1).

Desde 1965, el número de migrantes se ha duplicado hacia 175 millones de personas en el nuevo milenio (Bhabba 2005: 2). El número de migrantes internacionales en el mundo ha crecido en gran medida en los últimos quince años; ha pasado de 173 millones en el 2000 a 244 millones en el 2015. Asimismo, las cifras mundiales de refugiados han alcanzado el nivel más alto desde la Segunda Guerra Mundial. En el 2014 fue de 19,5 millones, y representó el 8 % de todos los migrantes internacionales según United Nations. International Migration (2015: 9).

Junto a estas problemáticas de carácter estructural y coyuntural están el incremento de controles migratorios en distintas partes del mundo y las políticas restrictivas de asilo, así como la expansión de medios de transporte intercontinentales que son aprovechados por redes transnacionales de tráfico ilegal y de los posibles migrantes (Murillo 2010: 1) y que los lleva a buscar formas ilegales de cruzar las fronteras nacionales sin cumplir con los requerimientos legales (Gaziarifoglu 2012: 1), siendo un número creciente los que optan por usar los servicios de los traficantes ilegales de migrantes para evadir el sistema de control y poniéndose en una situación de vulnerabilidad que puede llegar a situaciones de malos tratos y explotación (Bhabba 2005: 2).

Por ejemplo, la OIM ha estimado que entre el 10 y 15 % de los migrantes internacionales son indocumentados, aunque la cantidad exacta de migrantes en situación irregular sigue siendo desconocida (United Nations. International Migration 2015: 91). Se estima que el número de migrantes indocumentados en Estados Unidos es de 11,7 millones; mientras que en la Unión Europea son 1,9 a 3,8 millones (International Council of Human Rights Policy 2010: 13). De esta forma, según autores como Kyle y Koslowski, en este nuevo contexto de creciente globalización económica, la migración internacional y las prácticas delictivas transnacionales se intersectan para dar lugar a la magnitud y dinámica del fenómeno de tráfico ilegal de personas (2011: 80).

La alta demanda de migración, junto a la complejización y alta peligrosidad del tráfico ilegal, hace que los precios de este servicio suban y supongan cuantiosas ganancias. No obstante, no hay un consenso en una cifra estimada. El International Council of Human Rights Policy estima que esta actividad genera más de 10 billones de dólares al año alrededor del mundo; mientras que estimaciones de Widgren hechas en 1994 le adjudican ganancias anuales de 5 a 7 billones de dólares al negocio de trata y tráfico de personas (United Nations. International Migration 2015: 14), cifra que se puede haber disparado en los últimos años. La OIM, por su parte, comenta que las ganancias anuales son de 35 billones de dólares al año (2013). La UNODC estima que las ganancias de las dos principales rutas de tráfico (del este, norte y occidente de África a Europa, y de Sudamérica a Norteamérica) generan alrededor de 6,75 billones de dólares al año para los traficantes (2010b: 16). Esto nos indica las importantes ganancias de esta actividad ilegal, las que estarían aumentando en los últimos años debido al contexto mencionado.

Los viajes de Asia pueden costar desde unos miles de dólares hasta 10 000 dólares o más; mientras que los africanos al intentar entrar al Mediterráneo pueden pagar unos 1000 dólares y los sirios más de 2500 dólares, según datos de UNODC (The Guardian 2015).

Estos costos varían dependiendo de la distancia, del destino, del nivel de dificultad, del método de transporte y de si el migrante tiene vínculos personales con los traficantes o decide trabajar para ellos (The Guardian 2015).

Entre las modalidades de servicios de tráfico ilícito se encuentran dos tipos: el «paquete completo», modalidad en la que se paga una suma importante al inicio del viaje por diferentes servicios ofrecidos por grupos sofisticados que requieren coordinación y financiamiento para el transporte y los sobornos. El alto costo y las altas deudas contraídas pueden aumentar el riesgo de explotación, coerción o trata para obtener un pago del servicio. Por otro lado, está la modalidad «pagas mientras viajas», que es la que domina en varias partes del mundo (común en África Occidental). Según esta modalidad, el destino final no es fijo; y la velocidad y dirección del viaje dependen de los fondos disponibles de los migrantes en cada etapa de la ruta, los que se han obtenido por medio de trabajo o de ahorros (International Council of Human Rights Policy 2010: 6). Los migrantes de la primera modalidad tienen más probabilidades de quedar abandonados y de ser objeto de abusos. De hecho, la tasa de mortalidad en estos viajes es bastante alta: según la OIM, al menos 4077 migrantes murieron mientras eran transportados ilegalmente al extranjero durante nueve meses en el 2014 (El Telégrafo 2016). En contraste, los servicios completos pueden ser más rápidos y seguros y tienen una mayor garantía de éxito (UNODC s. a.). Además, es importante tomar en cuenta la necesidad de las personas de dejar el país. Independientemente de su contexto social, los refugiados al escapar de conflictos y persecuciones pueden embarcarse en una travesía peligrosa para escapar de la violencia (UNODC 2011: 40).

En cuanto a las técnicas que usan los traficantes para lograr la migración, está el paso ilegal de fronteras. Este consiste en ingresar por zonas fronterizas no controladas o por medio de puestos fronterizos habilitados tanto terrestres, aeroportuarios o fluviales, escondidos en carros, camiones, buses, trenes o contenedores. Otra técnica es el uso de documentos fraudulentos: pasaportes, carnets de identidad o visas modificados, falsificados o robados. Este tipo de técnica está usualmente asociada a la corrupción para obtener documentos o hacer uso de ellos. Es bastante costosa, especialmente para los países de la Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) que tienen altos estándares de seguridad en los documentos de viaje (OECD 2015).

En cuanto al perfil del migrante, es difícil ofrecer uno general de los migrantes traficados; ya que la información actualmente disponible es muy dispersa e incompleta, además de encontrarse en un cambio continuo debido a las tendencias globales de migración (UNODC 2010c: 7).

Según cifras de la OIM para el 2008, la vasta mayoría de migrantes alrededor del mundo son personas jóvenes. Esta mayoría incluye a una importante proporción de menores de edad. Aunque no hay figuras globales consolidadas para la pirámide de edad de los migrantes traficados, las figuras de la investigación regional confirman el hecho de que los migrantes en situación de tráfico son usualmente reclutados de la población más joven (UNODC 2011: 39) y son en su mayoría hombres. Esta es una tendencia que se puede atribuir a las expectativas que tienen para proveer a sus familias. No obstante, otros estudios indican

que el número de mujeres migrantes está creciendo últimamente, especialmente mujeres educadas que no vienen de contextos pobres (UNODC 2010c: 7).

En cuanto a la condición socioeconómica de los migrantes traficados, existe un debate acerca de la composición. Según UNODC (2011: 51), para autores como Aronowitz, las personas traficadas son las que están en mayor desventaja en sus países, tienen pobres habilidades laborales o pocas posibilidades de conseguir un empleo. Por lo general, según los patrones encontrados en países de Europa Central y del Este, y de África Occidental, son mujeres y niños que son especialmente vulnerables durante el proceso de tráfico porque se aprovechan de su debilidad (UNODC 2011: 51). Según la OIM, en Asia Central se encuentra un perfil parecido de personas (UNODC 2011: 40).

En contraposición, según UNODC (2011: 40), para Carling, los costos financieros de los medios de migración en lugares como África Subsahariana muestran que no siempre son los más pobres. Y, según la misma fuente (2011: 40), Collyer enfatiza que en muchos casos el factor que precipita la decisión de tomar el riesgo de migrar a Europa no es la pobreza absoluta, sino las condiciones de vida deterioradas relacionadas con la falta de empleo, el conflicto político o el miedo a la persecución política en su región o país de origen, entre otras circunstancias. Este autor argumenta que la falta de prospectos para la realización y la imposibilidad de cumplir las aspiraciones personales son incentivos fuertes para migrar. En UNODC (2011: 40) se señala que algunos autores argumentan que el perfil de los migrantes ha cambiado desde finales de la década de 1990. En esta misma obra (2011: 40) se indica que, en el contexto de África Occidental, De Haas apunta que personas y familias relativamente acomodadas decidían conscientemente migrar para mejorar sus condiciones de vida; especialmente, trabajadores pobres o jóvenes calificados sin un proyecto de vida en su país de origen. Según UNODC (2011: 40), esta visión es compartida por autores que han analizado tendencias de migración en otras partes del mundo, particularmente en Asia y el Medio Oriente.

Finalmente, en cuanto a la etnicidad y nacionalidad existe poca información. En UNODC (2011: 51) se señala que investigaciones de Zhang, Scharf y Thomas-Hope estudian la composición por nacionalidad de los migrantes traficados que entran a Estados Unidos, en donde muestran una gran variedad provenientes del Medio Oriente, Asia y Sudamérica. Otros estudios indican que la etnicidad del migrante traficado juega un rol crucial en determinar quién es su traficante, la forma en la que es tratado, cómo se organizan en las rutas y a qué destino puede aspirar (UNODC 2010c: 7).

En cuanto al perfil de los traficantes, la información disponible acerca de su edad, género, etnia o condición socioeconómica también es escasa. En primer lugar, es importante reconocer que los traficantes cumplen tareas variadas, ya que intervienen en los diferentes niveles para facilitar el tráfico de personas; generalmente con una división clara de tareas. Dependiendo de la ruta de tráfico, se puede detectar a los facilitadores presentados en el Cuadro 1.1.

CUADRO 1.1. Clasificación de traficantes

COORDINADORES	Son los que están a cargo de las redes y toman una responsabilidad general en las operaciones. Están bien conectados y son capaces de comunicarse con diferentes tipos de facilitadores de países de origen, tránsito y destino. Toman diferentes nombres según la región: «coyotes» en México, «cabezas de serpiente» en Asia, «burgers» en Nigeria o «in tchaga» en Niger.
RECLUTADORES	Están en un nivel más bajo. Promocionan los servicios de tráfico y establecen contacto con los potenciales migrantes. Usualmente necesitan alcanzar un número crítico de migrantes antes de negociar el transporte.
TRANSPORTISTAS Y GUÍAS	Ejecutan la parte operacional del tráfico. Están a cargo del transporte dentro del país y del cruce ilegal de las fronteras. Suelen estar en una posición que permite maltratar o explotar a las personas que están guiando; especialmente, en la parte más peligrosa del viaje. Los guías suelen ser personales locales que operan sobre distancias relativamente cortas. Pueden actuar solos o estar bien establecidos en negocios de transporte.
PROVEEDORES DE SERVICIOS	Ofrecen comida, alojamiento, vehículos o botes, así como documentos falsificados.
OBSERVADORES	Están a cargo de dirigir a los migrantes por las mejores rutas e informar sobre posibles controles de frontera.

Fuente: OECD (2015: 8).

Asimismo, se encuentra un involucramiento parcial de las actividades de estos actores con actividades comerciales legítimas como transportistas u hoteleros, y funcionarios corruptos encargados de los controles de frontera u otras regulaciones relacionadas (UNODC s. a.). Como indica el testimonio de un traficante, en un viaje de 300 migrantes, las autoridades en Italia pueden arrestar a 50 y dejar pasar a 250. Estas autoridades pueden ganar 12 800 dólares por operación y a la vez mostrar a la opinión pública que están haciendo su trabajo. El mismo testimonio indica que los oficiales corruptos —oficiales de policía, guardianes de frontera, diplomáticos— son raramente expuestos (The Guardian 2015).

En cuanto a la estructura de las operaciones y la relación con las organizaciones criminales, la vasta literatura distingue entre las estructuras organizacionales que van desde redes flexibles entre organizaciones locales hasta alianzas ocasionales entre grupos e individuos u organizaciones piramidales que atraviesan los países (OECD 2015: 6). El enfoque dominante resalta los últimos y plantea la relación de los migrantes y traficantes como una de relación de negocio en la que se ofrece un servicio por el que se paga. La estructura de esta visión, según Bhabha (2005), se plantea como una red criminal similar a una mafia, altamente estructurada transnacionalmente y estrictamente controlada, con ganancias

de millones de dólares, y que transporta a la vez humanos, armas, órganos y drogas. El Instituto Australiano de Criminología identifica diez diferentes categorías de agentes que trabajan en un solo episodio de tráfico: reclutadores, transportistas, informantes y lavadores de dinero, con financiadores en el punto más alto de la organización, enfocados en la inversión de las ganancias de la actividad y en la supervisión de tráfico. Según UNODC (2011: 51), Narli —siguiendo esta línea— planteó al tráfico de personas como una amenaza de seguridad, argumentando que coexistían con organizaciones criminales, guerrillas y terroristas (UNODC 2011: 51). Publicaciones en los Estados Unidos se refieren al incremento de la participación de las organizaciones criminales en el tráfico de personas hacia la frontera Estados Unidos-México, como el poderoso cártel Los Zeltas (The Guardian 2015) o el cártel Gulf, que controlan la región del noroeste de México que bordea a Texas y que cobran pagos para usar las rutas. Estos cárteles son conocidos por secuestrar y asesinar a los migrantes que no pagan estas tarifas.⁸

Otro grupo de estudios critica a los anteriores por tener miradas estereotipadas de los traficantes de migrantes. Algunos estudios sociológicos se alejan de la imagen tradicional del criminal mercenario y de la víctima pasiva. Estudios empíricos en China, Italia, Reino Unido y Estados Unidos muestran a los traficantes como «ciudadanos ordinarios» que provienen predominantemente de la clase trabajadora y que tienen una diversidad de ocupaciones (dueños de restaurantes, vendedores de carros, etcétera). Según UNODC (2011: 56), otras visiones académicas como las de Zhang y Herman enfatizan la relación de los miembros de la familia y las redes sociales en el proceso de tráfico de personas. Por otro lado, según la misma fuente (2011: 56), autores como Doomernik y Kyle proponen que la realidad muestra una mezcla de personas con fines altruistas y de búsqueda de ganancias. Sus estudios del 2003 y el 2004 en los Países Bajos muestran que los traficantes se identifican como servidores de los migrantes en vez de buscadores de beneficios, a pesar de las ganancias involucradas. Asimismo, los migrantes no usan la palabra «traficante» para referirse a las personas que los «ayudaron». En UNODC (2011: 56) se señala también que, según Aranowitz, la «madre de todas las cabezas de serpiente», que es un traficante importante de China, es el símbolo de la realidad dual de los migrantes traficados; ya que en Chinatown de Nueva York se le considera un santo por reunir a las familias.

Otras fuentes consideran que las redes de tráfico son redes flojas y horizontales, sin una estructura de comando clara, que trabajan de forma flexible en una base ad hoc, o pequeñas operaciones familiares que consisten en parientes o personas del mismo pueblo o clan. La mayoría de aquellos involucrados en el tráfico de personas eran individuos ordinarios que explotaban sus relaciones familiares o sociales para tomar ventaja de oportunidades emergentes (UNODC 2011: 10). Hay estudios que muestran que, en ciertos casos, los migrantes y traficantes están conectados por lazos de parentesco, amistad y etnicidad. Esto reduce los riesgos y el costo de la migración. Staring comenta que los lazos familiares no reemplazan a los lazos comerciales, sino que son complementarios (UNODC 2011: 40). De esta forma, según se señala también en UNODC (2011: 40), Van Liempt y Doomernik enfatizan en dejar de ver a los migrantes como actores pasivos sin

⁸ Véase más en <http://latinousa.org/2014/09/12/smugglers/>.

ninguna influencia en el proceso de migración, ya que las relaciones entre traficantes y migrantes son mucho más complejas. La OECD plantea que en general las organizaciones sin jerarquías transnacionales parecen predominar, pero que es usual que diferentes estructuras organizacionales y técnicas de tráfico de personas coexistan (OECD 2015: 7).

En cuanto a las rutas internacionales de tráfico de migrantes, ha primado una visión que se centra en los países de occidente. Una parte importante de flujos de migración van hacia estos países, lo que se refleja en que uno de cinco de los migrantes internacionales vive en las veinte ciudades más grandes, según datos de la OIM (2015: 4). Según estudios actuales, el tráfico de migrantes más reciente se origina en países de Asia, África, Sudamérica y Europa del Este, y se mueven a países de Europa Occidental, Australia y Norteamérica. Zhang clasifica este movimiento en cuatro rutas principales en términos de países de destino, origen y tránsito (Zhang citado por Gaziarifoglu 2012: 1); lo que confirmaría la visión de que las rutas de tráfico convergen hacia países de altos ingresos.

Rutas y flujos internacionales

1. **Ruta africana.** De África, por España, Portugal e Italia hacia Europa Occidental. También se encuentran estudios sobre la diversidad del fenómeno de tráfico de personas en el norte de África y el Medio Oriente. La frontera Egipto-Israel es un punto importante de pasaje clandestino para migrantes y solicitantes de asilo de África.
2. **Ruta de Asia Central.** De Asia por Kazakstán, Kirguistán, Uzbekistán, Tayikistán y Turkmenistán hacia Rusia. Y de Rusia por Ucrania, Eslovaquia y la República Checa hacia Europa Occidental y Norteamérica. Asimismo, la ruta de los Balcanes, con puntos de tránsito en Irán y Turquía, también juega un rol crucial.
3. **Ruta de Asia Pacífico.** El Medio Oriente, por Asia y Oceanía hacia Australia. Estos migrantes vienen de China, pero también de otros países del sur de Asia como Bangladesh, India, Myanmar y Sri Lanka. Se ha reportado el paso a islas del Pacífico para llegar otros destinos como Nueva Zelanda, Europa y Norteamérica.
4. **Ruta de Norteamérica.** Hacia los Estados Unidos, considerado el destino más deseado.

Fuente: UNODC (2011: 32).

Asimismo, el tráfico de personas hacia Europa por medio de las rutas del Mediterráneo oriental y central ha crecido significativamente en los últimos años (OECD 2015: 1).

No obstante, investigaciones recientes muestran que las rutas de tráfico de migrantes son mucho más diversas y que estas visiones occidental-céntricas (países de origen del Tercer Mundo hacia países de destino acomodados) no permiten representar la complejidad de las dinámicas de este proceso (UNODC 2011: 19). Algunos estudios recientes se enfocan en los movimientos interregionales y en los países que han sido considerados tradicionalmente lugares de tránsito. Sobre la base de las migraciones en el norte de África, UNODC (2011: 19) señala que de De Haas cuestiona la validez de la teoría del tránsito migratorio, que ignora la evidencia empírica de que los viajes pueden tomar meses o años

y que se realizan por etapas. Asimismo, una parte importante de migrantes no logran entrar a Europa y deciden quedarse en el norte de África para no regresar a sus lugares de origen que son peligrosos y pobres para ellos. UNODC (2011: 37) señala que, según Collyer, la intensificación de los controles de migración lleva a los migrantes a demorar o a cancelar sus trayectos, lo que demuestra la gran adaptabilidad de las rutas y de las organizaciones traficantes. El tiempo estimado que un migrante puede pasar en un país de tránsito antes del arribo a Europa es de quince meses en promedio (UNODC 2011: 35).

1.2.2. El tráfico ilícito de migrantes en América y América Latina: panorama general

En el contexto de pobreza, las disparidades económicas, la falta de acceso a servicios básicos y a oportunidades para una vida digna para grandes sectores de la población de América Latina, así como la presencia del principal país de destino (Estados Unidos) en esta región, son los factores principales que promueven el desarrollo de esta actividad ilegal (UNICEF y OIM 2007: 4).

Entre las dinámicas del tráfico en esta región se encuentra el punto migratorio más caliente del continente: el corredor de México hacia Estados Unidos; que, según la OIM, tiene 12,2 millones de inmigrantes al año. Se estima que poco menos de un tercio de todos los inmigrantes a los Estados Unidos es irregular, y que de estas entradas irregulares alrededor del 97 % se producen en la frontera entre México y los Estados Unidos (UNODC s. a.). México no es el único país de origen para la migración irregular hacia Estados Unidos, sino que es un país de tránsito para la migración de Sudamérica y Centroamérica (siendo los países principales Brasil, El Salvador, Guatemala y Honduras) y hasta de migrantes de Medio Oriente y Asia (BBC Mundo 2015), lo cual muestra el alcance global de esta ruta. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en un informe sobre migración en México, comentó que según datos oficiales de México, durante el 2012 este país deportó a 79 643 migrantes en situación irregular, de los cuales 77 733 provenían de Centroamérica (CIDH 2013: 32). Los grupos de delincuencia organizada que intervienen en el tráfico ilícito de migrantes en la frontera entre México y los Estados Unidos al parecer tienen su base de operaciones en gran medida en México y Centroamérica y, aparentemente, corren muy poco riesgo de detención; pues por lo común se hacen pasar ellos mismos por migrantes irregulares y son repatriados en vez de quedar detenidos (UNODC s. a.). Esta preocupación también fue recogida por la CIDH en el informe mencionado (2013: 138). Estos grupos, como respuesta a las campañas de control de frontera, desarrollan rutas alternativas y el uso de métodos más efectivos para evadir la detención. El fortalecimiento de estos controles ha tenido como resultado la sofisticación de los métodos de los traficantes y la diversificación de las rutas hacia zonas más remotas y peligrosas.

Otras rutas importantes son las de Centroamérica. Por ejemplo, el estrecho de Florida que separa a Cuba de Estados Unidos lo usan muchos cubanos. En los últimos quince años se han detectado 1154 muertes o desapariciones en intentos de salida al mar. El canal de la Mona, que separa las islas de Puerto Rico y La Española, lo usan dominicanos, cubanos y haitianos para llegar a Puerto Rico. Finalmente, la costa noroeste de Haití es el principal

punto de partida para migrantes irregulares hacia Bahamas, Islas Turcas y Caicos, o Estados Unidos (BBC Mundo 2015).

En cuanto a Latinoamérica, se detectan un decrecimiento en los flujos interregionales y un espectacular aumento de la migración hacia Estados Unidos. Los flujos de migración intrarregional —tanto regular como irregular— se mantienen sustanciales en la región andina y en menor medida en los países del Cono Sur (UNODC 2011: 28). Además, se encuentra un crecimiento importante en la última década de migración irregular de América Latina hacia Europa; especialmente, a países del sur de Europa. Esto podría deberse al empobrecimiento de la economía y a la recesión de varios países de esta subregión, junto al endurecimiento de entrega de visas a Estados Unidos después del atentado del 11 de septiembre de 2001 (UNODC 2011: 30). Sin embargo, según la OIM, los flujos de la migración irregular de América Latina y el Caribe hacia Europa tienen tendencia a disminuir desde el 2008 debido sobre todo a la disminución de los flujos desde Bolivia y Brasil, países de los cuales provenía una gran proporción de los migrantes (OIM 2015: 71).

1.2.3. El tráfico ilícito de migrantes en el Perú: panorama general

En cuanto a la migración internacional hacia el Perú, la OIM afirma que el Perú se ha vuelto un país receptor de migración laboral extranjera desde el 2010; especialmente, de profesionales de Colombia, España, Argentina, Chile y otros países (RPP 2015). No obstante, podríamos afirmar que este tipo de migración en búsqueda de trabajos altamente calificados, que requieren visas de trabajo y otros permisos, no implicarían directamente los servicios del tráfico de migrantes.

No existe mucha información sistematizada sobre migración irregular o tráfico de migrantes hacia el Perú. Tampoco existen datos oficiales sobre el número de personas en situación irregular en el país.

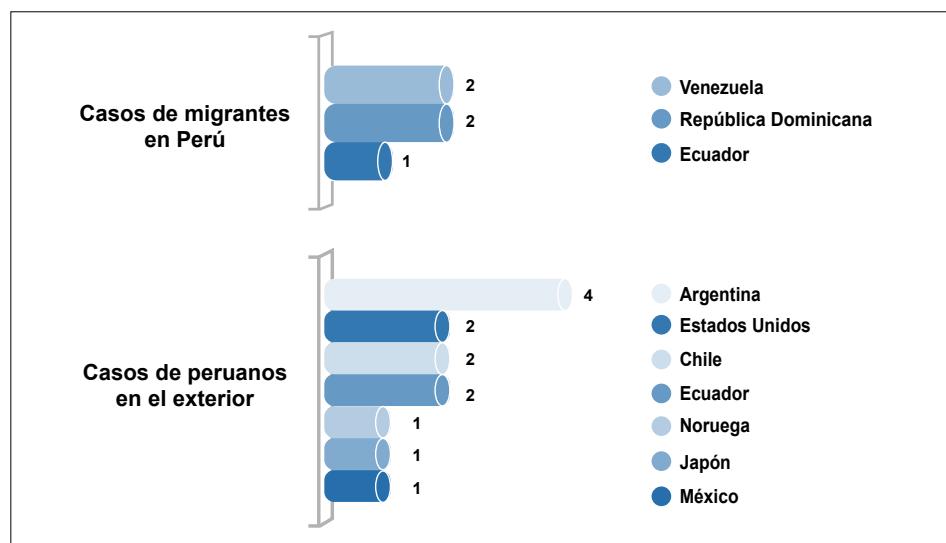
Según CHS Alternativo (2011), ciertos hechos recientes como la detención de siete ciudadanos haitianos en el 2010 que habrían ingresado al Perú vía Ecuador con la Guyana francesa, y que habrían sido estafados por traficantes de migrantes, podrían mostrar que el Perú se estaría volviendo un país de tránsito importante para las redes de tráfico ilícito de migrantes haitianos que buscan huir de un país devastado desde el terremoto del 2010, o de otras nacionalidades. Un estudio sobre esta ruta permite conocer que es una migración predominantemente masculina de haitianos que llegan al Perú provenientes de Haití o de la República Dominicana, que pueden ser jóvenes que buscan apoyar a sus familias o adultos que forman parte de un proyecto familiar; y que, a pesar de encontrar redes de «coyotes» que actúan en coordinación con funcionarios corruptos de la Policía Nacional del Perú, estas parecen funcionar sobre todo de forma localizada (Vásquez, Busse e Izaguirre 2015: 71). Noticias relacionadas con mafias que actúan en regiones fronterizas de Piura y Madre de Dios que facilitan el ingreso y traslado ilegal de extranjeros (haitianos, senegaleses y nepaleses) hacia Brasil y que cruzan el Perú como país de tránsito confirmaría esta tendencia de ruta (El Comercio 2014). Algunas fuentes estatales plantean

la relación de los migrantes irregulares encontrados en el Perú con redes criminales de minería ilegal y el contrabando de mercadería (Gestión 2014), pero no hay estudios que permitan generalizar esto.

En cuanto a la migración internacional de peruanos al extranjero, los factores que la fomentan son la incapacidad de la economía peruana para incorporar a miles de profesionales en el mercado laboral en las especialidades para las que han sido formados, así como el proceso de «desindustrialización» que agudiza la existencia de una población en situación de pobreza relativa y extrema. Estos migrantes son en su mayoría jóvenes, de procedencia social heterogénea (extracción campesina y urbana popular y sectores medios y altos en menor proporción) y con un alto grado de escolarización. Los principales problemas que enfrentan en España son la falta de documentación y de permisos de trabajo, así como el estar en una situación irregular y contenciosa (Meneses 2012: 285-290). Esto nos podría indicar que una parte importante de peruanos tendrían que recurrir al uso de servicios de tráfico ilícito para llegar a sus destinos actuales, lo cual se confirma con noticias aisladas que documentan redes de tráfico de migrantes que llevan a peruanos y colombianos hacia Estados Unidos por México (Ocala Star Banner 1990). No obstante, no hay estudios que permitan ahondar en el tema.

En cuanto a la nacionalidad de los migrantes en el Perú y de los peruanos que van al extranjero, hasta el 2012 CHS Alternativo documenta que se encuentran en el país migrantes de Venezuela, República Dominicana y Ecuador; mientras que los peruanos se encuentran en mayor medida en Argentina, Estados Unidos, Chile y Ecuador. Es crucial contar con investigaciones a escala nacional que permitan tener estimados de la cantidad de migrantes irregulares, modalidades, rutas y países de origen y destino.

GRÁFICO 1.9 Casos de tráfico ilícito de migrantes



Fuente: CHS Alternativo (2012: 13).

SÍNTESIS

- Este delito en los diferentes niveles (internacional, regional y nacional) podría explicarse en gran medida por factores económicos (empobrecimiento de niveles de vida, oferta de empleos de calidad), de globalización (difusión de expectativas y oportunidades, medios de transporte transnacionales, controles migratorios reforzados) y políticos/religiosos (contextos de represión, desorden y violencia en los países de origen). De esta forma, la motivación por buscar mejores condiciones de vida en contextos adversos es central para entender este fenómeno.
- Existen problemas para identificar, describir y estimar los efectos de este delito tanto a nivel internacional como local, ya que es un fenómeno muy variante y de gran adaptabilidad hacia los cambios institucionales de control de fronteras. Esto se ve claramente en el caso del tráfico de migrantes en la frontera entre México y Estados Unidos, en donde los fortalecimientos en los controles migratorios han fomentado la búsqueda de rutas más remotas y peligrosas por parte de los traficantes.
- La relación entre los migrantes y los traficantes parece ser bastante diversa y compleja. Los perfiles de los migrantes no siempre coinciden con hombres jóvenes de bajos recursos, y el perfil de los traficantes no es en todos los casos el de agentes relacionados con organizaciones criminales jerárquicas y transnacionales. Es crucial tomar en cuenta las especificidades de esta relación en cada contexto.
- En el Perú existen indicios que nos permitirían afirmar que la constitución del país como un lugar de tránsito hacia Brasil u otros y como país de origen hacia Estados Unidos y al sur de Europa es bastante probable. No obstante, se necesitan más estudios que permitan confirmar estas tendencias.

CAPÍTULO 2

La aplicación de los instrumentos
internacionales de derechos
humanos en el derecho interno:
especial consideración para
la interpretación del delito
de trata de personas y
el tráfico ilícito de migrantes

La repercusión transfronteriza del delito de trata de personas ha dado lugar a que diversos actores, como Estados y organizaciones internacionales, incluyan este tema como prioritario en la agenda internacional. Es así que en el 2000 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración del Milenio. En este texto, los Estados decidieron intensificar la lucha contra la delincuencia transnacional en todas sus dimensiones; incluidos la trata, el contrabando de seres humanos y el blanqueo de dinero. Más recientemente, en la Agenda 2030 para el Desarrollo, los Estados se han trazado como meta «Eliminar todas las formas de violencia contra todas las mujeres y las niñas en los ámbitos público y privado, incluidas la trata y la explotación sexual y otros tipos de explotación».¹ Adicionalmente, se creó el Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatir la trata de personas. Este Plan incorporó medidas de prevención, protección y asistencia a víctimas. Sumado a ello, planteó medidas de enjuiciamiento y refuerzo de las alianzas para perseguir a los perpetradores de este delito.²

Como consecuencia de ello y de forma paralela, diversos instrumentos internacionales han intentado, por un lado, brindar definiciones y alcances para combatir este fenómeno; por otro lado, establecer las consecuencias y sanciones que se derivan de este; y, finalmente, proponer un marco de protección de las víctimas. Además de los tratados, es importante señalar otros hitos importantes en la lucha contra la trata de personas.

En este segundo capítulo se analizan los instrumentos internacionales que regulan dicha materia, con particular énfasis en los tratados como fuente principal del derecho internacional. Específicamente, se abordan las obligaciones derivadas de aquellos que desarrollan los alcances del fenómeno de trata de personas y sus consecuencias. Luego se analizan las relaciones entre el derecho internacional e interno. En otro punto se aborda el delito de tráfico ilícito de migrantes desde la óptica del derecho internacional; es decir, cómo ha sido desarrollado a través del Protocolo sobre Tráfico Ilícito de Migrantes por Aire, Mar y Tierra. Finalmente, se presentan los distintos enfoques que deben aplicarse en la labor judicial; como el de derechos humanos, género e interculturalidad.

2.1. Fuentes convencionales de protección contra el delito de trata de personas

Para efectos metodológicos, es fundamental señalar, de manera general, qué es un tratado y qué instrumento internacional regula el derecho de los tratados. Así, Carillo

¹ La Declaración del Milenio fue adoptada por Resolución de la Asamblea General en el 2000. Véase <http://www.un.org/spanish/milenio/ares552.pdf>. Los Objetivos del Desarrollo Sostenible fueron adoptados en la Cumbre de Desarrollo Sostenible por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015. Véase la página web de los Objetivos del Desarrollo Sostenible.

² El Plan de Acción Mundial fue adoptado por la Asamblea General en el 2010. Véase https://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/policy_and_research/un/64/a-res-64-293_S.pdf.

define un tratado «como un acuerdo de voluntades alcanzado por dos o más sujetos de derecho internacional destinado a producir efectos jurídicos entre las partes» (1991: 103). El principal instrumento es la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, la cual «codificó las disposiciones generales de los tratados existentes hasta ese momento» (Salmón 2014: 190), es decir, las normas consuetudinarias ya existentes. Conviene acotar que esta Convención tiene como objeto regular aquellos tratados celebrados exclusivamente entre Estados.

Existen una serie de tratados que regulan la trata de personas y las violaciones de derechos humanos conexas a la trata de personas (Anexo 1). Sin embargo, es 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 (Protocolo de Palermo) el que define la trata de personas como delito. Si bien esta definición ha marcado un punto de quiebre importante dada la complejidad del delito, la redacción de las disposiciones contenidas en este Protocolo es extensa y puede resultar ambigua en algunos ámbitos. Es por ello que otros tratados internacionales sirven de apoyo para interpretar adecuadamente el Protocolo, pues han contribuido a regular, definir y precisar algunos de sus conceptos. En consecuencia, la interpretación de este debe hacerse de manera conjunta con los demás instrumentos internacionales que regulan la trata y en especial con los instrumentos que definen varias finalidades de la trata de personas (véase el artículo 3 del Protocolo de Palermo sobre trata de personas). Además, el operador de justicia siempre debe optar por la comprensión más protectora del delito y, por ello, los instrumentos internacionales del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) deben guiar su labor (véanse los instrumentos en el Anexo 1).

Artículo 3 del Protocolo de Palermo sobre Trata de Personas (ratificado por el Perú el 23 de enero de 2002. Entrada en vigor: 25 de diciembre de 2003)

¿Cómo define el delito de trata de personas?

Es 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.

CUADRO 2.1. Finalidades de la trata de persona definida en instrumentos internacionales

ESCLAVITUD ³	Estado o condición sobre un individuo sobre el cual se ejercitan algunos o todos los atributos del derecho a la propiedad
PRÁCTICAS ANÁLOGAS A LA ESCLAVITUD ⁴	a) Servidumbre por deudas. Un deudor presta sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda. b) Servidumbre de la gleba. Una persona es obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona. La prestación de servicios puede ser remunerada o gratuita. La persona no tiene libertad para cambiar su condición. c) Matrimonio forzado o servil. Comprende los casos en los que una mujer es prometida o dada en matrimonio, sin que pueda oponerse, a cambio de dinero u otra contraprestación que se entrega a un familiar o a cualquier otra persona, así como los casos en los cuales la mujer puede ser cedida o transmitida a otra persona.
TRABAJO FORZOSO ⁵	Trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera. El trabajo o servicio se realiza de manera involuntaria.
PROSTITUCIÓN FORZADA ⁶	Una o más personas realizan uno o más actos de naturaleza sexual mediante la fuerza, la amenaza de la fuerza o la coacción. El autor del delito obtiene o espera obtener, a cambio, ventajas pecuniarias o de otro tipo en relación con dichos actos.
VENTA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES ⁷	Consiste en todo acto o transacción a partir de la cual un niño, niña o adolescente es transferido por una persona o un grupo a cambio de un pago u otro beneficio. Dentro de este supuesto también se encuentran los casos de adopción irregular, en los que el tratante induce a los padres o a quien tiene la custodia a dar su consentimiento para una adopción ilegal.

Elaboración propia

³ Artículo 7 de la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud.

⁴ Artículo 1 de la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud.

⁵ Artículo 2 del Convenio 29 de la OIT.

⁶ Corte Penal Internacional. Elementos de los Crímenes, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2 (2000).

⁷ Artículos 2 y 3 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

2.2. Relación entre el derecho internacional y el derecho interno

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

- Incorporación de las normas internacionales a la legislación interna
- El rango que estos tratados adquieren en nuestro ordenamiento jurídico
- El deber de implementación de acuerdo con la naturaleza autoaplicativa y no autoaplicativa de estas normas internacionales

2.2.1. Incorporación de las normas internacionales a la legislación interna

Al analizar la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno, el primer elemento que debe considerarse es el sistema o mecanismo de incorporación de la norma internacional al ordenamiento interno. Existen tres posibilidades entre las que los Estados pueden optar al momento de legislar en el derecho interno:⁸

■ Sistema monista o de recepción automática

- La incorporación de la norma internacional en el ordenamiento jurídico interno se da sin la necesidad de ningún acto expreso de voluntad del Estado. Es decir, no existe ningún acto de transformación, sino que se da con la sola ratificación o adhesión del tratado por parte del Estado.
- La tesis monista parte de la concepción unitaria del sistema internacional y del orden jurídico estatal, lo que implica que la norma de derecho internacional se incorpora en el derecho interno de manera inmediata.
- En palabras de Néstor Sagüés, este sistema se basa en que «la razón de la validez del orden jurídico nacional se encuentra determinada por el derecho internacional» (2003: 46).
- Ejemplo: la Constitución de Guatemala contempla en su artículo 46 la preeminencia del derecho internacional: «se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno».

⁸ Para un mayor desarrollo, véase Novak y Salmón (2002: 105-110).

■ Sistema dualista o de recepción formal

- La incorporación de la norma internacional en el derecho interno se realiza en un momento posterior a la adopción de una norma de derecho interno por parte del Estado. A este acto de incorporación se le denomina «transformación legislativa».
- Según esta tesis, el derecho internacional no tiene validez directa en el derecho nacional en tanto este no lo haya interiorizado a través de un mecanismo especial (adicional a la ratificación o adhesión al tratado) y previsto en el ordenamiento jurídico interno. Por lo tanto, se parte de la concepción de que el sistema internacional y el orden jurídico interno son órdenes jurídicos distintos y separados.
- Como lo señala Antonio Cassese, «el derecho internacional y el derecho interno son dos órdenes distintos debido a tres razones fundamentales: a) manejan fuentes distintas, b) regulan a sujetos distintos y c) las materias tratadas son diferentes» (2005: 214).
- Ejemplo: la Constitución de México contempla en su artículo 133 que «las leyes del Congreso de la unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del senado, serán la ley suprema de toda la Unión [...]».

El Perú es un Estado que ha optado por el Sistema Monista

- Constitución Política del Perú. El artículo 55 señala que «los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional».
- Ley 26647. Establece las normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los tratados celebrados por el Estado peruano. Así, dispone en su artículo 3 que los tratados celebrados y perfeccionados por el Estado peruano entran en vigencia y se incorporan al derecho nacional en la fecha en que se cumplan las condiciones establecidas en los instrumentos internacionales respectivos. Si bien esta norma establece en su artículo 4 que el texto de los tratados debe publicarse en el *Diario Oficial*, esta publicación de ninguna manera condiciona la entrada en vigencia del tratado; es decir, no se puede asumir que el tratado no ha entrado en vigencia para el Perú porque no se ha publicado en el *Diario Oficial El Peruano*.

2.2.2. Rango del tratado

Entendemos por rango la jerarquía o relación de primacía, equiparación o subordinación entre las normas internacionales y las normas de derecho interno (Abugattas 2006: 449). La jerarquía, por tanto, sirve para que las normas de derecho internacional y de derecho interno se articulen y se resuelvan las contradicciones que puedan surgir al regular ambas normas las mismas conductas (Abugattas 2006: 449).

Según el derecho internacional, este siempre debe prevalecer por encima del derecho interno (Salmón 2014: 103). Al respecto, la citada Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados dispone en su artículo 27 que «las obligaciones o compromisos internacionales adoptados por un Estado no podrán ser eludidos por este último invocando normas de derecho interno». Estas últimas resultarían inválidas a fin de hacer prevalecer el derecho internacional. El derecho internacional postula el principio de primacía por el que las obligaciones asumidas por el Estado, en virtud de una norma internacional, priman sobre las que establece el derecho interno. Este principio se encuentra estrechamente vinculado con el mencionado artículo 27 de la Convención de Viena, y cuenta con dos facetas: por un lado, la faceta negativa que alude a que la resolución de cualquier controversia internacional tendrá como criterio que ninguna disposición del derecho interno justificará el incumplimiento de una norma internacional; y, por otro lado, la faceta positiva que señala que esta obligación internacional debe ser adecuadamente implementada por los Estados a fin de poder proceder a su cumplimiento (Salmón 2016: 34-56).

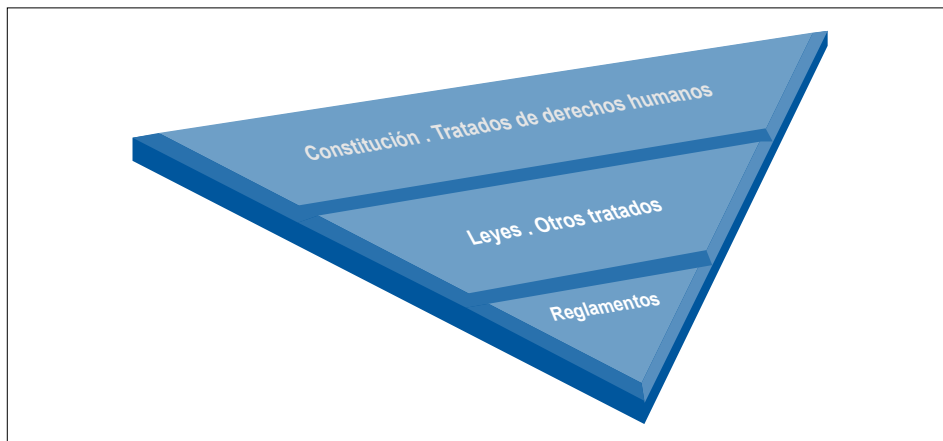
En relación con el rango de los tratados, la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política establece que «Las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú». Sobre la base de esta disposición, el Tribunal Constitucional ha desarrollado la tesis de que en el Perú los tratados de derechos humanos gozan de rango constitucional; mientras que el resto de tratados poseen rango legal. Ello porque en el Perú el Tribunal Constitucional ha señalado que los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional y que

[...] nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades. Estos tratados no solo son incorporados a nuestro derecho nacional —conforme al artículo 55 de la Constitución— sino que, además, por mandato de ella misma, son incorporados a través de la integración o recepción interpretativa.⁹

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 00047-2004-AI del 24 de abril de 2006 (fundamento 22). En el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional 025-2005-PI/TC del 25 de abril de 2006 (fundamento 33).

Además, es preciso mencionar que según el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución, en caso de incompatibilidad, los jueces deben preferir la Constitución frente a cualquier norma de *rango legal*.

GRÁFICO 2.1 Jerarquía de las normas en el ordenamiento jurídico peruano



Elaboración propia

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

- Los tratados de derechos humanos son aquellos «orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano».¹⁰
- En cuanto a la trata de personas, el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos establece explícitamente que esta constituye una violación de derechos humanos que afecta la dignidad y la integridad de las personas.
- Sumado a ello, se debe considerar que al igual que otros tratados de derechos humanos, los tratados para combatir la trata de personas no tienen por objeto, exclusivamente, establecer un conjunto de derechos y obligaciones recíprocas entre Estados, sino más bien instituir un sistema de protección en favor de todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción. En otras palabras, estos tratados pretenden proteger los derechos humanos de las víctimas de trata de personas y delitos conexos (Novak y Namihas 2004: 55).

¹⁰ Corte IDH. El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A N.º 2, párrafo 24.

- Los tratados que buscan combatir la trata de personas, a su vez, protegen al ser humano de afectaciones a su vida, libertad e integridad y, en general, al conjunto de sus derechos.
- Por todo ello, es posible concluir, por un lado, que estamos frente a instrumentos jurídicos que recogen normas orientadas a la protección de los derechos humanos.

Ahora bien, estos debates internos sobre el rango de los tratados se encuentran superados desde la perspectiva internacional.

2.2.3. Implementación del tratado: naturaleza de las normas

En primer lugar, se debe señalar que al ser los Estados los sujetos que contraen obligaciones internacionales son precisamente ellos los titulares de la obligación de implementación. En ese sentido, este deber estatal comprende el cumplimiento efectivo de las obligaciones contraídas en los tratados, desde la incorporación de la norma internacional en la legislación interna hasta «la adopción o derogación de cuanta medida legislativa o no legislativa efectiva deba tomarse para el cabal cumplimiento de una norma» (Salmón 2016: 31). La obligación de implementación es una herramienta necesaria para la vigencia de normas del derecho internacional. Esta consiste en el conjunto de actos realizados para que el Estado esté en condiciones de cumplir con la norma internacional a la que se hubiere obligado y, en consecuencia, es condición para su aplicación (Salmón 2014: 270).

Ahora bien, dado que el deber de implementación de la norma internacional se da en el ordenamiento interno, necesariamente confluirán otras ramas jurídicas tales como el derecho constitucional, el derecho administrativo; o, en el caso de tipificación de delitos como la trata de personas, indudablemente, el derecho penal. Por ello, cada Estado, en virtud de su soberanía, deberá optar por el mecanismo de recepción de la norma internacional que resulte más conveniente o afín a su legislación interna.

¿Cómo se ha pronunciado la Corte IDH a nivel jurisprudencial sobre el deber de implementación?

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado en su jurisprudencia que «en el derecho de gentes [derecho internacional], una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas [...]» (2001: 87).¹¹

Asimismo, la Corte IDH ha desarrollado la obligación de los Estados americanos de implementar las obligaciones emanadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Así:

La CADH impone a los Estados partes la obligación general de adecuar su derecho interno a las normas de la propia Convención, para garantizar así los derechos consagrados en esta. Las disposiciones de derecho interno que se adopten para tales fines han de ser efectivas (*principio del effet utile*). Lo que significa que el Estado tiene la obligación de consagrar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido y puesto en práctica. Si los Estados tienen, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana, la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención, con mayor razón están en la obligación de no expedir leyes que desconozcan esos derechos u obstaculicen su ejercicio, y la de suprimir o modificar las que tengan estos últimos alcances. (2002: 112 y 113)

En resumen, el deber de implementación tiene tres alcances:

1. Adoptar las medidas legislativas necesarias para proteger y garantizar los derechos reconocidos por la CADH.
2. Abstenerse de adoptar medidas contrarias a los derechos para proteger y garantizar los derechos reconocidos por la CADH.
3. Modificar o suprimir las medidas legislativas que son contrarias a los derechos reconocidos por la CADH.

¹¹ Corte IDH. Caso *Olmedo Bustos y otros vs. Chile*. Sentencia del 5 de febrero de 2001, párrafo 87.

A continuación procederemos a distinguir las normas de derecho internacional. Como sostiene Sagüés, es preciso distinguir entre normas autoaplicativas (*self executing*) y normas no autoaplicativas (*non self executing*) (2003: 51).

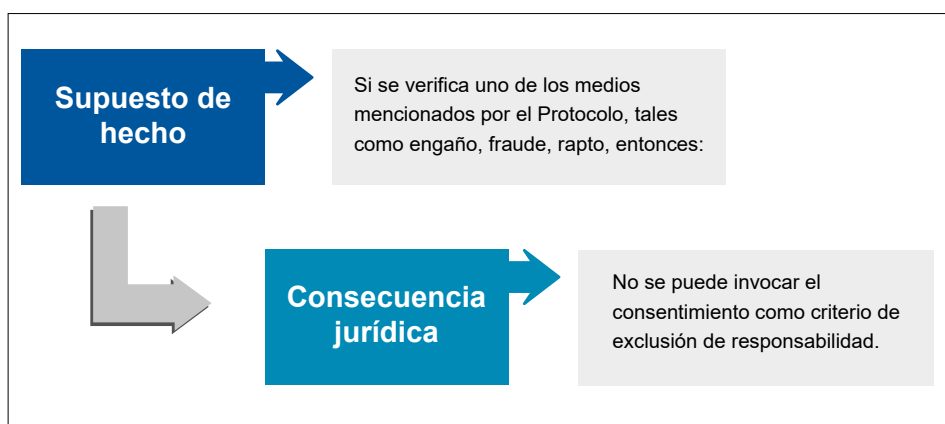
a) Las normas autoaplicativas

Por ser completas y suficientes, no necesitan de otras normas para aplicar internamente la norma internacional que se enuncia. Es decir, puede aplicarlas el agente estatal directamente sin necesidad de un desarrollo normativo posterior. Según la doctrina, para que una norma pueda considerarse autoaplicativa, debe presentar las siguientes características:

- Que la norma otorgue un derecho claramente definido y exigible por vía judicial.
- Que la norma sea lo suficientemente específica para poder ser aplicada judicialmente en un caso concreto, sin necesidad de tener que recurrir a alguna norma legislativa o judicial adicional (Cançado 2001: 305).

El artículo 3, inciso b) del Protocolo de Palermo sobre trata de personas que complementa a la Convención de las Naciones Unidas contra el crimen organizado señala que «El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado».

GRÁFICO 2.2 Artículo 3, inciso b, del protocolo de Palermo como norma autoaplicativa



Elaboración propia

La norma citada determina que no cabe la exclusión de responsabilidad penal aun cuando la víctima de la trata de personas haya dado su consentimiento para ello.

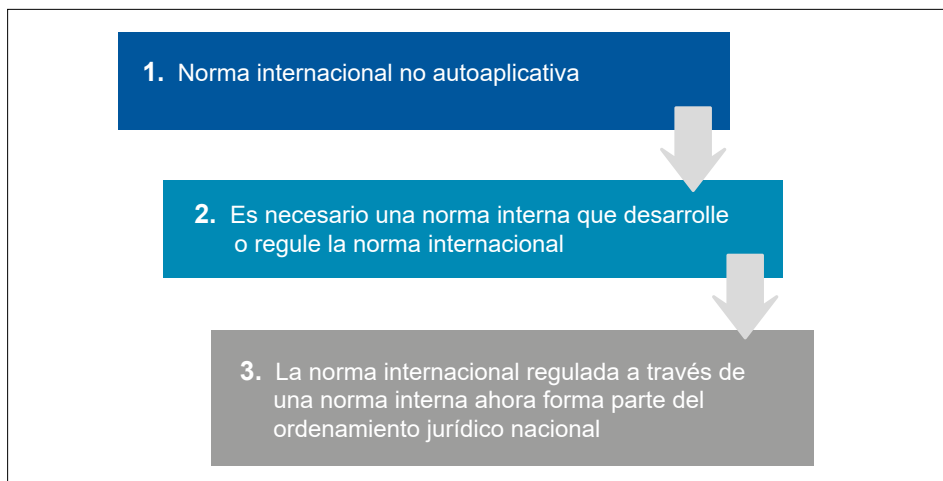


POR LO TANTO, esta disposición resulta aplicable directamente por parte del operador judicial nacional sin que sea necesario esperar un desarrollo normativo posterior, o su inclusión expresa en el Código Penal; ya que no se refiere a elementos constitutivos del delito ni a la pena, sino a una circunstancia ajena al delito que tiene que ver con una eventual errónea interpretación del delito de trata de personas.

b) Las normas no autoaplicativas

Las normas no autoaplicativas o de naturaleza programática sí necesitan de una norma interna de desarrollo que permita que el derecho o la norma reconocida por el derecho internacional se ejecute en el derecho nacional o doméstico.¹²

GRÁFICO 2.3 Las normas no autoaplicativas



Elaboración propia

Cuando se hace alusión a una norma no autoaplicativa, no se cuestiona su validez en el derecho interno sino su aplicabilidad inmediata; ya que la norma internacional no cuenta *per se* con todos los elementos necesarios para ser operativa inmediatamente en el ordenamiento jurídico nacional. De esta manera, las normas internacionales de derechos humanos que contienen disposiciones de carácter incriminatorio, es decir, aquellas que determinan delitos y establecen sanciones penales son, en general, no autoaplicativas. En otras palabras, los tratados pueden definir la conducta que debe ser penalizada, pero corresponde al Estado parte en el tratado desarrollar la disposición y establecer la pena que debe considerarse.

¹² De idea semejante es Salmón (2014: 106).

EJEMPLO DE NORMA NO AUTOAPLICATIVA

El Protocolo de Palermo recoge en su artículo 5 el deber de tipificación del delito de trata de personas. Así, el inciso 1 señala que «cada Estado parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas en el artículo 3 [...] cuando se cometan intencionalmente». Además, el inciso 2 señala que «cada Estado parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito: a) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico [...]».

Un juez penal no podría condenar a un procesado por el delito de trata de personas únicamente en aplicación directa y exclusiva del Protocolo de Palermo, puesto que, si bien este tratado establece el deber de penalización de dicho delito, lo cierto es que no señala expresamente la pena abstracta a imponerse. De ello podemos deducir que es una norma incriminatoria incompleta a efectos de su aplicación punitiva directa por parte del operador jurisdiccional. Por ello, es necesario que pase por un proceso de adecuación para incorporarse al ordenamiento interno, por ejemplo, a través de una tipificación legal del delito, como de hecho ha ocurrido con la incorporación del artículo 153 del Código Penal.¹³

2.3. Los Convenios Internacionales de Protección frente a la Trata de Personas y otros convenios conexos como criterios interpretativos de dicho tipo penal

2.3.1. Interpretación del bien jurídico

¿Qué son los bienes jurídicos según el Tribunal Constitucional?

El Tribunal Constitucional peruano ha señalado que los bienes jurídicos son «condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad [...] Tales condiciones pueden consistir en objetos, materiales o inmateriales, relaciones, intereses o derechos, que en cualquier caso han de ser socialmente valiosos y por ello dignos de protección jurídica».¹⁴

¹³ Cabe precisar que la implementación de un tratado no se da únicamente a través de normas penales. Prueba de ello son las disposiciones recogidas en el Reglamento de la Ley 28950, Ley contra la Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Migrantes, referidas a la prevención de este delito.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 00012-2006-AI del 15 de diciembre de 2006 (fundamento 30).

En este punto es preciso poner énfasis nuevamente en la precitada IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución. En virtud de ella, el bien jurídico protegido del delito de trata de personas tiene que interpretarse a la luz de los tratados de derechos humanos que, además de proteger derechos como la integridad y libertad (afectados por el delito de trata de personas), recogen normas fundamentalmente orientadas a tutelar la dignidad de las personas de manera general.



POR LO TANTO, el operador de justicia se encuentra obligado constitucionalmente a efectuar una interpretación de los elementos objetivos del tipo penal de trata de personas que guarde relación con las definiciones establecidas en los diversos tratados internacionales sobre esta materia, puesto que de esta manera realizará una adecuada interpretación de los derechos a la dignidad, libertad e integridad de las víctimas de este delito.

2.3.2. Interpretación del tipo penal de trata de personas a la luz del principio de legalidad y del principio pro persona

En el caso del delito de trata de personas existe un mandato de interpretación vinculante. Esto significa que los tratados sobre esta materia, de los que el Perú es Estado parte, impiden que el operador de justicia lleve a cabo una interpretación restrictiva, que reduzca el ámbito de protección de los derechos de las víctimas que estos establecen. En ese orden de ideas, es posible afirmar que la remisión a la norma internacional en estos casos es obligatoria. En primer lugar, por el rango constitucional que estos tratados detentan y, en segundo lugar, porque —como hemos señalado— el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 así lo prescribe.

a) Interpretación a la luz del principio de legalidad

El principio de legalidad ha sido establecido en el artículo 9 de la CADH, y la jurisprudencia de la Corte IDH se ha referido a este en varias oportunidades.¹⁵ Ahora bien, es preciso referirnos al tratamiento jurisprudencial y doctrinal del principio de legalidad. Según lo establecido por el Tribunal Constitucional, el principio de legalidad «constituye a la vez un principio y también un derecho fundamental de la persona (2004: 3)»,¹⁶ pues opera principalmente como límite a la potestad punitiva del Estado (Huerta 2000: 15). Según la doctrina más cualificada (Roxin 1997: 140 ss.; De Vicente 2004: 36; Huerta 2000: 16), este principio integra una serie de garantías que componen el núcleo esencial del referido

¹⁵ Véase, por ejemplo, el caso *Kimel vs. Argentina*: «si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa» (párrafo 63).

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional del 23 de noviembre de 2004 recaída en el Expediente 2758-2004-PHC/TC, fundamento 3.

principio o derecho.¹⁷ Sin embargo, en este acápite solo nos detendremos en la garantía de reserva de ley; según la cual, la creación o ampliación de delitos, faltas o medidas de seguridad o circunstancias de agravación solo se debe efectuar mediante una ley entendida en sentido formal y excepcionalmente en sentido material.

El operador de justicia tiene la facultad de acudir a tratados para atribuir un significado a algún elemento normativo del tipo penal de trata de personas, lo cual no vulnera la garantía de reserva de ley. Esto se encuentra estrechamente vinculado a que el propio tipo penal hace una remisión interpretativa implícita a los tratados; no obstante ello, el contenido de la parte punitiva resulta inalterable, pues se encuentra suficientemente especificada en la norma interna. En consecuencia, el principio de legalidad se encuentra plenamente salvaguardado en la medida que, desde una perspectiva objetiva, lo prohibido (trata de personas) se encuentra descrito en el tipo penal y es cognoscible por el ciudadano.



POR LO TANTO, el principio de legalidad penal no puede de ninguna manera ser usado por el operador de justicia como pretexto para no considerar lo dispuesto por los tratados internacionales, tanto más si lo que se pretende es asegurar la protección de derechos humanos como criterio de observancia obligatoria para la interpretación de elementos normativos del tipo penal de trata de personas.

b) Interpretación a la luz del principio pro persona

El principio pro persona debe regir la labor judicial.

El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos; e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos; esto es, estar siempre a favor del hombre (Pinto 1997).

Ello implica que en materia de trata de personas no puede interpretarse el Protocolo de Palermo sin tomar en cuenta otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos que son más protectores.

¹⁷ Estas garantías son la garantía de reserva de ley (*nullum crimen sine lege - lex scripta*); la garantía de prohibición de aplicación retroactiva de las leyes penales desfavorables (*lex praevia*); la garantía de taxatividad (*lex certa*); y la garantía de la prohibición de analogía (*lex stricta*).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el principio *pro persona*

- Es un principio hermenéutico que, al tiempo de informar el derecho de los derechos humanos en su conjunto, ordena que ante una pluralidad de normas aplicables deba optarse siempre por aquella norma iusfundamental que garantice de la manera más efectiva y extensa posible los derechos fundamentales reconocidos. Esto significa aplicar aquella que despliegue una mayor eficacia de la norma.
- Implica que los preceptos normativos se tengan que interpretar del modo que mejor se optimice el derecho constitucional y se reconozca la posición preferente de los derechos fundamentales. Asimismo, pero de manera inversa, también implica que debe preferirse la norma o interpretación más restringida cuando de lo que se trata es de fijar restricciones al ejercicio de los derechos, sean estas de carácter permanente o extraordinario. Esta directriz de preferencia de normas o de interpretación alcanza a ser aplicable incluso en los casos de duda sobre si se presenta una situación en que se encuentran en juego derechos fundamentales u otros derechos.

Fuente: Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 02005-2009-PA/TC, fundamento 33.

En el mismo sentido, la sentencia 1049-2003-PA aborda el contenido del principio *pro homine* en el fundamento 4.

Es posible establecer una comparación entre las definiciones brindadas por el Convenio 29 de la OIT relativo al trabajo forzoso u obligatorio y el Reglamento de la Ley contra la Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Migrantes.

EJEMPLO: PRINCIPIO PRO PERSONA EN MATERIA DE TRATA

“[...] la expresión trabajo forzoso u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente” (OIT. Convenio 29, artículo 2).

Trabajo o servicio forzoso es “todo trabajo o servicio impuesto a un individuo víctima de trata de personas, bajo amenaza de un grave perjuicio a él o sus familiares directos dependientes”. (Reglamento de la Ley contra la Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Migrantes, artículo 3, inciso 12).

Como se observa, ambas definiciones no son iguales. La definición sobre trabajo forzoso del Reglamento incluye, a diferencia del tratado, el trabajo o servicio bajo amenaza de perjuicio a la víctima de trata o a sus familiares cercanos dependientes. En ese sentido, concluimos que el Reglamento incluye una definición más amplia en la protección de la persona víctima de trata, por lo que debe preferirse esta definición antes que la esbozada por el tratado.



POR LO TANTO, cuando el operador de justicia acuda, vía remisión interpretativa obligatoria, a un tratado internacional o al Reglamento de la Ley contra la Trata de Personas para dar contenido; por ejemplo, al elemento típico “servidumbre”, deberá preferir la definición que otorgue mayores garantías al ser humano (en este caso, la prevista en el Reglamento).

2.3.3. Control de convencionalidad

Otro aspecto relevante que considerar como criterio interpretativo es el control de convencionalidad. Este puede definirse como el control normativo que realiza un juez nacional a partir del contraste entre los instrumentos internacionales, en especial la CADH, en relación con los dispositivos legales internos. Esto significa que cualquier norma o actuación del Estado debe analizarse no solo en función de la norma constitucional nacional, sino también en función de las obligaciones internacionales asumidas por aquel en materia de derechos humanos, en general, y en función de la CADH, en particular (Blanco y Salmón 2002). Es así que «la CADH funciona como parámetro controlador —de uso directo o indirecto—, fija los límites y la conformidad de la norma nacional (objeto controlado) con los estándares internacionales» (Torres 2012).

En ese sentido, el mandato directo para la aplicación del control de convencionalidad se encuentra en la propia CADH.

El artículo 2 de la CADH prescribe el deber de adoptar disposiciones de derecho interno: «Si el ejercicio de los derechos y libertades [...] no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades». Como se puede evidenciar, este mandato encuentra estrecha relación con el mencionado deber de implementación; sin embargo, este debe entenderse como un parámetro de interpretación por parte de los Estados para que el estándar de protección sea siempre favorable a la protección de los derechos humanos.

¿Cómo se ha pronunciado la Corte IDH a nivel jurisprudencial en cuanto al control de convencionalidad?

El control de convencionalidad fue abordado por la Corte IDH por primera vez en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. Aunque son los Estados los sujetos obligados a ejercer este control, la Corte IDH en su desarrollo jurisprudencial ha dejado sentado que las autoridades encargadas de aplicar el control de convencionalidad son los jueces del Poder Judicial de la siguiente manera:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. *Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la CADH, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la CADH.* (Párrafo 124). (Las cursivas son nuestras).

Esta jurisprudencia ha sido reiterada en el 2009 en el caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. Entonces, los jueces del Poder Judicial deben ejercer el control de convencionalidad en respeto de las competencias que ostenten. Para ello, no solo debe considerarse la fuente primaria —en este caso la CADH—; sino también otras fuentes que lo hayan desarrollado, como la jurisprudencia de la Corte IDH y otros documentos que proporcionen alcances sobre una adecuada interpretación de los derechos.

2.4. El tráfico ilícito de migrantes a la luz del derecho internacional

Los migrantes son vulnerables a la explotación, y su vida corre peligro en muchos momentos: miles de migrantes víctimas del tráfico ilícito han muerto sofocados en contenedores, han perecido en desiertos o se han ahogado en el mar. Los traficantes de migrantes realizan sus actividades con poca o ninguna consideración por la vida de las personas, cuyas dificultades han generado la demanda de sus servicios. El tráfico ilícito de migrantes y las actividades que lo rodean aportan ingentes beneficios a los autores de esos delitos y alimentan la corrupción y la delincuencia organizada (UNODC 2009).

2.4.1. El concepto de tráfico ilícito de migrantes y sus relaciones con la trata

El Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional sobre Tráfico de Migrantes por Aire, Mar y Tierra (en adelante El Protocolo) brinda una definición del tráfico ilícito de migrantes.

Definición del tráfico ilícito de migrantes

«La facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material [...]».

Tres elementos importantes

1. El carácter necesariamente transfronterizo de la movilidad o traslado de las víctimas.
2. El ingreso irregular a un país de destino; es decir, vulnerando las normas de control migratorio.
3. El propósito subjetivo de obtener lucro o una ventaja patrimonial con el traslado de personas.

Cuando alude a entrada libre o irregular,¹⁸ esto implica el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios previstos por las normas del Estado receptor o de tránsito. En ese sentido, el artículo 6 del Protocolo precisa que se penalizará:

- El tráfico ilícito en sí (facilitación de la entrada de manera irregular a cambio de un beneficio)
- La creación, la facilitación, el suministro o la posesión de un documento de viaje o de identidad falso cuando se cometan con el fin de posibilitar el tráfico ilícito de migrantes
- La habilitación de una persona que no sea nacional o residente permanente para permanecer en el Estado interesado sin haber cumplido los requisitos para permanecer en ese Estado, recurriendo a documentos de viaje o de identidad falsos o a cualquier otro medio ilegal

¹⁸ Se puede hacer referencia a la entrada ilegal como prevista en el Protocolo; sin embargo, es necesario usar la palabra «irregular» cuando se hace referencia a la persona. Véase al respecto Asamblea General de Naciones Unidas. «Resolución 3449. (XXX). Medidas para Garantizar el respeto de los derechos humanos y la dignidad de todos los trabajadores migratorios». 9 de diciembre de 1975. Párrafo 2. [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/3449\(XXX\)&Lang=S&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/3449(XXX)&Lang=S&Area=RESOLUTION).

Sumado a ello, debe acotarse que los delitos se deben cometer de manera intencional y deben tener como fin obtener un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

Ahora bien, resulta importante realizar una precisión conceptual en torno a «tráfico ilícito de migrantes y migración irregular».

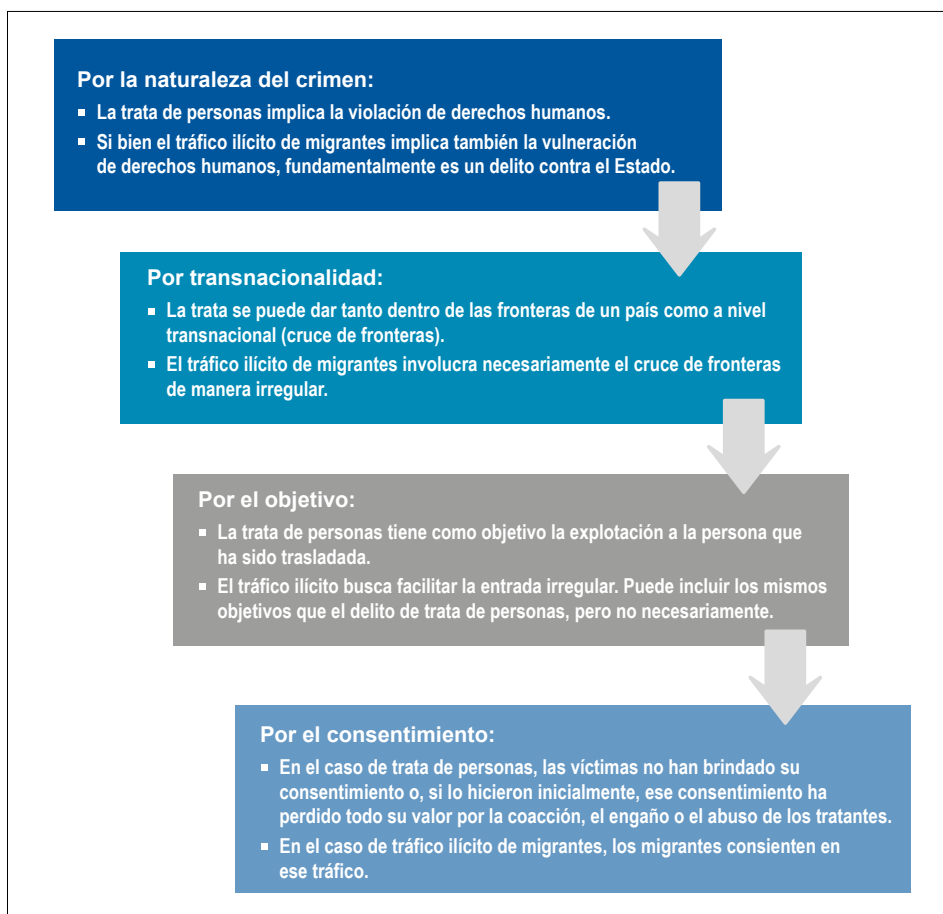
Relaciones entre tráfico ilícito de migrantes y migración irregular

La OIM señala que las personas en situación irregular son «personas que se desplazan al margen de las normas de los Estados de envío, de tránsito o receptor» (2006: 40). La persona objeto de tráfico se desplaza por el intermedio de un traficante de manera irregular; por ejemplo, con un pasaporte falsificado. Todas las personas objeto de tráfico son migrantes en situación irregular, pero no todos los migrantes en situación irregular han sido objeto de tráfico ilícito.

Esta conducta delictiva se diferencia de la trata de personas en algunas características. Por un lado, el objetivo de la trata de personas es la explotación de la persona; en cambio, el fin del tráfico es la entrada irregular de migrantes a un país del cual no son nacionales o residentes permanentes. Por otro lado, en el caso de la trata no es indispensable que las víctimas crucen las fronteras para que se configure el hecho delictivo; mientras que este sí es un elemento necesario para la comisión del tráfico.¹⁹

¹⁹ Véase más en ACNUR. «Trata y tráfico de personas». <http://www.acnur.org/que-hace/proteccion/trata-y-traffic-de-personas/>.

GRÁFICO 2.4 Diferencias entre la trata y el tráfico



Elaboración propia

A pesar de estas diferencias, no siempre resulta fácil delimitar estos delitos; ya que «ambos son procesos a menudo relacionados entre sí y casi siempre acompañados de cambios, flujos, solapamientos y transiciones. Una persona puede ser objeto de tráfico ilícito un día y de trata al siguiente» (ACNUDH 2010).

2.4.2. Obligaciones de los Estados y el principio de no criminalización del migrante

¿Cuáles son las obligaciones de los Estados con relación al deber de implementar el Protocolo sobre tráfico ilícito de migrantes?

En consonancia con lo dispuesto en el artículo 16, los Estados deberán cumplir con las siguientes obligaciones:

- Adoptar todas las medidas apropiadas, incluida la legislación que sea necesaria, a fin de preservar y proteger los derechos de las personas que hayan sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo [...] en particular el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a tortura o a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.
- Adoptar medidas apropiadas para otorgar a los migrantes protección adecuada contra toda violencia que puedan infligirles personas o grupos por el hecho de haber sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo.
- Prestar asistencia apropiada a los migrantes cuya vida o seguridad se haya puesto en peligro como consecuencia de haber sido objeto de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo.
- Considerar las necesidades especiales de las mujeres y los niños.
- Cumplir las obligaciones contraídas con arreglo a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, cuando proceda, incluida la de informar sin demora a la persona afectada sobre las disposiciones relativas a la notificación del personal consular y a la comunicación con dicho personal.

En el artículo 5, el Protocolo establece que «los migrantes no estarán sujetos a enjuiciamiento penal con arreglo al presente Protocolo por el hecho de haber sido objeto de alguna de las conductas enunciadas en el artículo 6». Para entender este principio es importante partir de la premisa que lo que busca el Protocolo es perseguir al que se beneficia de la entrada irregular del migrante y no al migrante (UNODC 2010a: 32). Este artículo se incluyó para que se reconozca expresamente que nadie que haya sido objeto de tráfico ilícito debería ser penalizado por remisión a este Protocolo por el hecho de haber sido objeto de ese tráfico (UNODC 2010a: 32).

Por otro lado, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares protege el derecho a la libertad y a la seguridad personales y reconoce a todos los trabajadores migratorios, independientemente de su situación, el derecho a no ser sometidos, individual ni colectivamente, a detención o prisión arbitrarias y a no ser privados de su libertad, salvo por los motivos y de conformidad con los procedimientos que la ley establezca.²⁰ El Comité de Protección de Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en su Observación General 2 ha reiterado que

[...] no constituyen delito el cruce de la frontera de un país sin la debida autorización o documentación ni la permanencia en un país una vez vencido el plazo autorizado.

²⁰ Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, artículo 16.

La penalización de la entrada irregular en un país va más allá del interés legítimo de los Estados partes de controlar y reglamentar la migración irregular y da lugar a detenciones innecesarias. La entrada y estancia irregulares en un país pueden constituir infracciones administrativas, pero no son en sí mismas delitos contra las personas, los bienes o la seguridad nacional.²¹

2.5. Los enfoques que deben tomar en cuenta los operadores de justicia

El derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) reconoce que ciertos grupos necesitan protección adicional o especial. Esto se debe a las condiciones estructurales de la sociedad y a la discriminación histórica que ciertos grupos han sufrido con el paso de los años. En ese sentido, el propósito de este acápite es mostrar algunos de los enfoques que los Estados deben considerar en sus políticas para brindar especial protección a quienes se encuentren en una situación mayor de vulnerabilidad.

GRÁFICO 2.5 Enfoques que tomar en cuenta



Elaboración propia

²¹ Comité de Protección de Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Observación General 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares, 2003.

2.5.1. Enfoque de derechos humanos

Como hemos visto en las secciones anteriores, las normas y obligaciones adquiridas en materia de derechos humanos deben ocupar un lugar preponderante en el derecho interno de los Estados. En razón de ello, el enfoque de derechos humanos es el eje primordial y principal, pues constituye el centro de cualquier acción llevada a cabo por el Estado. En materia de trata de personas, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha elaborado un documento de «Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas» en el cual se establece que «los derechos humanos de las personas objeto de trata constituirán el centro de toda la labor para prevenir y combatir la trata de personas y para proteger y dar asistencia y reparación a las víctimas» (ACNUDH 2010).

Según lo señalaba la ex Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Navanethem Pillay, en el documento mencionado:

Ese enfoque [de derechos humanos] exige comprender las distintas formas en que se violan los derechos humanos a lo largo de todo el ciclo de la trata de personas y los aspectos en los que surgen las obligaciones que incumben a los Estados en virtud del derecho internacional de los derechos humanos. Este enfoque pretende no solo identificar sino también combatir las prácticas discriminatorias y las desigualdades en la distribución de poder que subyacen en la trata de personas, y que mantienen la impunidad de sus responsables y deniegan la justicia a sus víctimas.

Un enfoque de derechos humanos en relación con la trata de personas exige también que reconozcamos la responsabilidad que tienen los gobiernos de proteger y promover los derechos de todas las personas que se encuentran en su jurisdicción, incluidos los no nacionales. Esa responsabilidad se traduce en una obligación jurídica concreta de los gobiernos: la de luchar para eliminar la trata de personas y la explotación que esta conlleva. (ACNUDH 2010: 3)

El propósito de este enfoque es identificar y corregir las desigualdades estructurales que imposibilitan el progreso. Esto implicaría que los Estados asuman el compromiso de alinear sus políticas públicas a fin de que la lucha contra la trata de personas se aborde de manera transversal considerando los derechos humanos que se ven conculcados, en cumplimiento de las obligaciones internacionales de las que los Estados son parte.

Ahora bien, el delito de trata de personas ciertamente vulnera los derechos humanos de las víctimas en distintas esferas (sociales, culturales, civiles, políticos y económicos); es decir, además de perder su derecho fundamental a la libertad y la dignidad, la víctima arriesga otros derechos relativos a su seguridad personal, salud, educación, reinserción laboral y protección superior del niño (si es menor de edad), entre otros (UNODC 2012b: 31).

En ese contexto es importante recordar que los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias orientadas al deber de investigación, prevención (que involucra el análisis de las causas estructurales de este delito), la persecución y la sanción de este delito. En la misma línea, los Estados deben brindar soporte y protección a las víctimas y garantizar no solo una adecuada reparación sino también procurar evitar su revictimización, pues esto también repercutiría en perjuicio de los derechos fundamentales.

¿Cómo se ha abordado el enfoque en derechos humanos en el ordenamiento nacional?

En el ordenamiento interno, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ha aprobado la Política Nacional contra la Trata de Personas. En esta se aborda, específicamente, el enfoque de derechos humanos con relación a la trata de personas:

Este enfoque aplicado a la trata de personas implica reconocer que este fenómeno y las prácticas que lleva asociada suponen, desde todo, una violación de los derechos humanos. Esto implica comprender las distintas maneras en que el flujo de la trata vulnera los derechos humanos de las personas y entender las obligaciones que consecuentemente se desprenden para los Estados en virtud del derecho internacional de los derechos humanos. Asimismo, supone reconocer que los derechos humanos son inherentes a todos los seres humanos, se fundan en el respeto de la dignidad de la persona humana y son interrelacionados, interdependientes, e indivisibles.²²

2.5.2. Enfoque de género

Una vez mencionado el enfoque de derechos humanos, es importante detenernos en otros enfoques que se derivan de la obligación de proteger los derechos humanos, como el enfoque de género. Sobre el particular, se debe señalar que «el enfoque del desarrollo basado en los derechos humanos y la incorporación de la perspectiva de género son complementarios y se refuerzan mutuamente, y pueden llevarse a efecto sin conflictos ni duplicación» (ACNUDH 2006).

En dicho contexto, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas ha destacado la importancia de incluir una perspectiva de género de manera transversal.

²² Presidencia del Consejo de Ministros. Aprueban Política Nacional frente a la Trata de Personas y sus Formas de Explotación. Decreto Supremo 001-2015-JUS. 2015. http://www.peru.gob.pe/normas/docs/DS_001_2015_JUS.pdf, p. 89.

El enfoque de género es una estrategia destinada a hacer que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, así como de los hombres, sean un elemento integrante de la elaboración, la aplicación, la supervisión y la evaluación de las políticas y los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, a fin de que las mujeres y los hombres se beneficien por igual y se impida que se perpetúe la desigualdad. El objetivo final es lograr la igualdad entre los géneros.²³

Si bien es cierto que cualquier persona puede ser víctima de trata, lo cierto es que «se ha evidenciado que el grupo más vulnerable lo ocupan fundamentalmente las mujeres, las y los niños, especialmente cuando se habla de explotación sexual, servidumbre y algunos sectores de explotación económica como el trabajo doméstico, el agrícola o las maquiladoras» (OEA y OIM 2006: 24).

Además de ello, la trata de mujeres debe entenderse en el amplio contexto de desigualdad estructural y violencia de género.

En general, las mujeres están más afectadas por la violencia y la discriminación de género en la educación, la inequidad laboral, caracterizada por la segregación ocupacional y una representación desproporcionada en los sectores informales de empleo. Todo ello trae como consecuencia una muy particular vulnerabilidad así como una enorme inseguridad económica y por lo tanto la propensión a migrar, generalmente en forma irregular, a pesar de los riesgos e implicaciones que esto conlleva. (OEA y OIM 2006)

El Protocolo de Palermo menciona la vulnerabilidad específica de las mujeres y los niños y establece que los Estados deben en sus deberes de prevención y protección prestar especial atención a las mujeres y a los niños.²⁴ Como se ha visto en el primer capítulo de este Manual, la trata de personas afecta principalmente a mujeres y niñas, quienes hoy en día ocupan un número mayoritario entre el total de víctimas. Adicionalmente, la trata de mujeres tiene un impacto más severo que se traduce en las formas de explotación a las que están sometidas y cuyas consecuencias repercuten en su integridad física, psicológica y emocional.

En el caso de la trata de mujeres y niñas que hayan sido sometidas a violencia sexual y por razón de género, los Estados deberían tener en cuenta los riesgos potenciales del daño psicológico, el estigma y la exclusión comunitaria y familiar que les pueden provocar los procedimientos judiciales y adoptar medidas para otorgarles protección, al mismo tiempo que se crean las oportunidades para solicitar una indemnización por cauces no judiciales. (ACNUDH 2014b: 40)

²³ Consejo Económico y Social. Informe A/52/3/Rev.1 presentado ante la Asamblea General. 1997.

²⁴ Véase el preámbulo del Protocolo y los artículos 2 y 9.

Asimismo, se debe considerar que, durante el proceso de captación, las mujeres, en comparación con los hombres, son más vulnerables a la coacción y la fuerza empleadas. Esta situación incrementa el riesgo de ser objeto de trata. Ejemplo de ello son las mujeres que, ante esta situación, se ven forzadas a migrar a otros Estados:

Los Estados, en particular los de origen, pueden hacer frente a la vulnerabilidad a la trata que tiene que ver con la discriminación y la violencia contra la mujer a través de una serie de medidas prácticas, como la creación de lugares de acogida con medios médicos, psicológicos y jurídicos a disposición de las mujeres que viven situaciones de violencia. También son importantes las medidas a más largo plazo encaminadas a atajar las causas sociales, culturales y estructurales de la violencia. Esas medidas pueden incluir: reformar la legislación que discrimina a la mujer o no se ocupa de la violencia contra la mujer; velar por que las denuncias relacionadas con la violencia contra la mujer se investiguen con prontitud y sean objeto de actuaciones judiciales sin demora; brindar acceso a una reparación efectiva para las víctimas de la violencia de género; y emprender iniciativas para educar al público y a los funcionarios competentes acerca de la violencia contra la mujer. (ACNUDH 2014: 50-51)

¿Qué se señala en el ordenamiento interno con relación al enfoque de género?

En lo que respecta a la protección de la mujer en el ámbito nacional, el enfoque de género figura como uno de los enfoques que se debe tomar en cuenta en la aplicación del Reglamento de la Ley 28950, en el que se señala que este

Implica reconocer las situaciones de desventaja y diferencia que existen entre hombres y mujeres al acceder a recursos y tomar decisiones, por lo que estimula la creación de condiciones especiales para facilitar la participación y empoderamiento de las mujeres en la toma de las mismas. Busca no solo el acceso igualitario a oportunidades, sino también el goce efectivo de los derechos humanos de mujeres y hombres. Ello implica cuestionar la cultura, los valores y los roles tradicionales de género que reproducen y mantienen la Trata de Personas en sus diversas modalidades.

Además, el Protocolo intersectorial adoptado en el 2016 para la Prevención y Persecución del Delito y la Protección, Atención y Reintegración de Víctimas de Trata de Personas aborda también este enfoque que permite «cuestionar la cultura, los valores y los roles tradicionales de género que reproducen y mantienen la trata de personas en sus diversas modalidades».²⁵

²⁵ Presidencia de Consejo de Ministros. Decreto Supremo 005-2016-IN. Aprueban el Protocolo Intersectorial para la Prevención y Persecución del Delito y la Protección, Atención y Reintegración de Víctimas de Trata de Personas.

2.5.3. Enfoque de niñez y adolescencia

Un enfoque de la trata de personas que reconozca la particular situación de los niños está validado por el DIDH, que reconoce explícitamente la posición especial de los niños y, por consiguiente, les otorga una protección particular (ACNUDH 2010: 21).

La norma fundamental se deriva de las obligaciones que contiene la Convención sobre los Derechos del Niño: al abordar las cuestiones relacionadas con los niños víctimas de trata, el interés superior del niño primará en toda circunstancia (artículo 3).

El derecho internacional ofrece una definición distinta de la trata de niños. En este caso es innecesario demostrar que se haya recurrido a la fuerza, al engaño o a ningún otro medio.

Solo es necesario demostrar: a) una «acción» como la captación, la compra o la venta, y b) que esa acción haya tenido como fin concreto la explotación. Dicho de otro modo, habrá una situación de trata cuando el niño haya sido sometido a algún acto, como la captación o el transporte, cuyo objeto sea la explotación de ese niño. Esta definición tiene el potencial de facilitar la identificación de los niños víctimas de trata y de los autores de la trata. Sin embargo, su amplitud puede dificultar la distinción entre los que han sido objeto de trata y la categoría más amplia de niños en movimiento. (ACNUDH 2010: 37)

¿Cuáles son los derechos y las obligaciones específicas para la situación de los niños objeto de trata?

- Los niños víctimas de la trata no deben ser penalizados en modo alguno ni correr el riesgo de ser procesados por cualesquiera delitos relacionados con su situación.
- Los niños víctimas de la trata nunca deben ser internados en dependencias penitenciarias ni de detención, como los calabozos de la policía, la cárcel o los centros especiales de detención de menores. Toda decisión relacionada con la detención de un niño debe hacerse caso por caso y atendiendo a su interés superior [...].
- No debe obligarse a los niños víctimas de la trata a recibir atención y protección, ni siquiera en el caso de la asistencia de la salud o las pruebas médicas, a menos que pueda demostrarse, caso por caso, que ello redunde en el mejor interés del niño en cuestión.
- Todo niño bajo la jurisdicción o control de un Estado tiene derecho a recibir atención y protección en igualdad de condiciones con los demás. Esto significa que los niños víctimas de la trata que no sean nacionales del país deben disfrutar de los mismos derechos que los niños nacionales o residentes.

- Deben respetarse y sopesarse debidamente las opiniones de los niños víctimas de la trata, a quienes además se debe informar de su situación y sus derechos.
- No deben producirse injerencias arbitrarias en la intimidad del niño. Los Estados deben velar por que no se hagan públicos, salvo en circunstancias excepcionales, ni la identidad de los niños víctimas de la trata ni datos que permitan su identificación.
- Los Estados deben disponer lo necesario para que los niños identificados como víctimas de la trata (o a los que se suponga tal condición) sean representados por un tutor legal o por una organización o autoridad, entre otras cosas para cerciorarse de que el interés superior del niño es siempre la consideración primordial en todas las medidas y decisiones y de que se les presta toda la asistencia, el apoyo y la protección que necesiten; para que estén presentes en cualquier relación con las autoridades de la justicia penal, para facilitar la derivación a los servicios apropiados y para ayudar en la búsqueda y puesta en práctica de una solución duradera.
- Deben establecerse medidas para que los niños participen auténticamente y en condiciones de seguridad en los procesos judiciales.

Fuente: ACNUDH (2010: 26).

En suma, el enfoque de niñez en la lucha contra la trata de personas se hace indispensable por las necesidades particulares que presenta este grupo vulnerable. En ese sentido, se deberá reforzar y adaptar el sistema de asistencia jurídica y la reintegración de los niños, considerando el interés superior del niño.

¿Qué se señala en el ordenamiento interno con relación al enfoque de niñez y adolescencia?

Este enfoque se ha abordado en la actualización del Protocolo de la Policía Nacional del Perú para la protección y atención a víctimas y testigos de trata de personas. Según el Protocolo, parte por reconocer que «los niños, niñas y adolescentes se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad por lo que ante cualquier circunstancia que requiere salvaguardar su integridad o derechos se deberá tomar en cuenta qué es mejor para su bienestar, protección y desarrollo».²⁶

²⁶ Resolución Ministerial 0430-2016-IN. Protocolo de la Policía Nacional del Perú para la Protección y Atención a Víctimas y Testigos de Trata de Personas, p. 20.

2.5.4. Enfoque de interculturalidad

Este enfoque parte de la premisa de que las culturas se encuentran en contacto e interacción. Es por esa razón que es fundamental reconocer las diferencias culturales, a fin de generar una relación entre los distintos grupos culturales que conviven en un espacio común (GIZ 2013: 17).

¿Qué se señala en el ordenamiento interno con relación al enfoque de interculturalidad?

Según la Política Nacional, frente a la trata de personas y sus formas de explotación, el enfoque de interculturalidad implica para el Estado

[...] incorporar y asimilar como propias las diferentes concepciones de bienestar y desarrollo de los diversos grupos étnico-culturales en la prestación de sus servicios, así como adaptar los mismos a las particularidades socio-culturales de los mismos. No obstante, ello de ninguna manera significa aceptar prácticas culturales que violen los derechos humanos, obstaculicen el goce de igualdad de derechos o que toleren la violencia hacia grupos en situación de vulnerabilidad, exclusión y/o subordinación.²⁷

²⁷ Presidencia del Consejo de Ministros. Aprueban Política Nacional frente a la Trata de Personas y sus Formas de Explotación. Decreto Supremo 001-2015-JUS. 2015. http://www.peru.gob.pe/normas/docs/DS_001_2015_JUS.pdf, p. 89.

SÍNTESIS

- La trata de personas es un delito que afecta la integridad, libertad y, en general, muchos de los derechos de la persona vulnerando su propia dignidad. La trata de personas ha sido considerada una violación de derechos humanos por distintos instrumentos y mecanismos internacionales. Por ello, los tratados que desarrollen este delito pueden considerarse tratados de derechos humanos, ya que recogen normas directamente vinculadas a la protección de dichos bienes jurídicos.
- En el ordenamiento interno peruano, los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional.
- El Protocolo de Palermo sobre trata de personas contiene normas de carácter autoaplicativo y no autoaplicativo:
 - Una norma de derechos humanos de carácter autoaplicativo, es decir, que debe ser automáticamente aplicada por el operador judicial, es el artículo 3, inciso b), que hace referencia a la no consideración del consentimiento de la víctima para la configuración del delito de trata. Es una norma vinculante de rango constitucional directamente aplicable por el operador de justicia.
 - Dicho Protocolo contiene, también, normas no autoaplicativas; es decir, que no pueden ser aplicadas por el operador de justicia directamente, sino que requieren una norma de derecho interno que las desarrolle. Este es el caso de las normas de incriminación (que obligan a tipificar una conducta).
- Al margen de que exista el tipo penal de trata de personas en nuestro Código Penal, los tratados que definen elementos típicos de este delito deben ser tomados en cuenta por el operador judicial como criterios interpretativos obligatorios, en virtud de la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución y del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.
- Recurrir a los tratados internacionales para dar contenido a los elementos normativos del delito de trata de personas no vulnera el principio de legalidad penal, pues es el propio tipo penal el que hace una remisión interpretativa implícita a los tratados.

- Los operadores de justicia deben tomar en cuenta el principio pro persona que obliga a elegir la norma más protectora para las personas.
- El tráfico ilícito de migrantes es un delito distinto al de la trata de personas y presenta tres características esenciales: a) es transfronterizo; b) implica el ingreso irregular a un país de destino, es decir, vulnerando las normas de control migratorio; y c) entraña un lucro o una ventaja patrimonial.
- La definición por enfoques permite abordar el fenómeno de la trata de personas considerando: a) que se deben visibilizar algunos grupos que pueden ser más vulnerables que otros; b) que el eje de toda política pública que emprenda el Estado debe ser la persona; y c) que con los enfoques, las políticas no se aplican automáticamente sino que se diseñan, implementan y evalúan tomando en cuenta las distintas perspectivas de derechos y los grupos pasibles de protección.

CAPÍTULO 3

El delito de trata de personas:
concepto e injusto penal

Este capítulo tiene el objetivo de brindarle al lector los conocimientos para identificar el delito de trata de personas, diferenciarlo de otros delitos y reconocer sus principales características. Para ello, se analizan los siguientes temas: concepto general del delito de trata de personas, diferencias con otros conceptos, bien jurídico protegido, injusto penal y consumación.

3.1. El Concepto de trata de personas

3.1.1. El artículo 153 del Código Penal y sus diferencias con el artículo 3 del Protocolo de Palermo

El concepto de trata de personas usado como base en diversas legislaciones internacionales es el acordado en el Protocolo de Palermo. En esta línea, el inciso a) del artículo 3 de dicho instrumento internacional define la trata de personas de la siguiente forma:

Para los fines del presente Protocolo:

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

La definición brindada por el Protocolo de Palermo ha sido recogida en gran parte por el Código Penal peruano en un primer momento en la Ley 28950 de enero de 2007, y el tipo penal fue modificado por la Ley 30251 publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 21 de octubre de 2014 con la finalidad de contar con una tipificación más completa.

ARTÍCULO 153.- Trata de Personas de acuerdo a la Ley 28950 (2007)

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

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

ARTÍCULO 153.- Trata de Personas de acuerdo a la Ley 30251

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 quince 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.

Si bien el nuevo precepto legal del Código Penal define el delito de trata de personas de una manera semejante a la establecida por el Protocolo mencionado, es posible identificar algunas diferencias.

- Para el Protocolo de Palermo las conductas alternativas que describen este delito son la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas. El artículo 153 del Código Penal añade a estas modalidades típicas una nueva: la «retención», esto es, el mantenimiento de la persona en una situación de peligro de explotación.
- El Código Penal peruano mejora el empleo de algunos términos usados por el Protocolo de Palermo. Así, en lugar del término «raptó» usa la expresión más omnicomprendensiva de «privación de la libertad», o en lugar de «uso de la fuerza» emplea el término «violencia».
- El Protocolo de Palermo sobre trata de personas señala una relación mínima de formas de explotación humana, por lo que es posible considerar supuestos de explotación diversos a los no previstos en la definición del mencionado Protocolo. En esta línea, el Código Penal peruano coincide con los fines de explotación señalados por el Protocolo de Palermo sobre trata de personas, pero agrega y precisa algunos otros tipos de explotación. Así, la ley penal peruana resalta explícitamente la modalidad de venta de niños, niñas o adolescentes, la explotación laboral, la mendicidad y el tráfico de componentes humanos.

Ahora bien, el concepto de trata de personas es complejo, ya que implica la existencia de tres elementos: medios, conductas y finalidades.¹ Más adelante analizaremos estos elementos; por ahora debe quedar claro que la trata de personas está compuesta por diversos medios, conductas y finalidades alternativas. Es decir, la configuración de la trata de personas en el Código Penal peruano implica la interrelación entre medios, conductas y finalidades distintas.

¹ Sobre estos tres elementos, véase Geronimi (2002: 4-6).

CUADRO 3.1. Elementos de la trata de personas

MEDIOS	CONDUCTA	FINALIDAD
• Violencia, amenaza u otras formas de coacción • Privación de la libertad • Fraude • Engaño • Abuso de poder • Abuso de situación de vulnerabilidad • Concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra	• Captación • Transporte • Traslado • Acogida • Recepción • Retención	• Venta de niñas, niños y adolescentes • Explotación sexual y prostitución • Esclavitud y prácticas análogas • Explotación laboral y trabajos forzados • Mendicidad • Extracción o tráfico de órganos, tejidos somáticos o sus componentes humanos

Fuente: Código Penal peruano, artículo 153.

Así, se configura el caso de trata cuando confluya cualquiera de los medios, conductas y finalidades desarrolladas en el Cuadro 3.1. En este sentido, si bien el delito de trata de personas, desde la criminología, tiene un el carácter de proceso (Villacampa 2011: 3), esto no significa que la captación o el transporte sean elementos necesarios para la configuración de este delito. En este sentido, si bien será usual que en la realidad (ámbito de la criminología) la trata de personas esté asociada a la captación y al transporte, el tipo penal (ámbito del derecho) es aplicable a supuestos en los que esto puede no ocurrir o evidenciarse. Así, el juez supremo Víctor Prado indica que la trata de persona es «un tipo alternativo, integrado por seis conductas típicas de igual equivalencia antijurídica [...] para que opere la tipicidad del delito, será suficiente que el agente realice, —cuanto menos—, una de las distintas acciones criminalizadas» (2016: 385).

EJEMPLOS PARA ENTENDER LOS ELEMENTOS DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS

Ejemplo 1

“X” encuentra un aviso de trabajo en el que “Y” le ofrece un salario de S/. 3000 a cambio de realizar labores de trabajadora del hogar en Lima. Luego de una reunión, “X” acepta el trabajo. Sin embargo, la “oferta de trabajo” es falsa, ya que en Lima el supuesto trabajo se realizará con un salario menor al mínimo vital y sin las condiciones laborales mínimas.



Ejemplo 2

“X” se encuentra en una situación de pobreza. “Y” se aprovecha de esta situación para mantener a “X” en un bar de la propiedad del primero, donde ella es prostituida.



3.1.2. La trata de personas como un delito de dominio

En líneas generales, siguiendo a Rodríguez (2016), podríamos señalar que «La trata consiste en todo comportamiento que coloque o mantenga a la víctima en un estado o situación que hará factible su explotación». Así, el tratante domina a la víctima y busca someterla a una condición de explotación laboral, sexual o de otra índole (Montoya 2016: 396). Dicho con otras palabras, la trata de personas se caracteriza porque el autor del delito tiene el control sobre la víctima y sobre el proceso destinado a su explotación. Sobre esto, Aboso indica que una particularidad del delito de trata es la relación de subordinación o sometimiento de la víctima con el tratante (2013: 48). Es por estos motivos que la trata de personas se constituye como un delito de dominio.

El control o dominio está garantizado por la relación asimétrica de poder (Montoya 2016: 396). Esta relación es la que justifica la existencia de los medios comisivos. Así, la asimetría de poder se puede expresar a través del engaño o el fraude; a través de la coacción; a través del aprovechamiento de la vulnerabilidad económica o social de la víctima; o del abuso de una situación de poder previo en la que se encuentra el tratante. Por tanto, es válido afirmar que los medios comisivos son solo una forma de explicitar la asimetría de poder que permite al autor dominar a la víctima y el proceso encaminado a su explotación (Montoya 2016: 403).

Es importante notar que la trata de personas no exige necesariamente ningún desplazamiento o traslado de la víctima, así como tampoco se exige una finalidad mercantil o lucrativa de la trata de personas. Tampoco constituye un elemento de este concepto el desarraigo de la víctima o que esta haya sido efectivamente explotada. Como se analiza luego, la explotación de la persona se plantea en la definición como una finalidad de los tratantes al momento de la comisión de las conductas típicas.

3.1.3. La Trata de niños, niñas y adolescentes

Es preciso indicar que en el caso de que las víctimas sean niños, niñas o adolescentes menores de 18 años, los medios no serán necesarios para configurar el delito de trata de personas. En esta línea, el numeral 3 del artículo 153 del Código penal indica lo siguiente: «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». El hecho de que en este caso no se requiera de los medios exigidos para la trata de personas adultas se debe a que se entiende que la niñez o adolescencia de la víctima garantiza la asimetría de poder que le permite al tratante cometer el delito (Montoya 2016: 405). En esta medida, la trata de niños, niñas y adolescentes se mantiene en la lógica de un delito de dominio.

3.1.4. Clasificación de la trata de personas

Para entender mejor la complejidad del delito es importante ver cómo se puede clasificar.

CUADRO 3.2. Clasificación de la trata de personas en la doctrina

CRITERIO	CLASIFICACIÓN	DESCRIPCIÓN
Según el medio empleado	Trata forzada	Casos en los que se emplea la coacción a través de la violencia o la amenaza.
	Trata fraudulenta	Casos en los que se emplea el engaño o fraude.
	Trata abusiva	Casos en los que el tratante se aprovecha de un situación de poder, autoridad o de vulnerabilidad de la víctima.
Según la finalidad (Daunis 2013: 92-104)	Trata sexual	Supuestos en los que la finalidad es explotar sexualmente a la víctima a través de la prostitución, pornografía u otra práctica de índole sexual.

CRITERIO	CLASIFICACIÓN	DESCRIPCIÓN
	Trata laboral	Supuestos en los que la finalidad consiste en explotar laboralmente a la víctima, esclavizarla, incluirla en una relación de servidumbre, trabajos forzados o mendicidad.
	Trata para venta de niños, niñas y adolescentes	Consiste en todo acto o transacción a partir de la cual un niño, una niña o un adolescente es transferido por una persona o un grupo a cambio de un pago u otro beneficio. ² Dentro de este supuesto también se encuentran los casos de adopción irregular, en los que el tratante induce a los padres o a quien tiene la custodia a dar su consentimiento para una adopción ilegal. ³
	Trata para extracción de tejidos humanos	La extracción es el proceso a través del cual se obtienen órganos, tejidos somáticos o componentes humanos sin consentimiento de la víctima; ⁴ o habiendo dado su consentimiento, este ha sido motivado por la fuerza, la coacción, el engaño, el poder o el aprovechamiento de su estado de vulnerabilidad. Por otro lado, el tráfico implica el transporte de dichos órganos, tejidos o componentes humanos.
Según el lugar de destino (Prado 2016: 372)	Trata interna	La trata se desarrolla en un mismo territorio nacional; no implica necesariamente transporte.
	Trata internacional	La trata implica transporte, y este trasciende las fronteras de un país hacia otro(s).
	Trata mixta	La trata comienza dentro de un país y se convierte después en internacional al ir más allá de las fronteras.

Elaboración propia

² Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

³ Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

⁴ Reglamento de la Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos aprobado mediante el Decreto Supremo 014-2005-SA y la ONU. Notas interpretativas del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, nota del artículo 3. https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077_Ebook-s.pdf.

3.2. Otros conceptos relevantes

La comprensión del delito de trata de personas exige poder diferenciarlo de otros conceptos y delitos. Estos serán los siguientes:

- Tráfico ilícito de migrantes
- Prostitución
- Proxenetismo
- Explotación sexual o laboral

3.2.1. Tráfico ilícito de migrantes

El Protocolo sobre Tráfico Ilícito de Migrantes por Aire, Mar y Tierra ha promovido la inclusión de este delito en el Código Penal peruano.⁵ Dicho instrumento internacional define el tráfico ilícito de migrantes de la siguiente manera:

Para los fines del presente Protocolo:

- a) Por tráfico ilícito de migrantes se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro medio de orden material. (Artículo 3 del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Aire, Mar y Tierra)

A su vez, el Código Penal define este delito de la siguiente forma:

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.

⁵ Artículo 303-A del Código Penal: «El favorecimiento o facilitación de la entrada o salida ilegal del país de una persona por parte de otra con el fin de que esta directa o indirectamente obtenga lucro o cualquier otro beneficio para sí o para tercero, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años».

A partir de esta definición pueden evidenciarse tres elementos esenciales:

- El carácter necesariamente transfronterizo de la movilidad o del traslado de las víctimas
- La afectación de la política migratoria de un país (Pérez 2004: 30)
- El propósito subjetivo de obtener lucro o una ventaja patrimonial con el traslado de personas

Como podemos observar, no se incluyen en la definición de tráfico ilícito de migrantes elementos como el fin de la explotación de personas ni se exige necesariamente la privación o restricción de la libertad de las víctimas. De igual manera, incorporar a esta definición un ánimo de lucro por el servicio prestado no implica la presencia de una situación de explotación del sujeto pasivo. Como analizaremos más adelante, debe distinguirse entre la obtención de un provecho económico por un servicio que se presta y la explotación misma de la persona, entendida esta como abuso o violación de sus derechos fundamentales. Podemos, entonces, definir el tráfico ilícito de migrantes como «la promoción o facilitación del desplazamiento irregular de una persona a un país distinto al suyo con el fin de obtener un provecho económico de dicho servicio de desplazamiento» (Daunis 2010: 20-21).

CUADRO 3.3. Diferencias entre la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes

DIFERENCIA	DESCRIPCIÓN
a) Consentimiento	Los migrantes consienten el tráfico ilícito; mientras que las víctimas de trata no lo consienten o si lo han hecho ha sido a través de una situación de asimetría de poder que invalida el supuesto consentimiento (Villacampa 2011: 360). Sin embargo, esta diferencia debe ser parcialmente matizada toda vez que los factores que motivan que un sujeto abandone su país para asentarse en otro países son, en la mayoría de los casos, situaciones extraordinarias que determinan una suerte de contexto coactivo: dictaduras, desastres, crisis económicas, conflictos internos que los imposibilitan a ver horizontes mínimamente dignos en sus países (Pérez 2004: 30). De cualquier forma, para nuestro Código Penal, el tráfico ilícito de inmigrantes no presupone, como elemento necesario, la privación o restricción de la libertad ni tampoco algún tipo de vicio del consentimiento. Tampoco el consentimiento enerva la relevancia penal de este delito, dado que se trata de un bien jurídico no disponible.

DIFERENCIA	DESCRIPCIÓN
b) Carácter trasnacional (Geronimi 2002:16)	La trata de personas no necesariamente supone el cruce de fronteras de una persona hacia otro Estado (lo que se conoce como trata internacional). Por el contrario, la trata de personas puede presentarse también en los casos de movilidad o tránsito de una persona dentro del propio territorio nacional (denominada trata interna) y también en los casos de movilidad o tránsito de una persona en la propia localidad, provincia o departamento (llamada trata local).
c) Ingreso irregular	El tráfico ilícito de migrantes supone el acto mediante el cual una persona trasladada o transporta a otra con el fin de que entre o salga del país, vulnerando el control migratorio de este, con la finalidad de obtener una ventaja patrimonial. En el caso de la trata de personas, por el contrario, no siempre se producirá el ingreso irregular al país receptor; salvo en los casos de trata internacional que implican un cruce irregular del control migratorio.
d) Finalidad	El tráfico de personas está orientado a que la persona llegue al país de destino; mientras que el caso de la trata de personas busca garantizar la explotación de la víctima (Villacampa 2011: 360).

Elaboración propia

En síntesis, el tráfico ilícito de migrantes se distingue de la trata de personas porque el primero opera con el consentimiento de la víctima, tiene un carácter necesariamente trasnacional, su propósito es el ingreso irregular de la persona al país de destino y no tiene una finalidad de explotación.

3.2.2. Prostitución

La prostitución en el mundo es una práctica que la ejercen mayoritariamente las mujeres. De manera que la prohibición de esta actividad en sí misma se ha justificado en la protección del roles tradicionales y estereotipos sexuales que recaen sobre las mujeres, bienes que no son protegibles por un derecho penal democrático y constitucional (Juliano 2012: 158).

El Código Penal usa el término «prostitución» en varias oportunidades: en la definición de la trata de personas (artículo 153), en el delito de favorecimiento de la prostitución (artículo 179) y en el delito de rufianismo (artículo 180). A pesar de ello, debe quedar claro que el legislador penal no criminaliza la prostitución como actividad en sí misma, sino a los terceros que intervienen en dicha actividad.

Ahora bien, podemos definir la prostitución como la prestación de servicios sexuales remunerados. En relación con el elemento de prestación de servicios sexuales, tradicionalmente la doctrina entendía solo el acceso carnal o la violación sexual típica. Sin embargo, esta concepción se amplió a otros supuestos análogos como el coito oral, la introducción de objetos, masturbaciones, tocamientos, besos, etcétera (Diez y Romeo 2004: 485). Por otro lado, la retribución o el precio tienen diversas interpretaciones. Algunas, como la manifestada por Aguado, señalan que «consiste en una contraprestación económica» (2004: 14-15). Sin embargo, consideramos que este elemento debe entenderse en sentido amplio como la obtención de una ventaja patrimonial o extrapatrimonial. Por ejemplo, sería prostitución la actividad sexual que ejerce la persona con el fin de obtener aprobación o protección en cierto grupo social.

Un sector de la doctrina exige que la prostitución sea voluntaria y negociada (Maqueda 2009: 61). Sin embargo, este concepto excluiría la prostitución infantil y la prostitución adulta que es producto de la coerción, el engaño o el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de poder; supuestos que han sido incluidos en preceptos legales nacionales, en especial en la tipificación del delito de trata de personas. Por este motivo hemos decidido no incorporar este elemento limitativo.

Otro sector de la literatura sostiene que los servicios sexuales se deben dar con cierta habitualidad y promiscuidad para que se les considere prostitución (Cobo y Quintanar 2002: 700; Tamarit 2002: 76-77; Aguado 2004: 14-15). Por promiscuidad se entiende la entrega del servicio sexual a una pluralidad de personas, sean estas seleccionadas o indiscriminadas (Aguado 2004: 15). Por su parte, la habitualidad hace referencia a que la prostitución no sea un acto aislado, sino que se constituya como una actividad en la que la persona hace de su sexualidad su objeto de comercio (García Pérez 2004: 487). Sin embargo, ambos conceptos tienen una connotación moralista-conservadora que, además, no se corresponde con la evolución de la prostitución (Tamarit 2002: 78). Existen supuestos en el Perú en los que la prostitución es ejercida por niñas y niños de manera intermitente. Casos en los que no se puede esperar que se dé la «habitualidad» para que el derecho penal intervenga (Orts y Suárez 2001: 209-2010). De esta manera, la habitualidad y la promiscuidad no posibilitan la comprensión de los casos de prostitución de niños, niñas y adolescentes (García Pérez 2004: 488).⁶

3.2.3. Proxenetismo

Para comprender el alcance y los límites del concepto de proxenetismo en la legislación penal peruana resulta importante situar este delito en el modelo político criminal frente a la prostitución.

⁶ En igual sentido, Cobo y Quintanar (2002: 704).

CUADRO 3.4. Los modelos políticos criminales frente a la prostitución

MODELO	DESCRIPCIÓN
Reglamentarismo	Considera que la prostitución es un mal que provoca la expansión de enfermedades infecciosas y/o una forma de atentado contra el orden público; sin embargo, la prostitución es un mal inevitable que no puede ser erradicado, por lo que solo debe ser controlado (Villacampa 2012: 3). En concordancia con estas premisas se proponen medidas como controles sanitarios obligatorios, creación de un registro de prostitutas y el establecimiento de espacios urbanos para estas actividades (Villacampa 2012: 3). Bajo este modelo no se prohíbe ni la prostitución ni el proxenetismo u otras conductas relacionadas con la venta de servicios sexuales; no obstante, tampoco se las legaliza.
Prohibicionismo	Se caracteriza por ver en la prostitución un atentado con la moral sexual; pero a diferencia del reglamentarismo se considera que la prostitución debe erradicarse a través de su prohibición (Villacampa 2012: 5). Bajo este modelo se reprime la prostitución en sí misma y toda conducta conexas a ella.
Regulacionismo	Promueve que la prostitución sea tomada como un contrato consensuado y negociado por el que la prostituta entrega un servicio erótico o de naturaleza sexual a cambio de una retribución económica (Maqueda 2009: 53). En este orden de ideas, promueve el reconocimiento al derecho al trabajo en condiciones laborales dignas, a las garantías jurídicas de protección frente al empleador, a la libertad de asociación y sindicalización, a la abolición de trabajo infantil, a la eliminación de discriminación en razón de su empleo, a descansos semanales, horarios limitados, vacaciones pagadas, horas extras, horario nocturno, protección frente al despido, prevención de riesgos laborales, entre otros (Maqueda 2009: 95-96). Así, se legaliza la prostitución y el proxenetismo, siempre que este sea libremente pactado.
Abolicionismo	Puede ser dividido en dos subtipos: a) el abolicionismo original; y b) el neoabolicionismo. El abolicionismo original surgió a fines del siglo XIX con el objetivo de defender a las mujeres que ejercían la prostitución de esta práctica considerada indigna; y estuvo detrás de diversos instrumentos internacionales orientados a criminalizar el proxenetismo, la tercería locativa y el rufianismo; mas no la prostitución en sí misma (Daunis 2010). Por su parte, el neoabolicionismo surge a fines del siglo XX y señala que la existencia de prácticas sociales como la prostitución y la pornografía cosifican a las mujeres y les ensaña a los hombres que las mujeres son solo objetos para su placer y dominio (Mackinnon 1995: 245). Este aprendizaje social es el factor que provoca las agresiones sexuales contra las mujeres y la demanda de trata de personas para la explotación sexual. Ante ello se propone reprimir penalmente no solo a los proxenetas, sino también la conducta de los consumidores/clientes.

Fuente: Villacampa (2012: 2).

Elaboración propia

El proxenetismo es un comportamiento que está directamente relacionado con el ejercicio de la prostitución. Puede definirse como cualquier tipo de conducta de favorecimiento, aprovechamiento o facilitación de la prostitución ajena. En esta medida, si bien la legislación peruana no se adhiere al modelo prohibicionista y no constituye a la prostitución como delito, el proxenetismo —como forma de intervención de terceros en el ejercicio de la prostitución ajena— sí se encuentra prohibido por diversos tipos penales.

En el concepto de proxenetismo se encuentran diversos supuestos tales como la tercería locativa (ser dueño o arrendador del local donde se ejerce la prostitución), la gestión, administración o coordinación del negocio de la prostitución (Morales y García 2000: 344), o la explotación del ejercicio de la prostitución ajena. Este último caso comprendería los casos de rufianismo como se verá posteriormente. En esta línea, la legislación penal peruana se orienta a un modelo abolicionista tradicional. Esto implica la incorporación de una serie de disposiciones penales dirigidas a criminalizar las diversas formas de intervención de terceros en el ejercicio de la prostitución ajena: el favorecimiento a la prostitución (artículo 179), el usuario-cliente (artículo 179-A), el rufianismo (artículo 180) y el proxenetismo (artículo 181).

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

Desde la definición adoptada, el proxenetismo no exige entonces que el ejercicio de la prostitución se produzca por medio de la violencia, la amenaza o algún vicio del consentimiento de la prostituta a diferencia de la trata.⁷ La definición propuesta tampoco presupone la presencia de ánimo de lucro u otro fin particularmente especial por parte del proxeneta. Sobre el particular, no se debe confundir la ausencia de ánimo de lucro en el proxeneta con la exigencia de ánimo de lucro (o de obtención de ventaja patrimonial) por parte de la prostituta.

3.2.4. Explotación de personas

La explotación de personas es conocida por un sector de la literatura como la «esclavitud del siglo XXI» (Anguita 2007: 15). La antigua esclavitud podía definirse como «el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos» (Villacampa 2013: 309). Sin embargo, la explotación actual tiene un conjunto de características que la diferencian de la esclavitud tradicional. Según Villacampa (2011: 53-56), estas diferencias se pueden expresar de la siguiente forma:

⁷ En consecuencia, es perfectamente posible concebir un supuesto de proxenetismo sobre el ejercicio de la prostitución ajena consentida.

CUADRO 3.5. Diferencias entre el concepto de la explotación contemporánea con el concepto de esclavitud

ESCLAVITUD ANTIGUA	EXPLOTACIÓN CONTEMPORÁNEA
Los dueños adquieren la propiedad de los esclavos.	Los explotadores tienen subyugados a los «esclavos», pero no tienen su «propiedad» formal y legal.
Los esclavos tenían un coste de adquisición elevado, ya que era difícil su transporte. Además, no había la cantidad de habitantes que hay en la actualidad.	La globalización de las comunicaciones, la explosión demográfica y la pobreza han hecho fácil y barata la captación y el traslado de los «esclavos».
La relación entre patrono y esclavo es de largo plazo en la mayoría de ocasiones.	La relación entre explotador y explotado se reduce en el tiempo, y es frecuente que los nuevos «esclavos» pasen de mano en mano más rápido.
La esclavitud estaba sostenida por diferencias étnicas o raciales avaladas por el sistema jurídico.	La explotación está más relacionada con estructuras sociales caracterizadas por la pobreza y la violencia de género.

Elaboración propia

Lo dicho antes nos permite esbozar un concepto de explotación que la entiende como una relación de control y dominio en virtud de la cual una persona instrumentaliza a otra a efectos de que aquella practique actividades con el propósito de obtener cualquier ventaja (patrimonial o no patrimonial). Este control o dominio no se fundamenta en un reconocimiento jurídico, sino ante una situación de vulnerabilidad que suele estar vinculada con una relación asimétrica de poder. Se trata de una relación que se origina en la pobreza, el engaño, la violencia o en otra situación de abuso de poder frente a una situación de vulnerabilidad.

Sentido débil del concepto de explotación

El concepto que hemos brindado tiene un sentido «fuerte» y se corresponde con el concepto usado en el delito de trata de personas. Sin embargo, es preciso señalar que el Código Penal maneja un sentido menos fuerte cuando se hace referencia a la explotación en el delito de rufianismo. Así, este sentido «débil» del concepto de explotación se refiere a la relación por la que se produce el aprovechamiento económico del ejercicio de la actividad sexual o del ejercicio de un oficio o de una profesión de otra persona.

En el caso de la explotación sexual infantil⁸ existen diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos de los niños, de las niñas y de los adolescentes que delimitan de manera bastante precisa los alcances de esta práctica de violación de sus derechos humanos. Así, tanto la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 19 y 34), el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativos a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía (artículos 1 y 3) como el Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil (Convenio 182) nos ofrecen una serie de elementos para su delimitación.

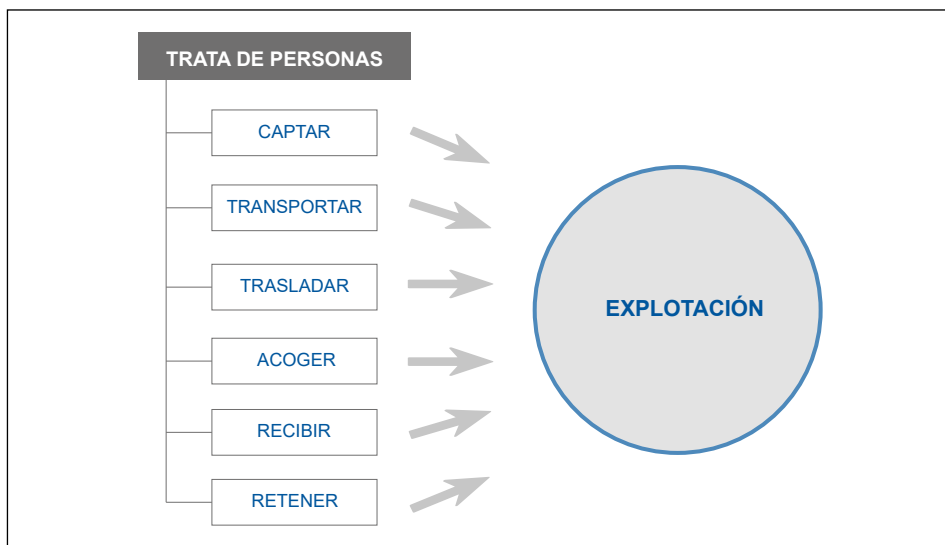
El concepto de la explotación sexual infantil

Aquella conducta que implique instrumentalizar o abusar de un niño, de una niña o de un adolescente para que este practique actividades con connotación sexual que tienen como finalidad obtener alguna ventaja patrimonial o de cualquier otra índole. En este caso, la relación de control o dominio se fundamenta en la asimetría de poder ocasionada por el desarrollo biológico y social del niño, de la niña y del adolescente.

Ahora bien, ¿cómo se relaciona la trata de personas con la explotación? Como ya vimos, los comportamientos calificados como trata implican colocar a la víctima en peligro de explotación, con independencia de que aquella se haga efectiva (Pomares 2011: 13-15). Es decir, la trata y la explotación son dos momentos distintos de un mismo proceso de dominio y control. En la explotación, el control sirve para que la persona realice determinadas actividades (como la prostitución o el trabajo en minería); mientras que, en la trata, el control busca garantizar que la persona sea colocada en una situación que permita luego su explotación. La trata está compuesta, pues, por los compartimentos de riesgo que conforman el proceso previo a la explotación efectiva de la persona.

⁸ De aquí en adelante preferimos hablar de Explotación Sexual Infantil (ESI) y no de Explotación Sexual Comercial Infantil (ESCI) como se hace en los Congresos Mundiales sobre Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes (Estocolmo 1996) en razón de que consideramos que la explotación sexual no necesariamente puede tener un propósito patrimonial. La expresión ESCI surgió como alternativa a la expresión «prostitución infantil» que según se menciona tendría connotaciones culpabilizantes hacia la propia menor olvidando su condición de víctima. Sobre este problema, véase ECPAT (2009: 9 ss.). Se usa también la expresión ESCI en AEI, OIT e Instituto de Estudios por La Infancia (2004). También se usa esta expresión en OIT (2001: 11).

GRÁFICO 3.1 Diferencias entre la trata de personas y la explotación



Elaboración propia

3.2.5. Rufianismo

Desde nuestra perspectiva, el rufianismo es la forma más intensa y grave de proxenetismo. Se puede definir como la explotación de la prostitución ajena. En el caso del rufianismo, entenderemos la explotación en un sentido débil como aprovechamiento económico del ejercicio de la prostitución ajena. Teniendo en cuenta esta definición, el rufianismo no exige necesariamente un vicio de la voluntad por parte de la prostituta ni ausencia de consentimiento a diferencia de la trata de personas. En ese sentido, el rufianismo puede coincidir con actos de coacción, violencia o amenaza dirigidas contra la prostituta; sin embargo, ello no siempre ocurre así. Asimismo, la explotación del ejercicio de la prostitución ajena no supone siempre actos de restricción de la libertad o situación de violación de los derechos humanos de la prostituta.

3.3. El bien jurídico en el delito de trata de personas

Existen tres posiciones sobre cuál es el bien jurídico protegido en el tipo penal de trata de personas.⁹ En las líneas siguientes se resumen estas posiciones y se indica la más adecuada teniendo en cuenta el marco internacional, constitucional y la tipificación interna.

⁹ Hemos descartado algunas posiciones residuales en virtud de su escasa trascendencia para la discusión en la doctrina nacional. Por ejemplo, hemos descartado la perspectiva de un sector de la doctrina española que señalaba a la política migratoria como bien jurídico protegido. Esta discusión se debía a la pésima técnica legislativa del Parlamento español, que incluía el delito de trata de personas como un agravante del delito de tráfico ilícito de migrantes.

3.3.1. Problemas con la libertad ambulatoria como bien jurídico protegido¹⁰

Un sector de la jurisprudencia y la doctrina nacional sostiene que la libertad ambulatoria es el concreto bien jurídico protegido en el tipo penal de trata de personas (Salinas Siccha 2015: 546). Esta postura se fundamenta en dos razones:

- Algunos medios comisivos del delito que implican mecanismos por los cuales se restringe la voluntad de la víctima. Estos denotan distintas intensidades de afectación a la libertad ambulatoria (por ejemplo: la violencia, la amenaza, el engaño, el abuso de autoridad, etcétera) (Salinas Siccha 2015: 546).
- La ubicación sistemática del delito de trata de personas en nuestro Código Penal. Este tipo penal se encuentra en los delitos contra la libertad individual, junto a los delitos de coacción y secuestro.

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

No obstante, existen dos argumentos que contradicen esta posición. Por un lado, se señala que esta postura no puede explicar la trata de menores de edad (incluso menores de 18 años), en la cual los medios de comisión son irrelevantes; o los casos de aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad, en el caso de víctimas mayores de edad. Por otro lado, la referida posición no tiene en cuenta una de las principales características del fenómeno de la trata en el mundo: la asimetría de poder entre el tratante y la víctima que asegura su control y dominio.

Este crimen está asociado en muchos casos a contextos sociales en los que las víctimas se encuentran en situaciones de vulnerabilidad que las lleva a aceptar ser tratadas y/o explotadas. Es por estos motivos que el Protocolo de Palermo en su artículo 3, inciso b) y el Código Penal en el artículo 153, numeral 3 han señalado que el consentimiento dado aun por la víctima mayor de edad carece de efectos jurídicos cuando el agente haya recurrido a los medios mencionados líneas arriba. Más aún, en los medios regulados se incluye el «abuso de una situación de vulnerabilidad», abarcando así supuestos en el que el tratante, sin usar un medio de coacción, se aprovecha de que la víctima está en una

¹⁰ Esta es la posición seguida preferentemente por la doctrina nacional. Los profesores Salinas Siccha y Peña Cabrera sostienen que la libertad personal es el bien jurídico protegido en este delito.

situación de vulnerabilidad económica, física, emocional, familiar o social (Villacampa 2010: 845). Por tanto, la postura antes descrita no se corresponde con la *ratio* del delito de trata de personas.

Lamentablemente, la postura antes señalada no solo presenta problemas teóricos; sino que, al ser plasmada en casos reales, genera impunidad. Y es que si se parte de la premisa «el bien jurídico es la libertad», se desprende de manera lógica que será necesario: a) la concurrencia de elementos de coacción (violencia o amenaza) y b) ausencia de consentimiento. Como se puede observar, esto contradice abiertamente lo dispuesto por las normas nacionales e internacionales respecto al «consentimiento» de las víctimas y al «abuso de una situación de vulnerabilidad».

3.3.2. ¿Pluralidad de bienes jurídicos protegidos?

Esta posición considera que detrás del delito de trata de personas existe una pluralidad de bienes jurídicos protegidos que dependerá de cada modalidad de explotación prohibida. Así, por ejemplo, en los casos de trata con fines de explotación laboral, el bien jurídico sería la libertad laboral; mientras que, en los casos de trata con fines de explotación sexual, el bien jurídico sería la libertad sexual. En una postura semejante, Prado indica que la trata de persona afecta la libertad, pero también proyecta sus efectos a otros intereses como la seguridad personal, la salud individual y la vigencia universal de los derechos humanos (2016: 381).¹¹

Ahora bien, la antijuricidad de los llamados «delitos pluriofensivos» exige que la vulneración de todos los bienes jurídicos considerados protegidos o que la lesión de uno de los bienes jurídicos comprometidos subsuma la lesión del otro (Meini 2014: 86). Por este motivo, quienes consideran que la trata de personas es un delito pluriofensivo exigen que, para su consumación, se afecten todos los bienes jurídicos supuestamente protegidos (Serra y Lloria 2007: 202). Sin embargo, existen supuestos, como vimos antes, que no afectan la libertad ambulatoria (imaginemos los casos de trata abusiva); como también existen otros en los que no se afecta la salud o la libertad sexual (imaginemos los casos de trata laboral). Así, esta postura no resulta viable, ya que no en todos los casos de trata de personas se afecta esta pluralidad de bienes jurídicos supuestamente protegidos. La postura en favor de la pluriofensividad de este delito tiene una estructura difusa que no contribuye con una interpretación estable del tipo penal, ni tampoco con su función de resolver los problemas de concurrencia con delitos afines.¹²

¹¹ Es preciso señalar que para este autor la pluralidad de bienes jurídicos protegidos se traduce, finalmente, en la afectación a la dignidad humana.

¹² En la doctrina española algunos autores consideran la existencia de dos bienes jurídicos protegidos en el delito de trata de personas: la dignidad personal y la libertad. Así: Terradillos (2016: 178); Aboso (2013: 55). Estas posturas obedecen a un esfuerzo interpretativo que planteaba la deficiente técnica legislativa española antes de la reforma del 2003. Dado que la figura de trata de personas se encontraba dentro de los delitos de favorecimiento de la prostitución, los autores no podían prescindir de la libertad sexual como bien jurídico. Sin embargo, detectaron elementos que trascendían la mera restricción de la libertad y que implicaban situaciones de instrumentalización de las personas que atentaba al núcleo de la dignidad humana.

3.3.3. La dignidad como bien jurídico protegido

Esta es la posición mayoritaria de la doctrina penal comparada (Villacampa 2011: 396).¹³ Sin embargo, hay una discusión en torno a la manera en la que se debe entender la dignidad. En este sentido, un sector propone un concepto de dignidad muy próximo o cercano a la libertad (Daunis 2013: 77). Así, este sector de la doctrina considera que la dignidad se corresponde con la capacidad de «autodeterminarse conscientemente, desarrollar libremente su personalidad, desplegando su propia capacidad jurídica y obrando de forma autónoma e independiente» (Daunis 2013: 76).

Lamentablemente, esta postura reduce drásticamente el ámbito de aplicación del tipo penal de trata, ya que exige la no existencia de consentimiento de la persona que es tratada (Rodríguez 2016). Daunis indica que solo se puede dar el delito de trata «cuando el sujeto sobre el que recae la acción de captación, traslado o recepción no hubiese consentido libremente su posterior explotación» (2013: 77). Como vimos, esta propuesta, tal como sucede con la libertad ambulatoria como bien jurídico, no se corresponde con la esencia de la trata de personas especialmente en países caracterizados por vulnerabilidad derivada de la pobreza y la violencia de género.

Por los motivos antes señalados, el bien jurídico que responde mejor a la naturaleza de la trata de personas es la dignidad humana entendida como integridad moral. Como ya señalamos, la trata implica colocar a una persona en una situación en la que puede ser usada como un objeto en razón de fines mercantilistas, anulando su capacidad de actuar como una persona autónoma (Martoz 2012: 100).¹⁴ Esta cosificación, instrumentalización o mercantilización daña la esencia misma de la persona (Alonso 2007: 5). A esta esencia se le llama genéricamente «dignidad humana» y, especialmente, «integridad moral» (Alonso 2007: 6). Así, es posible identificar a la dignidad, en un sentido de «integridad moral», como un bien jurídico de contenido específico y autónomo que no puede ser alcanzado totalmente por cada derecho independientemente considerado.¹⁵ Así, la dignidad impide todo «trato vejatorio que represente convertir en cosas a los seres humanos» (Villacampa 2007: 1119).

Concepto de dignidad

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

¹³ La autora cita también dentro de esta posición a Pérez Cepeda (2004). Además, si incluimos en esta posición a aquellos que conciben el bien jurídico como integridad moral, pueden citarse a autores como De León Villalba, Pérez Alonso, García Arán, Carmona Salgado, Laurenzo Copello, entre otros.

¹⁴ En la misma línea: Villacampa (2012: 338).

¹⁵ Sobre esta diferenciación: Benda (2001: 120-121). Los críticos que cuestionan el rendimiento de la dignidad como bien jurídico protegido solo cuestionan la función de la dignidad como valor presente en todos los derechos fundamentales, mas no su contenido autónomo.

La trata de personas, en consecuencia, describe un proceso que implica justamente un atentado al núcleo fundamental de la personalidad humana porque supone la vulneración de la esencia misma de la persona (Villacampa 2011: 837). Desde nuestra perspectiva, esta es la posición correcta; a pesar de que no se condiga con la ubicación sistemática del tipo penal. Así, nuestra postura coincide con la perspectiva asumida por diversos instrumentos internacionales de protección frente a la trata de personas; entre otros previamente mencionados, el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos que considera en su preámbulo que la trata de personas constituye una violación de los derechos humanos y un atentado a la dignidad. Además, la CIDH se ha pronunciado en ese sentido considerando que el delito de trata de personas acarrea la vulneración de otros derechos humanos y vulnera la dignidad e integridad de la víctima (2013: 351).

3.4. Injusto penal

Según la tipificación del artículo 153, podemos identificar tres elementos básicos que caracterizan el tipo penal de la trata de personas:¹⁶

- Los comportamientos o las conductas que se corresponden con el proceso por el cual la víctima es colocada en una situación de peligro de ser explotada
- Los medios que expresan la asimetría de poder entre la tratante y la persona tratada, que garantiza el control de la primera y vician la voluntad de la segunda (Montoya 2016: 403)
- Los fines de explotación de la trata

A continuación analizaremos estos elementos, además de otras características del delito de trata de personas frente al sujeto activo y la consumación del delito.

3.4.1. Sujeto activo

El sujeto activo es la persona física que realiza la conducta típica. El delito de trata de personas, en su modalidad básica, constituye un delito común y no un delito especial. En ese sentido, cualquier persona natural puede resultar autora de la comisión de este delito si produce la captación, el traslado, el transporte, la acogida, la recepción o la retención (Prado 2016: 384).

¹⁶ Sobre estos tres elementos véase Geronimi (2002: 20) y también Cortés (2006: 4-6).

Cómplices primarios o instigadores del delito de trata

El numeral 5 del artículo 153 establece las conductas de «promover, favorecer, financiar y facilitar», conductas que encajan perfectamente en las modalidades de participación delictiva antes señaladas (Prado 2016: 390).¹⁷

Estas conductas pueden definirse de la siguiente manera:

- **Promoción.** Implica cualquier comportamiento que estimule, instigue, anime o induzca a la captación, al transporte, al traslado, a la acogida, a la recepción o a la retención de la víctima con fines de explotación (Salinas Siccha 2015: 561). Aquí están incluidos, principalmente, los supuestos de instigación (Prado 2016: 390).
- **Favorecimiento.** Cualquier conducta que permita la expansión o extensión de actos de captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de la víctima por parte de otra que no realizaba estas conductas (Salinas Siccha 2015: 561).
- **Financiación.** Implica la subvención o contribución económica de las conductas antes mencionadas.
- **Facilitación.** Cualquier comportamiento que coopere, ayude o contribuya con la captación, el transporte, el traslado, la acogida, la recepción o la retención de la víctima (Salinas Siccha 2015: 561).

La consignación autónoma de estos tipos de participación se debe a que el legislador ha considerado necesario señalar que estos supuestos tendrán la misma pena que los autores del delito.

A diferencia del Protocolo de Palermo contra la trata de personas, que podría presuponer un sujeto activo colectivo, es decir, la existencia de un grupo delictivo organizado (Geronimi 2002: 21), el tipo penal interno recogido en el artículo 153 del Código Penal no establece como elemento necesario la existencia de una pluralidad de perpetradores. En consecuencia, nos encontramos ante un delito monosubjetivo. Es decir, basta que una persona se adecue a cualquiera de las conductas que se señalan en el tipo para que se configure como sujeto activo del delito.

Sin perjuicio de lo antes dicho, desde una perspectiva criminológica, en algunos supuestos varios sujetos concurren en la realización del hecho delictivo. Esto está relacionado con dos aspectos criminológicos de la trata de personas:

¹⁷ En el mismo sentido: Salinas Siccha (2015: 559).

- Es un delito proceso. Como hemos dicho, la trata no se centra en la etapa de explotación, sino en los comportamientos que colocan a la víctima en peligro de ser explotada (Villacampa 2011: 57). Es decir, en el tránsito o proceso de una situación de no sometimiento a una situación de sometimiento (Villacampa 2011: 57). Como bien señala la doctrina internacional, esto no supone que el concepto normativo de trata exija la captación, el desplazamiento o transporte; sino que únicamente anuncia que el concepto criminológico de la trata se desenvuelve usualmente en varias fases (Villacampa 2011: 57).

Es en este sentido criminológico que es frecuente, pero no necesario, que distintos actores intervengan en las distintas fases de la trata. De manera que es posible encontrar casos en los que, por ejemplo, algunas personas sean autoras por su intervención en la captación, otras por su intervención en el transporte y otras por su intervención en la retención. Así, podríamos estar ante casos de autorías independientes o de coautoría, ahí donde exista una decisión y realización común (Villavicencio 2014: 483-486).

- Está en ocasiones relacionada con el crimen organizado. Cuando los casos en los que el delito es cometido en el seno de una agrupación de tres o más personas, con división de funciones, con carácter estable o indefinido en el tiempo y que exista o funcione de manera concertada o coordinada y con la finalidad de cometer delitos (Salinas Siccha 2015: 572).

Es importante indicar que el delito debe ser un acto cometido por una o varias personas en razón de su pertenencia a la organización. Esto permitirá que se cometa no solo el delito de trata, sino también el delito de asociación ilícita; delito que tiene un injusto de organización totalmente independiente de los hechos delictivos específicos (Mañalich 2011: 294).¹⁸ Y es que en este caso no solo se está ante un acto de trata de personas que pone en riesgo la dignidad de las personas, sino también ante la existencia de un acto de pertenencia a una organización con disposición de potencial humano y técnico que pone en peligro la capacidad del Estado de tener el monopolio de la violencia (Cancio s. a.: 36). Por tanto, en estos casos estaremos ante un concurso real entre la trata de personas (cuyo bien jurídico es la dignidad) y la asociación ilícita para delinquir (cuyo bien jurídico es el mismo monopolio de la violencia), contenida en el artículo 317 inciso a) del Código Penal (véase el Acuerdo Plenario 4-2006/CJ-116).¹⁹ Esto se desarrollará más detenidamente en el capítulo siguiente.

¹⁸ En esta misma línea está el Acuerdo Plenario 4/2006-CJ-116, fundamento 12.

¹⁹ Del 13 de octubre de 2006.

Por otro lado, el artículo 153-A del Código Penal incorpora diversas modalidades agravadas de trata de personas. Estos agravantes obedecen a diversas razones,²⁰ pero nos concentraremos en aquellos supuestos referidos a la cualidad especial del sujeto activo. Este es el caso en el que el sujeto abusa de su dominio o control especial devenido de su función pública o su lazo de familiaridad o convivencia. En ambos casos estamos ante personas que han asumido una posición de garante reforzada, por lo que su imputación se podrá realizar también en condición de autores por comisión por omisión.²¹

¿Qué es la comisión por omisión?

La comisión por omisión está regulada en el artículo 13 del Código Penal²² y se refiere a aquellos supuestos en los que un *dejar de hacer* es equiparado, valorativamente, a una generación activa del resultado típico. ¿Cuáles son los elementos de esta figura? Según Mir Puig, el tipo de comisión por omisión presenta los siguientes elementos: producción de un resultado (lesión de bienes jurídicos), la posibilidad de evitarlo y la posición de garante (2011: 324).

La posición de garante es el elemento que da fundamento a la comisión por omisión. Este se origina en que el sujeto activo asume la custodia o protección del bien jurídico a partir de su control o dominio sobre la situación de vulnerabilidad del bien jurídico protegido por el tipo penal (Schunemann 2004: 21). Dicho en palabras de Silva, el sujeto adquiere voluntariamente un compromiso de actuar como «barrera de contención ante riesgos concretos que amenazan determinados bienes jurídicos» (2004: 16). Este compromiso se producirá en algunos casos de funcionarios públicos y familiares frente a la trata de personas.

Ejemplo 1

Un padre tiene a su cargo a su hija de 10 años. Él permite que un vecino la transporte a otra localidad para ser explotada laboralmente como trabajadora del hogar. Si el padre actúa con dolo responderá como autor, por comisión por omisión, del delito de trata de personas.

²⁰ Tres grupos de razones parecen explicar las agravantes del delito de trata de personas en el Perú (artículo 153-A del Código Penal): i) los supuestos referidos a la cualidad especial del sujeto activo, aspecto que les otorga especial autoridad y superioridad sobre la víctima (incisos 1, 2 y 5), ii) los supuestos referidos a la dañosidad de la conducta (inciso 3, inciso 1 segundo párrafo), y iii) los supuestos referidos a la vulnerabilidad de la víctima (inciso 4, inciso 6 e inciso 2 segundo párrafo).

²¹ Según el artículo 13 de nuestro Código Penal, aquel sujeto que, teniendo posición de garante o de protección sobre la víctima, no impide o no evita la comisión de un delito de trata por parte de otras personas respecto de la mencionada víctima, será responsable como autor en comisión por omisión del delito de trata de personas, en su modalidad agravada.

²² Según el artículo 13 de nuestro Código Penal, aquel sujeto que, teniendo posición de garante o de protección sobre la víctima, no impide o no evita la comisión de un delito de trata por parte de otras personas respecto de la mencionada víctima, será responsable como autor en comisión por omisión del delito de trata de personas, en su modalidad agravada.

Ejemplo 2

Un funcionario público está encargado de supervisar los bares de la ciudad para identificar casos de trata de personas. El funcionario descubre, en un bar, que hay varias personas retenidas para ser luego explotadas sexualmente. El funcionario público es sobornado y no denuncia el hecho; permite que las víctimas continúen siendo retenidas. El funcionario público comete el delito de trata por comisión por omisión.

Finalmente, cabe mencionar a la persona jurídica como sujeto activo de este delito. En nuestro ordenamiento jurídico aún no se reconoce la responsabilidad penal originaria de la persona jurídica. Sin embargo, sí se contemplan una serie de medidas punitivas de carácter accesorio que pueden imponerse a aquellas entidades que fueron usadas o que se beneficiaron con la realización del delito de trata de personas (Acuerdo Plenario 07-2009/CJ-116).²³

3.4.2. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico protegido. Es decir, el titular de la dignidad individual protegida. En ese sentido, el sujeto pasivo es la víctima concreta que es objeto de captación, traslado, transporte, recepción, acogimiento o retención con fines de explotación. Algunos autores han considerado que el delito de trata de personas es un crimen de lesa humanidad y que, por tanto, el sujeto pasivo es la comunidad internacional. Sin embargo, esta consideración especial solo es posible en algunas de sus modalidades (fines de explotación sexual, embarazo forzado, etcétera) y siempre que sean parte de un ataque generalizado o sistemático (Mateus y otros 2009: 35).

3.4.3. Conductas típicas

Como se ha explicado anteriormente, el delito de trata de personas contiene una prohibición normativa de colocar a una persona en una situación de peligro de ser explotada. En tal sentido, esta prohibición normativa ha sido expresada por el legislador a través de seis conductas. Es importante recordar que la verificación de cualquiera de las conductas indicadas con fines de explotación y apelando a los medios coercitivos indicados configuran un delito de trata de personas, independientemente de la etapa que haya alcanzado el proceso en su conjunto (Geronimi 2002: 21).

²³ Del 13 de octubre de 2009.

- a) **Captación.** Es en muchos casos la primera cadena del eslabón del fenómeno de la trata de personas (Mateus y otros 2009: 41). Sin embargo, esta no es una conducta que necesariamente debe ocurrir o probarse. Basta que se configure alguna de las otras conductas y se verifique alguno de los medios coercitivos y los fines de explotación para comprobar la ocurrencia del delito.

Ahora bien, para que se produzca la captación se requiere algo más que la mera oferta de cualquier tipo de servicio o actividad, y debe producirse la entrada de la víctima en la esfera de dominio del autor (Villacampa 2011: 416). Esto se produce a través de un acuerdo (viciado por el engaño, el fraude, el abuso de poder o la situación de vulnerabilidad) o a través de la violencia o el secuestro. Como veremos luego, de producirse solo la oferta de trabajo, estaríamos ante una tentativa de trata de personas.

Formas de reclutamiento o modalidades de captación de las víctimas

- Las falsas ofertas de empleo (de empresas formales o informales²⁴) y mejores condiciones de vida a través de la prensa, los volantes, los paneles, la televisión, la Internet, entre otros mecanismos de difusión.
- La seducción, por medio de la cual se crean lazos afectivos con la víctima o el engaño directo a esta.
- Ofertas de matrimonio con extranjeros o personas acaudaladas (Aboso 2013: 74).

Fuente: Cubas (2008: 40).

- b) **Transporte.** Se alude a cualquier conducta de traslado de la víctima de un lugar a otro dentro o fuera del territorio nacional. Evidentemente, no es suficiente con la sola organización del transporte o con el solo acompañamiento de una persona durante el transporte; es importante que dicha conducta (transportar) genere un riesgo prohibido. Esta situación solo es posible de evidenciar cuando el tratante mantiene una cierta relación de dominio frente a la víctima, lo que le permite controlar el curso de los acontecimientos (Mateus y otros 2009: 42).²⁵
- c) **Traslado.** En términos generales, el concepto de traslado resulta difícil de diferenciar del de transporte. Una primera interpretación nos señala que se trata de conceptos equivalentes y, en ese sentido, es innecesario diferenciarlos. Una

²⁴ No se comprende, entonces, la sentencia del 2 de julio de 2008 por medio de la cual la jueza de Nauta absuelve a un acusado de trata al considerar que el haber encontrado a una menor de edad en un local comercial formal no resulta prueba de explotación sexual de la menor.

²⁵ En el mismo sentido: Aboso (2013: 77).

segunda interpretación pretende darle un sentido novedoso que permita abarcar una de las conductas registradas en el Protocolo de Palermo, pero que no se halla explícitamente en la tipificación interna. Nos referimos al traslado entendido como el traspaso de control sobre²⁶ una persona que es objeto de trata. Efectivamente, el Protocolo de Palermo se refiere con esta conducta a la «concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra». Así, la modalidad de traslado puede servir para cubrir algunos casos aparentemente no previstos por nuestro tipo penal sobre trata de personas. Por ejemplo, los casos de los padres que, a cambio de dinero, permiten que su hija menor de edad sea explotada sexualmente en su propia casa.

- d) **Acogida.** Implica admitir en su hogar o domicilio a una persona víctima de trata, darle albergue o refugio (Mateus y otros 2009: 44). Es decir, estamos ante un caso de alojamiento transitorio o provisional de la víctima que está siendo llevada desde el lugar de captación al lugar de recepción (Prado 2016: 389).
- e) **Recepción.** Supone recoger a la víctima que es transportada de un lugar a otro, sea el destino final o sea un lugar de tránsito (Mateus y otros 2009: 44). Cabe mencionar que la persona que recibe a una persona objeto de trata no necesariamente es la misma que da acogida a la víctima.
- f) **Retención.** No solo abarca la conducta dirigida a privar la libertad ambulatoria de la víctima a través del uso de violencia u otro medio consignado en el tipo penal (Prado 2016: 389), sino que supone todo acto que permita que la víctima se mantenga en una situación de peligro de explotación. En esta medida, esta conducta no solo se puede dar en las modalidades de trata forzada o fraudulenta, sino también en la modalidad de trata abusiva. Esto ocurrirá, por ejemplo, cuando el tratante se aprovecha de la situación de pobreza o de dependencia económica para que la víctima se quede en un lugar en donde es explotada.

Las conductas anteriores pueden operar de manera alternativa. De manera que, como dijimos antes, no es necesario que se dé siempre la conducta de captación o la conducta de transporte. Tampoco es necesario que la víctima experimente una situación de desarraigo. Así, aunque el fenómeno del desarraigo se presente con frecuencia en los casos de trata internacional o trata que involucre el transporte, este no constituye un elemento normativo necesario para la configuración de este delito.

El Acuerdo Plenario 3-2011/CJ-116 (fundamentos 13 y 18) parece concebir el delito de trata de personas como un delito de comportamientos traslativos de la víctima, de modo que un tercero sea el que la explote sexualmente. Esto significa que el sujeto activo no puede ser el que explota sexualmente a la víctima. Consideramos que esta posición

²⁶ El Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos de Varsovia del 16 de mayo de 2005.

es errónea y restrictiva con relación al alcance del tipo penal. Más aún, en el caso de la retención es usual que la persona que explote a la víctima sea quien la retenga para mantenerla en dicha situación.

En general, el delito de trata de personas alcanza a quien acoge, recibe o retiene a una víctima con fines de explotación cuando esta se está efectivamente produciendo. En este último caso estamos ante la fase de agotamiento del mismo delito de trata de personas.

Dado que estas conductas típicas no requieren materializarse en situaciones concretas de explotación de una persona, el tipo penal se configura como delito de peligro concreto.²⁷ En otras palabras, la materialización de las conductas pone en peligro concreto el bien jurídico protegido, es decir, la dignidad de la persona. Así, con la realización de cualquiera de las conductas típicas indicadas nos encaminamos casi inmediatamente a una situación de instrumentalización o explotación de la víctima. Más adelante profundizaremos sobre estas ideas cuando analicemos el momento de consumación de este delito.

3.4.4. Medios típicos

Los medios típicos son los mecanismos que el Protocolo de Palermo y el tipo penal peruano exigen para la relevancia penal de las conductas típicas. Existe la falsa y errónea creencia de que la trata de personas solo opera a través de la violencia o del fraude; sin embargo, como vimos antes, la naturaleza de la trata de personas está relacionada con la asimetría de poder, hecho que ocasiona que en la mayoría de los casos las víctimas conozcan su destino y las condiciones de explotación a las que serán sometidas (Aboso 2013: 90-91). En este orden de ideas, los medios típicos son solo una forma de explicitación de la asimetría de poder entre la víctima y el tratante que vicia el consentimiento de aquella (Montoya 2016: 403).

Si los medios típicos responden a la asimetría de poder que vicia el consentimiento de la víctima, es lógico que los operadores legales que se enfrentan a un supuesto caso de trata de personas no inicien su análisis buscando encontrar el consentimiento de la víctima respecto de la trata y/o de la explotación. Por el contrario, el análisis debe partir de identificar en el caso los siguientes medios típicos:

- a) ***Abuso de una situación de vulnerabilidad o de poder.*** Se trata de supuestos de trata abusiva. Estos son los medios típicos más importantes, por su recurrencia en países con desigualdad social, y complejos del delito de trata de personas. Sobre este, el abuso de la situación de vulnerabilidad, la doctrina internacional (Villacampa 2011: 427) y la Unión Europea, a través de su decisión Marco 2002/629/JAI, han hecho importantes avances en su interpretación, y han indicado que por «situación

²⁷ No compartimos la posición de Mateus y otros (2009: 48) de calificar el delito de trata de personas como delito de peligro abstracto.

de vulnerabilidad» se debe entender aquella por la que la víctima «no tenga un alternativa real y aceptable, salvo someterse al abuso».

La vulnerabilidad puede ser de naturaleza física, psicológica, emocional, familiar, social o económica. Esta situación provocará que se produzca una asimetría de poder entre la víctima y el tratante, quien se aprovechará de la posición de inferioridad en la que se encuentra la primera para obtener su aceptación de ser captada, transportada, trasladada, acogida, recibida o retenida para luego ser explotada. Como vemos, no es necesario que el tratante cree la situación de vulnerabilidad (Aboso 2013: 84). Tampoco es necesario que medie entre el sujeto activo y el sujeto pasivo algún tipo de relación de jerarquía, sino que basta con que el sujeto activo se encuentre en una situación que le otorgue cierto poder a partir del cual se deriva una correlativa dependencia o inferioridad (Tamarit 2002: 93). En este sentido, el abuso de poder es el reverso del abuso de la situación de vulnerabilidad al hacer referencia a una posición de superioridad basada en la dependencia o inferioridad de la víctima (Villacampa 2011: 428).

Posición con relación a la supuesta dependencia de la vulnerabilidad con el medio «engaño»

Un sector de la doctrina considera que este es un medio dependiente del engaño (Salinas Siccha 2015: 556), pero no existe base jurídica para pensar esto. Por el contrario, la situación de vulnerabilidad aprovechada por el tratante es el elemento que expresa mejor la asimetría de poder de la que se vale el sujeto activo para cometer el delito. Por tanto, estamos ante un medio autónomo que puede usarse en cualquiera de las conductas.

Son ejemplos de situación de vulnerabilidad los siguientes: pobreza, situación irregular en el país, violencia doméstica o intrafamiliar, violencia de género, enfermedad, dependencia de sustancias tóxicas, estado de gestación, la situación de discapacidad (entendida desde el modelo social plasmado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no por el funcionamiento orgánico distinto, sino por las barreras sociales impuestas a las personas con estas características), entre otros. En cualquier caso, no basta con que la víctima o el agresor se encuentren en la situación de vulnerabilidad o de poder, respectivamente; sino que es necesario que se produzca el abuso hacia la víctima (Tamarit 2002: 93).

- b) Fraude o engaño.** En este caso estamos ante los supuestos de trata fraudulenta, en los que se usa el engaño o fraude, los cuales consisten en la simulación de la realidad a efectos de obtener el consentimiento «viciado» de la víctima (Villacampa 2011: 426). El engaño debe ser idóneo, de manera que se deben valorar *ex ante* dos elementos: la credibilidad objetiva de la simulación hecha por el tratante; y la situación social y personal en que se encuentra la víctima en concreto (Villacampa 2011: 426).

El engaño puede versar sobre la actividad que se va a realizar (por ejemplo: se ofrece un trabajo en una agencia de modelaje y en verdad es un trabajo sexual); el monto de la remuneración o el carácter remunerado en sí mismo; la gratuidad de «servicios» brindados por el tratante que luego son cobrados (por ejemplo: el gasto de transporte y hospedaje); o las circunstancias en las que se va a realizar la actividad o el trabajo (por ejemplo: el lugar en el que se va a realizar el trabajo o el cumplimiento de reglas como «prohibiciones de salidas»). Estos medios se usan generalmente al inicio del proceso de trata de personas; mientras que en un momento posterior se apela a otros medios.

- c) **Amenaza.** Consiste en comunicar un daño o perjuicio próximo hacia una persona (que puede ser la víctima o un tercero relacionado con aquella). Esta comunicación debe ser suficientemente idónea y/o determinante para doblegar la voluntad de la víctima y que esta no impida que sea captada, trasladada, alojada o recibida por el tratante. La intensidad del perjuicio no se especifica en la figura penal; es decir, no necesariamente tiene que implicar la realización de un delito.²⁸ En otras palabras, no es necesario que el mal amenazado constituya un delito (Villacampa 2011: 424). Tampoco se exige que el mal que se comunica deba producir terror en la víctima.
- d) **Violencia.** En ciertas ocasiones la situación de vulnerabilidad, la amenaza y el uso de métodos fraudulentos no son suficientes, por lo que los tratantes recurren a la violencia (Aboso 2013: 74). La violencia se puede definir como la aplicación de fuerza física sobre otra persona, suficientemente idónea para doblegar la voluntad de la víctima y que esta no impida que sea captada, trasladada, alojada o recibida por parte del tratante. Como puede apreciarse, en la definición sobre violencia no hemos incluido el concepto de resistencia; dado que puede introducir un estándar interpretativo muy restrictivo en perjuicio de la protección de las víctimas.²⁹
- e) **Privación de la libertad.** Supone la afectación directa de la libertad ambulatoria de una persona, generalmente por efecto de la violencia aplicada sobre ella.
- f) **Estado sociobiológico (niños, niñas y adolescentes).** Si bien el tipo penal no lo considera formalmente un medio típico, en el caso de niños, niñas y adolescentes existe también una asimetría de poder de la que se vale el tratante para cometer el delito. Por este motivo, en caso de que la víctima sea niño, niña o adolescente, no será necesario recurrir a los otros medios y se producirá la invalidez del consentimiento. Es preciso recordar que en el delito de trata de personas el bien jurídico no es la libertad ni la libertad sexual, por lo que no se podrá integrar de manera análoga

²⁸ Consideramos sumamente restrictiva la concepción de Salinas Siccha cuando señala que el mal que se comunica o anuncia debe estar dirigido a causar daño a la vida o integridad física de las personas, quedando descartado otro tipo de males. Esta concepción no se condice con el objeto y el fin del Protocolo de Palermo contra la trata de personas. Véase Salinas Siccha (2015: 554).

²⁹ Con relación al inconveniente de usar una concepción cuantitativa de violencia (que incluya el elemento resistencia), véase Montoya (2000).

el delito de trata de personas con los argumentos jurídicos que reconocen a las personas mayores de 14 años la capacidad de ejercer su libertad sexual. Dicho con otras palabras, el consentimiento de un adolescente que se encuentre entre 14 y 18 años no tiene validez respecto del delito de trata de personas.

3.4.5. Consentimiento

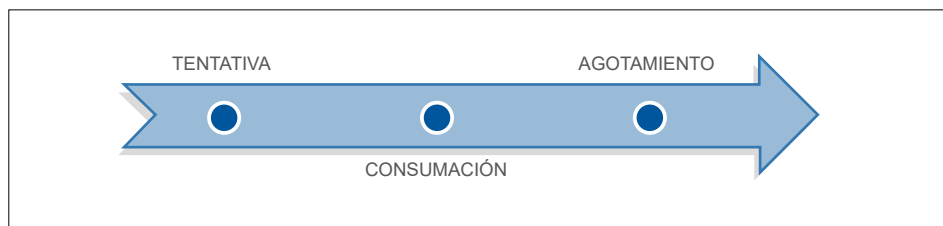
Es necesario recordar que el Protocolo de Palermo contra la trata de personas prescribe expresamente, como norma autoaplicativa, que el consentimiento dado por la víctima (mayor de edad) no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados. En el mismo sentido, el artículo 153 del Código Penal indica que «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». Ambas normas quieren expresar que la presencia de alguno de los medios antes vistos determina la ausencia o vician el consentimiento otorgado por la víctima. En otras palabras, no hay consentimiento en aquellos casos que revelen alguno de los medios coercitivos, fraudulentos o abusivos sobre la víctima. En estos casos, una víctima no puede consentir sobre su situación de explotación, sea esta presente o futura.

Es preciso recordar que ante la presencia del abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad no es necesario verificar una situación de violencia, así como tampoco actos de amenaza o de engaño sobre la víctima; sino que basta con evidenciar «una relación desnivelada entre autor y sujeto pasivo que otorga al primero una superioridad sobre el segundo» (Orts y Suárez 2001: 134-135). Aquí el aparente consentimiento expresado no tiene validez, dado que estaríamos ante tipos penales que tienen por finalidad proteger los bienes jurídicos de la parte más débil de una situación (Pérez Cepeda 2004: 204-205).

3.4.6. Tentativa y consumación

La tentativa y la consumación hacen referencia a dos etapas del proceso de desarrollo de un delito (*iter criminis*). La tentativa se corresponde con la realización de actos que dan inicio a la ejecución del tipo a través de la creación de un riesgo prohibido, pero que no involucra la realización del resultado exigido por el tipo penal (Villavicencio 2014: 421). Por otro lado, la consumación se refiere a la realización plena de los elementos de un tipo penal e involucra tanto al llamado «desvalor de acto» (creación de un riesgo prohibido para el bien jurídico) como el «desvalor de resultado» (producción de ese riesgo prohibido en un resultado) (Villavicencio 2014: 422). Es importante indicar que la consumación debe distinguirse del agotamiento. Este último hace referencia a una etapa posterior de la consumación en la que no solo se realizan los elementos exigidos por el tipo, sino que también se alcanza el fin perseguido por el sujeto activo (Villavicencio 2014: 423).

GRÁFICO 3.2. Resumen del proceso de desarrollo de un delito



Elaboración propia

Como se ha comentado anteriormente, el delito de trata de personas se constituye como uno de peligro concreto. Es decir, el delito de trata de personas se caracteriza porque el comportamiento de sujeto activo coloca a la dignidad humana en una situación próxima a su lesión a través de la futura explotación (Terradillos 2010: 155). En esta medida, es posible afirmar que determinados actos calificarán como tentativa de trata de personas (Villavicencio 2014: 421).

EJEMPLO DE TENTATIVA

Un caso frecuente de tentativa de trata de personas son los supuestos en los que se intenta captar a la víctima a través de la colocación de afiches u ofertas de servicios altamente rentables en los que medie el fraude o el engaño.

La consumación del delito de trata de personas se produce cuando se realiza, a través de cualquiera de los medios antes vistos, alguna de las conductas típicas. Bastará con que se cometa una de las conductas típicas, de manera comisiva u omisiva, para que este delito esté consumado. No es necesario que en todos los casos de trata de personas se identifique la captación o el transporte para que se considere que se ha consumado el delito.

Ahora bien, existen conductas típicas de la trata de personas que se expresan como «delitos permanentes».³⁰ Es decir, como un delito en el delito no se manifiesta en un simple acto, sino en una situación antijurídica que se prolonga y sostiene durante un lapso de tiempo.

³⁰ Una exposición extensa sobre las características del delito permanente puede consultarse en Montoya (2009).

EJEMPLO DE UN DELITO PERMANENTE

“X” engaña a “A” prometiéndole un falso trabajo en Lima para explotarla sexualmente. “Y”, quien trabaja con “X”, transporta a “A” de Puno a Lima. El viaje dura veinte horas. Por este motivo, “Y” hace una parada en Ica, donde pasan la noche en la casa de “Z”, quien trabaja también con “X” e “Y”. Finalmente, “A” llega a Lima al prostíbulo de “W”. En el prostíbulo, “W” se encarga de mantener a “A” ahí para que sea explotada sexualmente. “W” la mantiene ahí durante seis meses hasta que, finalmente, es rescatada por la policía.

En este caso tenemos las siguientes responsabilidades penales:

“X” es autor del delito de trata de personas en su modalidad de captación.

“Y” es autor del delito de trata de personas en su modalidad de transporte.

“Z” es autor del delito de trata de personas en su modalidad de acogida.

“W” es autor del delito de trata de personas en su modalidad de retención.

Mientras que en el caso de “X” la trata se expresa en un acto de captación; en los casos de “Y”, “Z” y “W” se expresan en situaciones que permanecen en el tiempo. Así, el delito de trata es cometido en el caso de “Y” durante las veinte horas que dura el traslado, en el caso de “Z” durante las horas que “A” permanece en su hogar y en el caso de “W” durante los seis meses que retiene a “A” en el prostíbulo.

En los supuestos de delito permanente, el delito termina luego de que la situación antijurídica acabe. Ahora bien, ¿se relaciona la terminación del delito con su consumación? Los delitos permanentes, al igual que el resto de delitos, se consuman instantáneamente cuando se cometen todos los elementos del tipo (Lloria 2006: 105). De esta manera, en el caso antes visto, la trata de personas será consumada desde el instante en el que inicia el traslado, la acogida o la retención. El delito de trata de personas se consuma con la realización de cualquiera de las conductas típicas descritas en el tipo penal, siempre que en el caso de las víctimas adultas se haya recurrido a alguno de los medios comisivos y se tenga el propósito de explotarlas.

Ahora bien, indicar que el delito de trata de personas puede expresarse como delito permanente no significa que este sea un delito permanente que abarque una situación que se mantiene hasta la explotación de la víctima. Como hemos mencionado anteriormente, el delito de trata de personas tiene una estructura de delito de peligro concreto. Esto significa que la situación efectiva de explotación de una persona no es un elemento necesario para configurar el tipo penal. Por lo que no será necesario que la persona sea explotada para que se produzca la consumación de este delito. El Acuerdo Plenario 3-2011/CJ-116 sostiene que el delito de trata de personas estaría perfeccionado incluso en el caso de que la víctima captada, desplazada o entregada no llegue nunca a ejercer la prostitución o se frustré esta. Cabe reiterar que esto no se opone en absoluto a considerar que determinados supuestos del delito pueden configurar un delito permanente.

Finalmente, el agotamiento del delito se daría en los casos en los que la víctima es explotada. Aquí no solo se habría consumado el delito, sino que además se habría logrado satisfacer el interés o la finalidad por la que el tratante desplegó su comportamiento prohibido. Dogmáticamente, se trataría de casos de agotamiento del delito que solo serían relevantes para individualizar la sanción penal.

3.4.7. Dolo y finalidad de explotación

Al tratar los elementos subjetivos del tipo penal de trata de personas deben estudiarse dos aspectos: el dolo y un elemento subjetivo adicional determinado por la finalidad de explotación de la víctima.

a) El dolo

El delito de trata de personas, según el artículo 153 del Código Penal, es un delito doloso, y no se acepta ninguna modalidad culposa.³¹ El dolo, bajo una concepción tradicional, se define como el conocimiento y la voluntad (teoría de la voluntad) de realizar los elementos objetivos del tipo (Villavicencio 2014: 335). Por otro lado, según la teoría de la representación, asumida ya por parte de la doctrina³² y la jurisprudencia nacional, el dolo requiere únicamente del conocimiento de los elementos objetivos del tipo (Meini 2014: 218). Si se entiende el dolo de manera cognitiva, este elemento subjetivo se cumplirá cuando el sujeto activo conozca suficientemente que concurren los presupuestos materiales que fundamentan la prohibición penal (Meini 2014: 231).

Así, habrá dolo en la trata de personas cuando el sujeto conozca que está realizando algún comportamiento (consistente en captar, trasladar, transportar, acoger, retener o mantener a través de los medios típicos) valorado por el legislador como riesgo prohibido contra la dignidad humana. Por su parte, quien entienda el dolo desde la teoría de la voluntad exigirá que exista además «voluntad».

b) La finalidad de explotación

Para configurar el delito de trata de personas, el tratante debe pretender, al momento de la realización del comportamiento típico, que la persona objeto de captación, traslado, transporte, recepción, acogida o retención sea víctima de alguna de las formas de explotación que se describen en el tipo penal. En nuestro concepto, este elemento subjetivo debe entenderse de manera objetivable; esto es, como aquella situación en la que el sujeto activo no puede confiar razonablemente en que no se materializará el resultado peligroso de explotación humana.

³¹ Esto por lo prescrito en el artículo 12 del Código Penal que establece que todas las conductas prohibidas por este cuerpo legal deben entenderse de manera dolosa; salvo que de manera expresa el legislador tipifique una modalidad imprudente o culposa, aspecto este último que no ocurre en el delito de trata de personas.

³² Desde una perspectiva cognitiva del dolo, cada vez más aceptada por nuestra doctrina nacional, el dolo es sobre todo conocimiento suficiente del riesgo típico creado por su conducta. Véase Feijóo (2006).

Este aspecto subjetivo del tipo ha conducido a una parte importante de la doctrina especializada a calificar el delito de trata de personas como un «delito de tendencia interna trascendente, en especial un delito mutilado de dos actos» (Villacampa 2011: 432). Esto supone que el sujeto activo, al momento de realizar las conductas propias de la trata, dirija su comportamiento a que la víctima sea explotada en alguna de las formas señalada por el tipo, resultado que no necesariamente llega a producirse para que el tipo se consuma (Villacampa 2011: 432). El Acuerdo Plenario 3-2011/CJ-116 también califica el delito de trata de personas como un delito de tendencia interna trascendente cuando sostiene que «el uso sexual de la víctima es una finalidad cuya realización está más allá de la conducta típica que debe desplegar el agente pero que debe acompañar al dolo con que este actúa». Si bien compartimos esta afirmación, esto no impide que el delito permita subsumir también los casos en los que efectivamente se verifica una situación de explotación de la víctima.

CUADRO 3.7. Descripción de las formas de explotación previstas en el artículo 153 del Código Penal

FORMA DE EXPLOTACIÓN	DESCRIPCIÓN
Prostitución y otras formas de explotación sexual	La prostitución hace referencia a la <i>prestación de servicios sexuales remunerados</i>. Sin embargo, aquí se está hablando de la prostitución como una forma de explotación sexual. Por lo que la prestación de servicios sexuales remunerados se deberá realizar en un contexto en el que una o más personas (los explotadores) tengan el control o el dominio de la persona que ejerza la prostitución. Este control se logra no solo a través de medios coercitivos, sino también de medios fraudulentos y abusivos (abusar de la situación de vulnerabilidad de la víctima). Las formas de explotación sexual incluyen los servicios sexuales que no son remunerados, el turismo sexual y la pornografía (entendida como representación de una persona realizando actividades sexuales explícitas, reales o simuladas o de una parte del cuerpo de la persona con fines primordialmente sexuales (Villacampa 2011: 432), siempre que medie una relación de dominación y control sobre la persona que realiza las actividades.
Esclavitud	Comprende el <i>ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre otra persona</i> . Están incluidos la venta y el alquiler de la persona; además del uso pleno y absoluto de la capacidad de trabajo y el aprovechamiento de los frutos de dicha labor, entre otros comportamientos. ³³

³³ Convención sobre la Esclavitud, artículo 1, firmada el 25 de septiembre de 1926 y en vigor desde el 9 de marzo de 1927; y ONU. Consejo Económico y Social. *Informe del secretario general sobre esclavitud, trata de esclavos y otras formas de servidumbre*. UN Doc. E/2357, 27 de enero de 1953.

FORMA DE EXPLOTACIÓN	DESCRIPCIÓN
Prácticas análogas a la esclavitud	Abarcan las siguientes conductas: Matrimonio forzado. Comprende los casos en los que una mujer es prometida o dada en matrimonio, sin que pueda oponerse, a cambio de dinero u otra contraprestación que es entregada a un familiar o cualquier otra persona (Alto Comisionado para los Derechos Humanos 2014: párrafo 6).³⁴ Matrimonio servil. Implica la celebración de un matrimonio sin el consentimiento pleno y libre de, al menos, uno de los contrayentes (sea por violencia, amenaza, coacción social o cualquier otro medio idóneo) (Alto Comisionado para los Derechos Humanos 2014: párrafo 6). También incluye los casos en que las personas no pueden separarse o poner fin a la unión (Alto Comisionado para los Derechos Humanos 2014: párrafo 6). Servidumbre por deudas. Consiste en que una persona se compromete a prestar servicios personales, o a que alguien bajo su autoridad los realice, como garantía de pago de una deuda. Sin embargo, estos servicios no se usan para reducir el pago de dicha deuda, o no se señala cuánto deberá durar el servicio para pagar la deuda o no se define la naturaleza de los servicios. Servidumbre por gleba. Implica que una persona está obligada por ley, costumbre o acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ella, de forma remunerada o gratuita, determinados servicios sin tener la libertad de cambiar su condición.³⁵
Cualquier otra forma de explotación laboral	Otra forma de explotación laboral que debe tomarse en cuenta es la que se refiere a la explotación para realizar actividades delictivas (López 2016: 118). Esto se produce cuando el explotador domina o controla a quien realiza las actividades ilícitas ya sea a través de violencia, amenaza, fraude, engaño o abuso de situación de vulnerabilidad si se está ante un niño, niña o adolescente. El trabajo forzado es todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente (López 2016: 126).³⁶

³⁴ Véase, igualmente, Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, artículo 1. C. i), aprobada el 7 de septiembre de 1956 y en vigor desde el 30 de abril de 1957.

³⁵ Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud.

³⁶ Convenio 29 de la OIT de 1930 y Convenio 105 de la OIT de 1957.

FORMA DE EXPLOTACIÓN	DESCRIPCIÓN
Mendicidad	Es la práctica que consiste en obtener dinero y recursos materiales a través de la caridad pública ; ³⁷ muchas veces a través de la humillación, persistencia o generación de lástima. La relación con la trata se produce cuando un sujeto o un grupo de sujetos obligan a otra persona a realizar la acción.
Venta de niños, niñas y adolescentes	Consiste en todo acto o transacción a partir de la cual un niño, una niña o un adolescente es transferido por una persona o un grupo a cambio de un pago u otro beneficio . ³⁸ Dentro de este supuesto también se encuentran los casos de adopción irregular, en los que el tratante induce a los padres o a quien tiene la custodia a dar su consentimiento para una adopción ilegal. ³⁹
Extracción o tráfico de órganos, tejidos somáticos o sus componentes humanos	La extracción es el proceso a través del cual se obtienen órganos, tejidos somáticos o componentes humanos sin consentimiento de la víctima ⁴⁰ o, habiendo dado esta su consentimiento, este ha sido motivado por la fuerza, la coacción, el engaño, el abuso de poder o el aprovechamiento de su estado de vulnerabilidad. Por otro lado, el tráfico implica el transporte de dichos órganos, tejidos o componentes humanos .

Elaboración propia

³⁷ Ley 28190, que protege a las niñas, niños y adolescentes de la mendicidad, artículo 2.

³⁸ Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

³⁹ Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

⁴⁰ Reglamento de la Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos, aprobado mediante Decreto Supremo 014-2005-SA y ONU. Notas interpretativas del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, nota del artículo 3. https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077_Ebook-s.pdf.

SÍNTESIS

- La trata de personas supone la presencia de tres elementos esenciales:
 - Los comportamientos o las conductas que se corresponden con el proceso por el cual la víctima es colocada en una situación de peligro de ser explotada
 - Los medios que expresan la asimetría de poder entre el tratante y la persona tratada, que garantiza el control del primero y vician la voluntad de la segunda
 - Los fines de explotación
- Se configura el delito de trata de personas cuando confluye cualquiera de los medios, las conductas y las finalidades desarrolladas en el marco normativo. No siempre ocurre el transporte y la captación, sino que pueda ocurrir una retención mediante el abuso de situación de vulnerabilidad con la finalidad de una explotación sexual.
- La trata de personas se constituye como un delito de dominio, ya que el autor del delito tiene el control sobre la víctima y sobre el proceso destinado a su explotación.
- El bien jurídico protegido en el caso de la trata de personas es la dignidad humana entendida como el derecho de todo ser humano (mayor o menor de edad) a no ser instrumentalizado por otro, a no ser tratado como objeto de cambio o mercancía.
- La consumación del delito de trata de personas se produce cuando se realiza, a través de cualquiera de los medios antes vistos, alguna de las conductas típicas. No es necesaria la explotación para que se consuma el delito. El agotamiento del delito se dará en los casos en los que la víctima es explotada y solo será relevante para la individualización de la sanción penal.
- En el caso de los niños, las y los adolescentes, los medios no son necesarios para configurar el delito.
- La trata y la explotación son dos momentos distintos de un mismo proceso de dominio y control. La trata busca garantizar que la persona sea colocada en una situación que permita luego su explotación. La trata está compuesta, pues, por los compartimentos de riesgo que conforman el proceso previo a la explotación efectiva de la persona.
- A diferencia de la trata de personas, el tráfico ilícito de migrantes no supone una finalidad de explotación, no exige una privación o restricción de la libertad de la víctima ni un vicio en su consentimiento, y exige necesariamente una movilidad transfronteriza de la víctima.

CAPÍTULO 4

Problemas concursales entre
el delito de trata de personas
y otros tipos penales

Este capítulo tiene el objetivo de brindar al lector los conocimientos para que identifique los problemas concursales del delito de trata de personas con otros tipos penales. En esta línea, se buscará resolver las situaciones de concurso con los delitos de favorecimiento a la prostitución, al rufianismo, a la violencia sexual, al usuario-cliente, a la explotación sexual comercial infantil y adolescente en el ámbito del turismo, al proxenetismo, al delito contra el trabajo, al tráfico ilícito de migrantes y a la asociación ilícita para delinquir.

4.1. Teoría sobre concursos de delitos

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

Para resolver los problemas antes planteados es necesario aproximarnos a los distintos tipos de concursos. Estos pueden ser los siguientes: concurso aparente, concurso real y concurso ideal.

4.1.1. Concurso aparente o «unidad de ley»

Existe concurso aparente de leyes penales cuando ante un mismo suceso o hecho cometido por una misma persona aparecen dos o más tipos penales que pretenden subsumir o aplicarse a tal comportamiento. Se señala que es aparente porque, en realidad, es solo uno de los mencionados tipos penales el que desvalora mejor e íntegramente el referido suceso. De esta manera, este concurso consiste en un problema de interpretación jurídica, por lo que un sector de la doctrina considera, acertadamente, preferible hablar de unidad de ley en vez de concurso de leyes (Hurtado y Prado 2011: 231).¹

En estos casos se considera que la aplicación efectiva de todos los otros tipos penales concurrentes vulneraría el principio de *non bis in idem*. Por este motivo se aplica solo un tipo penal. Para decidir cuál aplicar, deben considerarse tres principios:

¹ En el mismo sentido, véase Villavicencio (2014: 711).

- a) **Principio de especialidad.** Entre los tipos penales que convergen, uno excluye a los otros porque contiene de manera completa y más específica el desvalor del hecho cometido (Villavicencio 2014: 713). Así, el tipo penal más específico prima sobre los tipos penales más generales (Villavicencio 2014: 713). El tipo penal específico será aquel que describa todas las características típicas de un tipo penal; mientras que el tipo penal general describe dichas características y otras especificaciones diferentes, de manera que tiene un espectro de aplicación más amplio (Hurtado y Prado 2011: 237).

EJEMPLO DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Una persona tiene una empresa de transporte privado dirigida a facilitar el transporte de mujeres para su explotación sexual.

- a) Trata de personas (artículo 153.5 del Código Penal), porque se facilita el transporte con fines de explotación sexual.
- b) Favorecimiento a la prostitución (artículo 179 del Código Penal), porque el concepto de prostitución usado en nuestra legislación incluye tanto la que se produce a través de medios coactivos, fraudulentos o abusivos (explotación sexual) como la que se produce sin estos medios.

Por principio de especialidad se aplica únicamente el delito de trata de personas.

- b) **Principio de subsidiariedad.** Se produce cuando estamos frente a una norma auxiliar, subsidiaria o residual que se aplica solo en la eventualidad de que no se aplique otra norma principal que prevé un comportamiento más completo y más grave (Hurtado y Prado 2011: 239). La subsidiariedad de la norma puede ser expresa cuando el texto penal haga referencia a la subsidiariedad, es decir, a su aplicación por defecto de alguna norma principal o más grave (Castello 2000: 140). Esto último se produce cuando la conducta puede ser subsumida en dos normas, pero una de ellas le brinda una calificación más grave al hecho de manera correspondiente a la gravedad del ataque al bien jurídico (Mir Puig 2011: 655). Así, se considera subsidiaria la intervención menos grave (participación, imprudencia, tentativa), que ha de ceder a la más grave (autoría, dolo, delito consumado) (Mir Puig 2011: 655). Un ejemplo de ello se produce entre el delito de coacción (artículo 151 del Código Penal) y la trata de personas que opera a través de medios como la amenaza o la violencia (artículo 153 del Código Penal).
- c) **Principio de consunción.** Implica que un precepto desplaza a otro cuando por sí solo incluye («consume») ya el desvalor que este supone por razones distintas a la especialidad y a la subsidiariedad.

EJEMPLO DEL PRINCIPIO DE CONSUNCIÓN

El caso más claro de consunción se da entre el delito de receptación (artículo 194 del Código Penal) y la realización del delito de hurto en fase de agotamiento. Es decir, un sujeto que ha sustraído un bien mueble ajeno y posteriormente él mismo lo vende a un tercero no puede ser responsable de dos delitos (hurto y receptación). Solo sería un caso de hurto en fase de agotamiento. Se entiende que los actos de receptación se encuentran comprendidos en la fase de agotamiento del delito de hurto, el cual supone explícitamente un ánimo de lucro.

Se debe tomar en cuenta que solo después de descartar que estemos ante un concurso aparente de tipos penales es que corresponde evaluar si estamos ante casos de concurso ideal o real de delitos.

4.1.2. Concurso ideal

El hecho de que estemos frente a una conducta no implica que siempre se deba aplicar un solo tipo penal. Así, en algunos casos, el carácter ilícito de una conducta no puede ser abarcado por solo un tipo legal, y es necesario recurrir a más de uno (Hurtado y Prado 2011: 207). Esto se produce cuando la misma conducta manifiesta la creación de riesgos prohibidos para bienes jurídicos que son protegidos en normas penales distintas. A la relación que ocurre entre los tipos penales en estos casos se le conoce como concurso ideal de delitos. En palabras de Mir Puig, el concurso ideal significa que «un solo hecho constituya dos o más infracciones» (2011: 656).

La doctrina admite dos supuestos de concursos ideales:

- a) **Concurso ideal homogéneo.** Hace referencia a la violación repetida de la misma norma legal mediante una sola acción (Hurtado y Prado 2011: 209).

EJEMPLO DE UN CONCURSO IDEAL HOMOGÉNEO

Poner una bomba y lesionar la vida de varias personas. El artículo 108 es aplicable para cada muerte ocasionada (homicidio calificado).

- b) **Concurso ideal heterogéneo.** Hace referencia a la producción de distintos delitos contenidos en distintas normas legales mediante una sola acción.

EJEMPLO DE UN CONCURSO IDEAL HETEROGÉNEO

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

El concurso ideal y sus consecuencias jurídicas están regulados en el artículo 48 del Código Penal, e indican que la pena abstracta será no mayor de una cuarta parte de la pena grave sumada a esta, siempre que no exceda los treinta y cinco años.

4.1.3. Concurso real

Es el caso relativamente más fácil. Se produce cuando hay varias conductas atribuibles a una misma persona. En estos casos existen tantos tipos penales como sucesos realice el sujeto activo. En tal sentido, las características del concurso real son las siguientes: existe pluralidad de acciones y existen varios tipos penales que valoran cada una de estas acciones.

Al igual que con el concurso ideal, la doctrina distingue dos tipos de concursos reales:

- a) **Concurso real homogéneo.** Hace referencia a la violación repetida de la misma norma legal mediante varias acciones.

EJEMPLO DE UN CONCURSO REAL HOMOGÉNEO

Una persona en un mismo día comete varios hurtos en distintas casas abandonadas. En este caso es aplicable el artículo 186 del Código Penal varias veces (hurto agravado).

- b) **Concurso real heterogéneo.** Hace referencia a la violación de distintas normas legales mediante distintas acciones.

EJEMPLO DE UN CONCURSO REAL HETEROGÉNEO

Una misma persona en un día sustrae un bien mueble ajeno de una casa abandonada (hurto agravado) y al día siguiente asalta un banco (robo agravado). En este caso hay un concurso real de delitos entre el hurto agravado (artículo 186 del Código Penal) y el robo agravado (artículo 189 del Código Penal).

La determinación de si estamos ante un suceso o varios sucesos será de vital importancia para distinguir entre el concurso real y el concurso ideal. Esto es relevante, ya que ambos concursos tienen efectos distintos en la determinación judicial de la pena. Así, el artículo 50 del Código Penal regula el concurso real; de manera que consigna que en estos casos se deberán sumar las penas privativas de libertad hasta el máximo del doble de la pena por el delito más grave, siempre que no exceda los treinta y cinco años de cárcel. Esta última excepción no tiene vigencia si alguna de las penas es la cadena perpetua.

CUADRO 4.1. Resumen de las diferencias entre los distintos concursos

TIPO DE CONCURSO	CANTIDAD DE HECHOS	TIPOS PENALES APLICABLES
Concurso aparente	Un solo hecho	Se aplica un único tipo penal.
Concurso ideal	Un solo hecho	Se aplican varios tipos penales por un solo hecho.
Concurso real	Varios hechos	Se aplican varios tipos penales por los distintos hechos.

Elaboración propia

Los fiscales y jueces han puesto en evidencia dificultades al momento de calificar determinados hechos como simples delitos de proxenetismo o de rufianismo, cuando los hechos efectivamente podrían configurar la existencia de trata de personas, lo que da origen a problemas de concurso aparente, real o ideal. Es por ello que abordaremos esta cuestión analizando los diferentes delitos que pueden presentar problemas concursales con el delito de trata de personas. De esta manera, analizaremos estos diferentes tipos penales en dos momentos: en un primer momento estudiaremos el bien jurídico protegido del delito «conexo», además de sus elementos típicos; y, en un segundo momento, la relación concursal de este delito con el delito de trata de personas.

4.2. Problemas concursales con el favorecimiento a la prostitución

4.2.1. El tipo penal

El Código Penal prohíbe y sanciona el favorecimiento a la prostitución de la siguiente manera:

ARTÍCULO 179.- Favorecimiento a la prostitución

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

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

1. La víctima es menor de dieciocho años.
2. El autor emplea violencia, engaño, abuso de autoridad, o cualquier medio de intimidación.
3. La víctima se encuentra privada de discernimiento por cualquier causa.
4. El autor es pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o es cónyuge, concubino, adoptante, tutor o 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. Si el agente actúa como integrante de una organización delictiva o banda.

4.2.2. El bien jurídico penal protegido

El Acuerdo Plenario 3-2011 PJ/CJ-116 señala que en este delito se protege la moral sexual de la sociedad. Algunos autores nacionales, aunque cuestionan la legitimidad de la intervención penal en esta clase de delitos, sostienen que el bien jurídico protegido por este delito es la *moral sexual* acuñada por ciertos sectores de la sociedad (Peña Cabrera 2011: 478; Salinas Siccha 2015: 894; Villa 1998: 214). Más allá de que se pueda cuestionar o no la legitimidad político-criminal de la tipificación de este delito, pensamos que considerar bien jurídico protegido a la *moral sexual* es contrario al principio de lesividad, ya que se trata de un concepto extremadamente vago y subjetivo, con un contenido susceptible de ser interpretado a partir de criterios religiosos conservadores.

En esta línea, el concepto de *moral sexual* aproxima a este delito con la idea de que en el derecho penal son «protegibles» estereotipos relacionados con el control de la sexualidad de las mujeres, quienes en la realidad son las que se dedican mayoritariamente a esta actividad en el mundo (De Miguel 2014: 7-30). En otras palabras, el favorecimiento a la prostitución encaminado a la protección de la *moral sexual* expresa que es válido que el derecho penal proteja estereotipos sexuales que ligan la sexualidad femenina con la afectividad o el servicio doméstico agregado, o que considera que la virtud femenina está

relacionada con la poca experiencia sexual (Juliano 2012: 159). Esto, a todas luces, es contrario con un derecho penal moderno orientado a garantizar y proteger, a través de la prevención de delitos, las esferas de autonomía de las personas.

Entender el delito de favorecimiento a la prostitución implica aproximarse a los argumentos teóricos que se encuentran detrás del «abolicionismo» de la prostitución que se ha abordado en el capítulo anterior. Así, si bien es cierto que el abolicionismo tradicional se orientaba a «salvar» a las prostitutas de una vida contraria a la «moral» (Maqueda 2009: 7), el abolicionismo impulsado por el feminismo radical combate la prostitución por motivos distintos. Para las impulsoras del neoabolicionismo, la mejor forma de combatir la trata y la explotación sexual es luchar contra las causas que originan la demanda de estos crímenes. En síntesis, el abolicionismo considera que la lucha contra la trata y la explotación sexual debe partir de un ataque contra las causas de su demanda en el mercado: la construcción de sexualidad masculina como dominación. Y es que sin hombres dispuestos a pagar por usar sexualmente a otros y otras no existirían trata y explotación sexual (De Miguel 2014: 23).

Más allá de que se compartan o critiquen los fundamentos del abolicionismo, el análisis de esta teoría y de sus argumentos nos permite entender que el bien jurídico que se busca proteger con la tipificación del favorecimiento de la prostitución no es la *moral sexual*. Consideramos que el bien jurídico protegido en este delito es, al igual que la trata de personas, la dignidad. Esta se refiere al derecho de todo ser humano a no ser instrumentalizado por otro, a no ser tratado como objeto de cambio o mercancía sexual.

Ahora bien, el favorecimiento a la prostitución no implica un delito de lesión o de peligro concreto hacia la dignidad de una persona. Ello en la medida que no se requiere que el sujeto pasivo del delito se encuentre en situación efectiva de explotación sexual o que se hayan empleado medios coercitivos, fraudulentos o abusivos para determinar a una persona a ejercer la prostitución, como ocurre en el caso de la trata de personas. Por el contrario, el delito de favorecimiento a la prostitución es un delito de peligro abstracto. Y es que esta actividad genera un peligro para la dignidad. Ello por dos razones. Por un lado, porque brinda un mensaje a la sociedad que incentivaría la demanda de trata y explotación sexual. Por otro lado, porque coloca a la persona en una situación de riesgo para ser objeto de trata con fines de explotación sexual a través de medios coercitivos, fraudulentos o abusivos. La naturaleza de peligro abstracto (aunque idóneo para colocar a la persona en situación de peligro concreto a ser explotada) se debe a que no se requiere la constatación del peligro en el caso concreto, sino que se establece normativamente que el hecho de que una persona promueva o favorezca la prostitución de otra implica un peligro para la dignidad humana.

4.2.3. Relación concursal con el delito de trata de personas

a) Cuando no hay concurso

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

La acción típica del delito de favorecimiento de la prostitución consiste en promover o favorecer la prostitución de otra persona. Promover es hacer que alguien se inicie en determinada acción, incitar o ejercer influencia en alguien a fin de que decida realizar cierto comportamiento. Por otro lado, favorecer es sinónimo de coadyuvar, cooperar, colaborar en algo (Peña Cabrera 2011: 481).

Respecto a la definición de «prostitución», nos remitimos a lo sostenido en el capítulo anterior; es decir, entendemos por esta la prestación de servicios sexuales remunerados. Ahora bien, como hemos señalado, la trata de personas es un delito que tiene como finalidad la explotación de la víctima mediante el abuso de una situación de vulnerabilidad o del uso de medios coercitivos o fraudulentos. En ese sentido, los casos en los que se promueva o favorezca la prostitución en contextos de no explotación no generan problemas concursales.

EJEMPLO DEL DELITO DE FAVORECIMIENTO A LA PROSTITUCIÓN

“X” tiene un auto en el que transporta a “Y” para que realice servicios de prostitución en diversos *night clubs* de la ciudad. “X” ha sido contratado por “Y”. “Y” ha decidido realizar dicha actividad sin que exista una persona que ejerza un medio de coerción, fraude y sin que ella se encuentre en una situación de vulnerabilidad que pueda ser aprovechada.

El delito de trata de personas no es aplicable. “X” es responsable del delito de

b) Cuando hay concurso

Posición del Acuerdo Plenario 03/2011 PJ/CJ-116

El Acuerdo Plenario 03-2011 PJ/CJ-116 señala que, fundamentalmente, la relación entre el delito de trata de personas y los delitos de proxenetismo y

favorecimiento a la prostitución es de un concurso real de delitos (fundamento 18). Nosotros, en principio, no compartimos esta posición. Sin perjuicio de ello, es importante resaltar que el análisis dependerá del caso concreto, ya que creemos que un importante número de casos tenderán a resolverse como un concurso aparente de leyes penales.

En los casos de prostitución incentivada o favorecida que se realiza en un contexto de explotación podrían presentarse dificultades concursales. Ello en la medida que en estos casos el tipo penal de trata de personas sí es aplicable. En otras palabras, habría un problema concursal cuando el sujeto activo favorece o incentiva la prostitución enmarcada en un contexto de explotación sexual o próximo a una explotación sexual mediante alguna de las conductas de la trata de personas, incluidos los comportamientos que involucren actos de participación (promoción, favorecimiento, financiamiento o facilitación incluidas en el artículo 153.5). Esta conducta podría ser subsumida por el delito de trata y por el delito de favorecimiento a la prostitución.

Este caso es un concurso aparente de leyes que se puede solucionar por el principio de especialidad. Así, el tipo penal de trata sexual de personas es específico frente a la generalidad del delito de favorecimiento a la prostitución, ya que exige que se presenten medios coercitivos, fraudulentos o abusivos a través de determinadas conductas (captación, transporte, traslado, recepción, acogida y retención), especificidades que no son exigidas por el delito de favorecimiento o promoción a la prostitución. Lo antes dicho provoca que en la realidad el delito de favorecimiento a la prostitución sea solo aplicable en los casos en los que la prostitución favorecida o promovida no sea producto del uso de medios coercitivos, fraudulentos o abusivos.

EJEMPLO DE CONCURSO APARENTE ENTRE EL DELITO DE FAVORECIMIENTO A LA PROSTITUCIÓN Y TRATA DE PERSONAS

“X” tiene un auto en el que transporta a “Y” para que realice servicios de prostitución en diversos *night clubs* de propiedad de “W”. “Y” se encontraba en una situación de pobreza que fue aprovechada por “W”, quien le propuso trabajar con él/ella realizando servicios de prostitución en sus *night clubs* a cambio de un poco de dinero. “X” trabaja con “W” y sabe que las personas que trabajan en los *night clubs* de “W” realizan esa labor para salir de la pobreza.

Los actos de “X” son subsumibles tanto por el delito de trata de personas como por el delito de favorecimiento a la prostitución. Sin embargo, esto se resuelve aplicando solo el tipo penal especial: el delito de trata de personas.

Finalmente, debemos tomar en cuenta que la agravante del numeral 1 del artículo 179 se aplica cuando la víctima es menor de 18 años; y, el numeral 2, cuando el sujeto activo emplea violencia, engaño, abuso de autoridad, o cualquier medio de intimidación para promover o favorecer la prostitución. Es decir, el sujeto activo se aprovecha de la edad de la víctima o usa los medios coercitivos, fraudulentos o abusivos exigidos por la trata de personas. Estamos, pues, ante medios que vician el consentimiento de la víctima y que, por lo tanto, hacen de la prostitución un supuesto de explotación sexual. Por estos motivos, estamos otra vez ante un concurso aparente de leyes que debe resolverse en favor de la trata de personas por el principio de especialidad. En tal sentido, estas agravantes solo son aplicables cuando el sujeto activo realice conductas distintas a la captación, al transporte, al traslado, a la recepción, a la acogida o a la retención.



POR LO TANTO:

- Cuando se realice un acto de favorecimiento o promoción de la prostitución en un contexto de explotación a través de alguno de los medios, nos encontremos ante un concurso aparente de leyes.
- Este concurso se resuelve a partir del principio de especialidad. De manera que el tipo penal aplicable es el más específico: la trata de personas.
- Se debe recordar que la trata de personas opera también en casos en los que la víctima otorga su consentimiento a la prostitución; sin embargo, lo hace en un contexto de vulnerabilidad que aprovecha el tratante. En estos casos, el delito de favorecimiento a la prostitución no es aplicable.

4.3. Problemas concursales con el rufianismo

4.3.1. El tipo penal

El Código Penal prohíbe y sanciona el rufianismo de la siguiente manera:

ARTÍCULO 180.- Rufianismo

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

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

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

4.3.2. El bien jurídico-penal protegido

Al igual que con el delito de favorecimiento a la prostitución, la mayoría de autores nacionales consideran que la moral sexual, relacionada con una concepción de forma de vida sexual correcta, es el bien jurídico protegido (Villa 1998: 214).² Sin embargo, hemos visto que este planteamiento es inaceptable en el derecho penal contemporáneo.

Tampoco consideramos que estemos ante el bien jurídico libertad sexual, ya que el tipo penal de rufianismo no exige la presencia de un medio que limite la voluntad o vicie el consentimiento de la víctima para que decida ejercer la prostitución. En nuestra concepción, estamos ante un delito que también protege la dignidad humana. De forma que aquel que se aprovecha económicamente de la prostitución de otra persona despliega una conducta que expone a la víctima a que caiga en un circuito de explotación sexual y, además, incentiva la demanda de este tipo de servicios sexuales. Estaríamos, al igual que en el delito de favorecimiento a la prostitución, ante un delito de peligro abstracto; pues el mero comportamiento de explotación con relación a las ganancias provenientes de la prostitución de otra persona ya se aprecia por el legislador como una conducta peligrosa idónea para la dignidad humana, sin necesidad de constatar concretamente la cercanía espacio-temporal a su lesión efectiva.

4.3.3. Relación concursal con el delito de trata de personas

La acción típica de este delito consiste en sacar provecho económico a la ganancia que proviene de la práctica de la prostitución realizada por otra persona (Salinas Siccha 2015: 901). Es necesario recalcar la diferenciación conceptual entre la explotación a que hace referencia el rufianismo y la explotación en la trata de personas. Como sostuvimos antes, la explotación en el delito de rufianismo debe entenderse como el aprovechamiento económico del ejercicio de la actividad sexual o del ejercicio de un oficio o de una profesión de otra persona.

Como vemos, el rufianismo no supone la explotación de la persona a través del uso de medios coercitivos, fraudulentos o abusivos que vicien un posible consentimiento. Como bien lo señala el tipo, en el rufianismo no se explota a la persona, sino que se explota la ganancia obtenida de la prostitución; es decir, el sujeto activo no cosifica o instrumentaliza a la persona que se encuentra en una situación de inferioridad de poder (causada por la coerción, el fraude o el abuso de la vulnerabilidad); sino que se aprovecha económicamente de su prostitución. Estamos ante conductas distintas en tanto que el rufianismo se limita a despojar u obtener el beneficio económico de la prostitución y no necesariamente a colocar a la persona en una situación que permita luego su explotación en sentido fuerte. Por otro lado, la trata no desvalora necesariamente el propósito de obtención de lucro o una ventaja patrimonial.

² En parte: Salinas Siccha (2015: 904).

Ahora bien, existirán muchos supuestos en los que la trata de personas pueda confluir con el delito de rufianismo. Esto ocurrirá cuando una persona se aproveche económicamente de la explotación sexual de otra persona. También será frecuente en los casos en los que una persona que tenga algún niño, alguna niña o algún adolescente bajo su custodia permita que este sea prostituido o prostituida y, además, reciba las ganancias de este servicio sexual.

EJEMPLOS DE CONCURSO ENTRE LOS DELITOS DE RUFIANISMO Y TRATA DE PERSONAS

- 1) “X” tiene un bar en donde diversas personas son recibidas y retenidas para ser explotadas sexualmente. “X”, además, obtiene provecho económico de la explotación sexual de las personas que trabajan ahí.
- 2) “X” tiene dos hijas de 12 y 13 años. “X” permite que “Y” se lleve a sus hijas a una cantina, donde trabajan como meseras y, ocasionalmente, prestan servicios sexuales. “X” obtiene parte del dinero producto de los servicios realizados por sus hijas.

En ambos casos estamos ante un concurso real en la medida que estamos ante dos hechos distintos: el primero, que consiste en colocar a las personas en un situación próxima a su explotación sexual a través de un acto de retención o recepción; el segundo, que consiste en obtener el dinero de los servicios sexuales. En esta medida, a pesar de que estamos ante un mismo bien jurídico, estamos ante un concurso real heterogéneo. Por tanto, serán aplicables tanto el delito de trata de personas como el delito de rufianismo. Esto es especialmente relevante para casos de criminalidad organizada, en los que varias personas cometen el delito de trata sexual (el administrador del bar, el personal de seguridad, el personal encargado de recibir el dinero en el bar o en la cantina, etcétera), pero solo uno comete además el delito de rufianismo (el dueño del bar que se aprovecha económicamente de la actividad sexual).

En el segundo ejemplo, la trata de personas se deberá imputar, como ya vimos, a través del artículo 13 del Código Penal que regula la comisión por omisión. Así, los familiares o las personas que tienen bajo su custodia a una víctima niño, niña o adolescente detentan un deber de garante en virtud de una estrecha relación. Es decir, los familiares o las personas cercanas tienen bajo su especial responsabilidad a la víctima, hecho que provoca que tengan el deber de proteger su bienestar. En ese sentido, si la madre, el padre, el familiar o la persona que tenga la custodia se aprovecha económicamente de las ganancias que provienen de la prostitución en un contexto de explotación, no solo deberá ser responsable del delito de rufianismo; sino que también serán autores (en comisión por omisión) del delito de trata de personas.

4.4. Problemas concursales con la violación sexual

4.4.1. El tipo penal

El Código Penal prohíbe y sanciona la 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 doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme corresponda:

1. Si la violación se realiza a mano armada o por dos o más sujetos.
2. Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendente, cónyuge, conviviente de 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.

4.4.2. El bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido en este delito es la libertad sexual de los adultos y adolescentes mayores de 14 años. Se entiende por libertad sexual el derecho de toda persona a autodeterminarse sexualmente y a no verse involucrada en un contexto sexual sin su consentimiento. Se trata de un delito que, apelando a medios coercitivos como la violencia o la grave amenaza contra una persona, implica actos de acceso carnal por vía vaginal, anal u oral contra la víctima.

En el caso de víctimas niños, niñas o adolescentes menores de 14 años (artículo 173 del Código Penal), el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual. Por indemnidad sexual debe entenderse aquel marco de garantías que el Estado establece como presupuesto o seguridad para el ejercicio posterior o potencial de la libertad sexual de los niños, las niñas o los adolescentes.

4.4.3. Relación concursal con el delito de trata de personas

Posición del Acuerdo Plenario 3-2011 PJ/CJ-116

Si bien compartimos la posición adoptada en el Acuerdo Plenario 3-2011 PJ/CJ-116 con relación a que, en estos casos, se apreciará una relación de concurso real de delitos, sostenemos que esto se justifica por tratarse de bienes jurídicos diferentes. En cambio, no compartimos la posición por la que se argumenta que el delito de violación sexual es un delito de propia mano. Se trata de un concepto modernamente superado dados los diversos problemas que plantea (Sánchez-Vera 2004), en particular en relación con la coautoría y la autoría mediata.

Teniendo en cuenta que el delito de violación sexual y el de trata de personas protegen bienes jurídicos diferentes (libertad sexual en el delito de violación y dignidad en el delito de trata de personas), resulta bastante claro que nos encontramos ante un supuesto de concurso real heterogéneo o ideal de delitos, dependiendo del caso concreto. Nuestra propuesta se explica en razón de que el delito de trata de personas, al ser un delito de peligro frente a la dignidad lesionada con la explotación, no desvalora la libertad sexual de la víctima. En cambio, el delito de violación sexual sí desvalora plenamente la afectación de la libertad sexual, ya que supone el acceso carnal por medio de la violencia o la grave amenaza. A lo antes dicho se debe agregar que la violación sexual supone medios comisivos restrictivos (violencia o grave amenaza); mientras que en el delito de trata de personas los medios comisivos son más amplios, ya que se incluyen medios coercitivos, fraudulentos y/o abusivos.

En la mayoría de casos estaremos ante dos hechos distintos: uno que consiste en el acceso carnal; y otro que consiste en la captación, el transporte, el traslado, la acogida, la recepción o la retención a través de medios coercitivos, fraudulentos o abusivos con fines de explotación sexual. Esta pluralidad de hechos implica una lesión de la libertad sexual, desvalorada por el delito de violación sexual; y un peligro para la dignidad, desvalorada por la trata de persona. De esta forma, en este tipo de casos se deberán aplicar ambos tipos penales. En otros supuestos, el acceso carnal plasmará la violencia que permite la retención de una persona en un contexto de explotación sexual. Bajo estos casos estaremos ante un concurso ideal de delitos, ya que la desvaloración plena del mismo hecho requerirá tanto de la violación sexual como de la trata de personas.

EJEMPLOS DE DELITOS CONCURSALES ENTRE EL DELITO DE VIOLENCIA SEXUAL Y TRATA DE PERSONAS

1. “X” transporta contra su voluntad a “Y” para que sea explotada posteriormente. En el transcurso del viaje, “X” obliga a “Y” a tener relaciones sexuales.



Estamos ante un concurso real de delitos.

2. “X” retiene a “Y” en un “bar” para que sea explotada sexualmente. Para alcanzar la retención, usa como “medio” la violación sexual. Es decir, la violación sexual opera como un acto que crea un contexto de violencia que anula la posibilidad de que la víctima pueda consentir continuar en dicho bar.



Estamos ante un concurso ideal de delitos.

4.5. Problemas concursales con el delito de usuario-cliente

4.5.1. El tipo penal

ARTÍCULO 179-A.- Usuario-cliente

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

4.5.2. El bien jurídico protegido

Para un sector de la doctrina estamos ante un delito pluriofensivo que protege los siguientes bienes jurídicos: la moral sexual y la dignidad del adolescente (Peña Cabrera 2011: 489). Respecto a la identificación de la moral sexual como bien jurídico tutelable, reiteramos nuestro desacuerdo con este concepto por permitir interpretaciones contrarias al derecho penal contemporáneo.

Consideremos que nos encontramos ante un delito pluriofensivo. En primer lugar, este delito protege la libertad sexual, ya que el delito implica que el sujeto activo distorsione el proceso de deliberación del adolescente respecto a la forma de ejercer su sexualidad (Diez y Romeo 2004: 484). Y es que el ofrecimiento de algún tipo de ventaja constituye «un elemento de asimetría de poder que evita que el adolescente pueda tomar una decisión sobre el desarrollo de su sexualidad en plena libertad» (Diez y Romeo 2004: 502). Se trata

del abuso de poder del sujeto activo que vicia el supuesto consentimiento de la víctima. Muñoz Conde sostiene que «[...] el cliente que paga promueve o favorece la prostitución o la continuación en la misma [...]» (Muñoz Conde citado por Tamarit 2002: 84), lo cual pone en peligro la libertad sexual del menor.

Sin embargo, este delito no solo protege la libertad sexual del adolescente, sino que también protege la dignidad humana. Ello en la medida que el acto del usuario-cliente incentiva y favorece la prostitución, actividad que impulsa la demanda de explotación sexual y coloca a la persona, en el caso particular, en una posición de vulnerabilidad frente a la trata y explotación sexual. Por tanto, el delito contemplado en el artículo 179-A supone un atentado a la libertad sexual de la víctima, pero también pone en peligro el bien jurídico dignidad (Diez y Romeo 2004: 502).

4.5.3. Relación concursal con el delito de trata de personas

El delito de usuario-cliente puede entrar en un conflicto concursal con la trata de personas mediante un concurso aparente entre tres delitos: favorecimiento a la prostitución, usuario-cliente y favorecimiento o financiamiento de la trata de personas (artículo 153.5). Entre los delitos de favorecimiento a la prostitución y usuario-cliente es claro que el principio de especialidad provoca que el usuario-cliente sea aplicable sobre el delito de favorecimiento a la prostitución. En el caso de la trata de personas y el usuario-cliente existe un problema más complejo, ya que en este caso el cliente puede realizar un comportamiento que implica tener relaciones sexuales con un o una adolescente explotada; lo cual, evidentemente, supone un acto de favorecimiento o financiamiento de la trata con finalidad sexual. Consideramos que en este caso estamos ante un concurso ideal, ya que la trata de personas no desvalora el extremo referido a la afectación de la libertad sexual del o de la adolescente. Ahora bien, es preciso señalar que el concurso ideal se producirá solo en aquellos casos en los que se puede imputar el dolo del cliente frente a la trata sexual. Eso implica que el cliente cuente con elementos para notar el contexto de abuso por parte del tratante —por ejemplo, realiza el pago de la contraprestación a una persona distinta a la víctima—. De no producirse este elemento subjetivo, solo se configurará el delito de usuario-cliente.

EJEMPLO DE DELITOS CONCURSALES ENTRE EL DELITO DE USUARIO-CLIENTE Y LA TRATA DE PERSONAS

«X» asiste a un bar donde atienden meseras adolescentes menores de 18 años que también son explotadas sexualmente y retenidas en dicho lugar. «X» paga y accede a servicios sexuales realizados por una de estas adolescentes.

4.6. Problemas concursales con la explotación sexual comercial infantil y adolescente en el ámbito del turismo

4.6.1. El tipo penal

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

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

Si la víctima es menor de catorce años, el agente, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis (6) ni mayor de ocho (8) años.

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

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

4.6.2. El bien jurídico protegido

Consideramos que quien promociona o publicita folletos en los que se ofrecen relaciones sexuales con adolescentes con fines comerciales pone en peligro de explotación a las personas que brindan estos servicios y, además, promueven la demanda de este tipo de servicios sexuales prohibidos. Por tanto, el bien jurídico también es la dignidad de las personas que se ve lesionada con la explotación sexual. Estamos, entonces, también ante un delito de peligro abstracto.

4.6.3. Relación concursal con el delito de trata de personas

Este delito desvalora promover, publicitar, favorecer o facilitar la explotación sexual comercial en el ámbito del turismo a través de distintos medios. En tal sentido, la conducta del sujeto activo no va dirigida hacia las personas que ejercerán la actividad sexual, sino a aquellos que contratarán ese servicio (dado que promueve la demanda del servicio sexual).

Ahí radica la diferencia con el delito de trata de personas, puesto que este último supone diversas conductas del agente que se dirigen hacia la víctima de la trata de personas. Así, los actos de participación a los que hace referencia el numeral 5 del artículo 153 se refieren a la promoción, al favorecimiento o a la facilitación de la trata y explotación sexual (oferta de servicios sexuales en contextos de explotación); mientras que este delito se dirige a los potenciales clientes (demanda de servicios sexuales en contextos de explotación).

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

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

**EJEMPLO DE RELACIÓN CONCURSAL ENTRE LA
EXPLOTACIÓN SEXUAL COMERCIAL INFANTIL Y ADOLESCENTE
EN EL ÁMBITO DEL TURISMO Y LA TRATA DE PERSONAS**

«X» tiene un bar donde retiene y recibe a adolescentes entre 14 y 18 años que son explotadas sexualmente. «X» realiza actos de promoción de su bar en Internet y ofrece dichos servicios sexuales a turistas.

4.7. Problemas concursales con el proxenetismo

4.7.1. El tipo penal

ARTÍCULO 181.- Proxenetismo

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

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

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

4.7.2. El bien jurídico protegido

Al margen de los cuestionamientos de legitimidad que se han formulado a este tipo penal (Peña Cabrera 2011: 498-499), también identificamos el bien jurídico protegido de este delito en la dignidad humana; aunque, tal como está planteado, el tipo penal no parece afectar, siquiera abstractamente, al referido bien jurídico. De esta manera, lo que se pretende tutelar con este delito es que la víctima no se vea expuesta a una situación de vulnerabilidad respecto de su dignidad; situación que ocurre cuando es entregada a otra persona para que tenga acceso carnal. No coincidimos con el Acuerdo Plenario 3-2011 PJ/CJ-116 cuando equivocadamente presupone en el tipo penal la finalidad de prostituir a la víctima; situación que este no contempla ni del cual se deduce. El Acuerdo Plenario 3-2011 PJ/CJ-116 plantea que este delito exige, para su verificación, la presencia de una contraprestación generalmente pecuniaria (a manera de ánimo de lucro). Sin embargo, no se deduce del texto tal exigencia típica (fundamento 17).

Por otro lado, nos encontramos ante un delito de peligro abstracto, ya que basta con seducir, comprometer o sustraer a la víctima para que se considere un cierto peligro a su dignidad humana. Se atribuye peligrosidad a la mera realización de estas conductas, sin necesidad de comprobar una cercanía espacio-temporal a la lesión de la dignidad. Incluso podría ocurrir que la víctima nunca se haya encontrado con la tercera persona con la que tendría acceso carnal y, aun así, se configuraría el delito. En consecuencia, el tipo básico del artículo 181 del Código Penal resulta una figura penal inconstitucional por falta de lesividad que en nuestro concepto debe inaplicarse.

4.7.3. Problemas concursales con el delito de trata de personas

La única posibilidad en la que dicha figura resulta de relevancia radicaría en el caso de alguna de sus agravantes, especialmente los incisos 1 (caso de menores de edad) y 2 (empleo de medios coercitivos). En este caso, plantearemos un concurso aparente de leyes penales con el delito de trata de personas.

4.8. Problemas concursales con modalidad de delito contra el trabajo

4.8.1. El tipo penal

ARTÍCULO 168.- Atentado contra la libertad de trabajo y asociación

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

2. Prestar trabajo personal sin la correspondiente retribución

4.8.2. El bien jurídico protegido

Consideramos que los llamados «delitos contra el trabajo» no defienden la libertad personal del trabajador; ya que los derechos laborales reconocen una situación de asimetría de poder y, por lo tanto, buscan asegurar condiciones mínimas de trabajo aun en contra de la voluntad individual del trabajador. En esta línea, Terradillos y Baylos indican lo siguiente: «[...] habrá que entender que el bien jurídico protegido no está integrado por la libertad y seguridad del trabajador individualmente considerado, sino por los derechos del trabajador derivados de las condiciones mínimas generales del trabajo» (1991: 69).

En este sentido, el bien jurídico en estos delitos está integrado por las condiciones mínimas que debe tener un trabajo. En tal sentido, forzar a alguien a prestar trabajo sin remuneración evidentemente supone un ataque contra las condiciones mínimas que debe tener un trabajo en un Estado constitucional. Sin embargo, la redacción del tipo penal no solo hace referencia a la no retribución del trabajo. Por el contrario, el precepto legal incluye el forzar a una persona a realizar un trabajo que no es remunerado; es decir, implica instrumentalizar a través de medios coercitivos a una persona para que realice una labor; hecho que supondría un ataque contra su dignidad. Sin embargo, como veremos más adelante, esta interpretación literal del tipo penal no se corresponde con la reducida sanción penal prevista.

4.8.3. Relación concursal con el delito de trata de personas

El delito antes visto reprime a aquel que, mediante violencia o amenaza, obliga a otro a que trabaje sin retribución; es decir, lo que se garantiza con este dispositivo es la vigencia del primer párrafo del artículo 23 de la Constitución, que señala que nadie está obligado a prestar su trabajo sin retribución.

El hecho de que el tipo penal exija el uso de un medio coercitivo aproximaría a este delito al concepto de trabajo forzado antes visto. Como indicamos antes, la OIT define el trabajo forzado como todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo amenaza de una pena cualquiera, y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente (OIT, citado por López 2016: 126).³ En tal sentido, el carácter remunerado o no del trabajo no implica que este pierda su naturaleza de forzado. Si esto es así, estaríamos ante un supuesto de explotación laboral. No obstante, el legislador ha decidido darle a este delito una pena que evidentemente no se corresponde con la gravedad de la conducta descrita de manera literal por el tipo penal. Esto provocaría una lesión evidente al principio de proporcionalidad y causaría a su vez la inconstitucionalidad de este delito. La única forma de evitar esto es entender que este delito no se refiere al trabajo forzado, sino que implica forzar a alguien a no recibir una remuneración por un trabajo libremente realizado. Solo en este orden de ideas podría aceptarse la reducida pena de este delito.

En esta lógica, el artículo 168 del Código Penal protegería las condiciones mínimas del trabajo no involucrando un supuesto de explotación laboral. Así, no existirían problemas concursales con el delito de trata de personas con fines de explotación laboral, ya que tendrían marcos de aplicación distintos. La trata de personas operaría para casos de explotación laboral; mientras que esta modalidad de delito contra el trabajo solo operaría en los casos en los cuales el sujeto activo se limita a usar la coerción para no entregar una retribución económica al trabajador.

4.9. Problemas concursales con el tráfico ilícito de migrantes

4.9.1. El tipo penal

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.

4.9.2. El bien jurídico protegido

Geronimi señala que el bien jurídico protegido en este delito es la soberanía del Estado (2002: 22). Villacampa, por su parte, sostiene que el bien jurídico está constituido por los intereses del Estado de control de los flujos migratorios (2011: 483). Desde nuestra

³ Convenio 29 de la OIT de 1930 y Convenio 105 de la OIT de 1957.

perspectiva, el bien jurídico protegido en este delito es uno de naturaleza institucional, constituido por los intereses estatales de garantizar el orden migratorio. El sujeto pasivo en este delito no es ninguna persona, sino el Estado como titular del bien jurídico.

4.9.3. Relación concursal con el delito de trata de personas

Se recomienda al lector que revise el Gráfico 2.4 y el Cuadro 3.3; en éstos se desarrollan las diferencias entre tráfico ilícito de migrantes y trata de personas.

Teniendo en cuenta estas diferencias, los tipos penales de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas no se superponen, sino que tienen una configuración distinta. Sin embargo, puede producirse un concurso ideal de delitos. Ello en la medida que estamos ante un mismo hecho que para ser desvalorado correctamente deber ser subsumido por ambos delitos, ya que estamos ante una afectación a la dignidad de la persona y ante una afectación al orden migratorio. Es importante recordar que, según el principio de no criminalización estudiado en el Capítulo 2, la persona transportada no responderá penalmente por el delito de tráfico ilícito de personas.

EJEMPLO DE LA RELACIÓN CONCURSAL ENTRE LOS DELITOS DE TRÁFICO Y TRATA

“X” transporta a personas desde el Ecuador a Perú con el fin de que sean explotadas laboralmente. Para ello, “X” facilita la entrada irregular de dichas personas.

4.10. Problemas concursales con la asociación ilícita para delinquir

4.10.1. El tipo penal

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 quince años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco 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**, 162, 183-A, 186, 188, 189, 195, 200, 202, 204, 207-B, 207-C, 222, 252, 253, 254, 279, 279-A, 279-B, 279-C, 279-D, 294-A, 294-B, 307- A, 307-B, 307-C, 307-D, 307-E, 310-A, 310-B, 310-C, 317-A, 319, 320, 321, 324, 382, 383, 384, 387, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400, 401, 427 primer párrafo y en la Sección II del Capítulo III del Título XII del Libro Segundo del Código Penal; en los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del Decreto Legislativo 1106, de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros actos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado y en la Ley 28008, Ley de los Delitos Aduaneros, y sus respectivas normas modificatorias.
- b) Cuando el integrante fuera el líder, jefe o dirigente de la organización.
- c) Cuando el agente es quien financia la organización.

4.10.2. El bien jurídico protegido

La asociación ilícita para delinquir es una conducta que atenta contra la seguridad de la sociedad en un Estado de derecho (Pastor 2005: 72). Las organizaciones criminales se caracterizan por tener a su disposición el potencial humano y técnico necesario para planificar y ejecutar delitos. Esta disponibilidad se sustenta en la pertenencia duradera de los miembros en la asociación (Mañalich 2011: 281). De esta manera, a diferencia de una agrupación criminal simple, la organización criminal descrita por el delito de asociación ilícita no se agota con la realización del hecho (Mañalich 2011: 282). Estamos ante asociaciones cuya sola existencia implica el constante y permanente uso de la violencia para satisfacer intereses particulares. En esta medida, la simple pertenencia a una asociación de este tipo cuestiona la existencia del Estado de derecho como titular del monopolio de la violencia. Cancio señala al respecto lo siguiente:

[...] la asociación criminal: pretende ocupar un lugar [ilegítimo] en la vida pública. Por lo tanto, se trata de una arrogación de organización no solo en el sentido de que se arroga una organización ajena, sino, además, que es una organización quien se la arroga: la organización delictiva se arroga el ejercicio de derechos pertenecientes al ámbito de soberanía del Estado [...] pone en cuestión el monopolio de la violencia que corresponde al Estado (s. a.: 36).

4.10.3. Relación concursal con el delito de trata de personas

Como vimos, es la organización, y no sus miembros por separado, la que crea un riesgo para la seguridad de la sociedad al poner en tela de juicio el monopolio de la violencia del Estado. Así, en la organización criminal se presenta un injusto que no depende de

algún determinado hecho delictivo futuro a ser ejecutado por sus miembros para que se considere que se ha creado un riesgo penalmente desaprobado. En otras palabras, el injusto de organización es independiente del injusto de los eventuales hechos delictivos específicos cometidos por los miembros de la asociación (Mañalich 2011: 294).

Podría configurarse un eventual concurso entre el delito de asociación y un delito de trata de personas cometido por los miembros de la organización. La naturaleza independiente del injusto de la asociación delictuosa impide que se abra la posibilidad de un concurso aparente (Mañalich 2011: 293). Estamos ante distintas conductas que a su vez afectan distintos bienes jurídicos. Así, en el caso de la trata de personas cometida en el seno de una organización criminal como la descrita en el artículo 317, en principio, ya que son hechos distintos, habría un concurso real: uno que consiste en captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o retener; y el otro, en formar parte u ostentar el estatus de miembro de una asociación ilícita.

Sin embargo, lo antes dicho se complejiza porque en ambos delitos se plasman agravaciones cruzadas. Así, el inciso a) del artículo 317 agrava la asociación ilícita para delinquir cuando la organización criminal tiene por finalidad la trata de personas; mientras que el artículo 153-A agrava la trata de personas cuando el sujeto activo forma parte de una organización criminal. Consideramos que la respuesta debe partir por considerar que la agravante en la trata de personas se fundamenta porque dicha modalidad delictiva pone en mayor peligro la dignidad de la víctima. En cambio, el delito de asociación ilícita para delinquir no protege la dignidad, sino que atenta contra la seguridad social al poner en cuestionamiento el monopolio de la violencia estatal. La agravante frente a organizaciones criminales destinadas a delitos especialmente graves parece tener en cambio la misma finalidad que la agravante de la trata de personas. Es decir, proteger no solo la seguridad social; sino también el bien jurídico protegido por el delito específico. Por tanto, se da un concurso ideal entre la trata agravada y la asociación ilícita para delinquir y, ante un concurso aparente entre la trata agravada y la asociación ilícita para delinquir agravada, en el que el principio de especialidad obliga a aplicar la trata agravada. En síntesis, los tipos penales aplicables son la trata agravada y la asociación ilícita para delinquir no agravada. Cabe indicar que la asociación ilícita para delinquir sería aplicable en los casos en los que se forme una organización criminal dirigida a cometer trata de personas, pero que aún no se haya producido dicho delito.

SÍNTESIS

- En el caso del delito de **favorecimiento a la prostitución** (artículo 179 del Código Penal), cuando se trate de una prostitución incentivada realizada en un contexto de explotación en el sentido fuerte del término, estaremos ante un **concurso de leyes penales o concurso aparente de delitos** y, por principio de **especialidad**, correspondería aplicar el delito de trata de personas.
- En el caso del **delito de rufianismo**, estamos ante un concurso real heterogéneo en la medida que estamos ante dos hechos distintos: el primero, que consiste en colocar a las personas en una situación próxima a su explotación sexual a través de un acto de retención o recepción; y el segundo, que consiste en obtener el dinero de los servicios sexuales. Por tanto, serán aplicables tanto el delito de trata de personas como el delito de rufianismo.
- En el caso del **delito de violación sexual** (artículo 173 del Código Penal), si se tiene en cuenta que el delito de violación sexual y el de trata de personas protegen bienes jurídicos diferentes (libertad sexual en el delito de violación, y dignidad personal en el delito de trata de personas), resulta bastante claro que nos encontramos ante un supuesto de **concurso real o ideal de delitos, dependiendo del caso concreto**.
- En el caso del **delito usuario-cliente** (artículo 179-A del Código Penal), si el cliente cuenta con elementos para notar el contexto de abuso por parte del tratante —por ejemplo, realiza el pago de la contraprestación a una persona distinta a la víctima—, es posible afirmar que se configura el tipo penal de trata de personas y también un delito de usuario-cliente al afectar la libertad sexual de la menor; por lo que habría, en consecuencia, un caso de **concurso ideal de delitos**.
- En el caso del **delito de explotación sexual comercial infantil y adolescente en el ámbito del turismo** (artículo 181-A del Código Penal) es posible, en determinados casos, apreciar un **concurso real**.
- En el caso del **delito de proxenetismo** (artículo 181 del Código Penal), consideramos que el tipo básico resulta inconstitucional y debe inaplicarse. La única posibilidad en la que dicha figura resulta de relevancia radicaría en el caso de alguna de sus agravantes, especialmente los incisos 1 (caso de menores de edad) y 2 (empleo de medios coercitivos). En este caso

plantearemos un **concurso aparente** de leyes penales con el delito de trata de personas, dependiendo de si en el caso se evidencia la finalidad de explotación sexual o no.

- En el caso del **delito contra el trabajo** (artículo 168 de Código Penal) no existen problemas concursales con el delito de trata de personas con finalidad de explotación laboral.
- En el caso del **delito de tráfico ilícito de migrantes** (artículo 303-A del Código Penal) podemos estar frente a un concurso ideal de delitos en casos determinados.
- En el caso del **delito de asociación ilícita para delinquir** (artículo 317) puede existir concurso real; y en el caso de los agravantes son los tipos penales de la trata agravada y la asociación ilícita para delinquir no agravada los que deben aplicarse.

CAPÍTULO 5

Investigación penal del delito de trata de personas

Este capítulo tiene el objetivo de brindar al lector las herramientas para llevar a cabo la investigación en el delito de trata de personas. Adicionalmente, completa lo antes presentado y recuerda las obligaciones que tiene el Estado con las víctimas.

5.1. Investigación proactiva

Es importante señalar, en primer lugar, que la investigación en el delito de trata de personas es dinámica y flexible. En ese sentido, no existe una única clase de investigación y, por ello, no existe una receta que seguir para cada tipo delictivo. Sin embargo, para señalar algunas herramientas de investigación es necesario recordar que el delito de trata es complejo dadas las características organizacionales que tiene. Es así que es complejo, en primer lugar, por las acciones que se deberán emprender para identificar a los responsables y demostrar su culpabilidad; pero, además, porque la investigación en el delito de trata de personas generalmente no se origina en una denuncia de parte, es decir, no siempre es «reactiva», como sí sucede en otra clase de delitos en los que la víctima acude a la autoridad para denunciar un hecho. En el delito de trata de personas, dadas las características de las víctimas que se encuentran sojuzgadas por una organización, la investigación eficaz debe ser proactiva.

5.1.1. Investigación proactiva

En la actualidad existen nuevas formas de criminalidad que retan a la forma tradicional de abordar la investigación del delito. Ello se da en razón de que la criminalidad organizada suele presentarse bajo andamiajes anónimos que no permiten la identificación o a que usan las nuevas tecnologías, las que impiden delimitar el espacio en el cual operan. Frente a ellas, es necesario desarrollar actuaciones proactivas de investigación. Esta forma proactiva de actuación policial resulta no solo imperativa en los casos de delincuencia organizada, sino también de codelincuencia en delitos complejos como el delito de trata de personas. Efectivamente, es importante recordar que en el Perú no todos los casos de trata de personas constituyen necesariamente delitos de criminalidad organizada, sino que en otros casos son cometidos por pocas personas sin estructura permanente; es decir, se trataría de casos de codelincuencia. En este sentido, una de las actuaciones proactivas que debe realizarse es la investigación del delito organizado de trata de personas, la cual debe estar vinculada al manejo inteligente de información. Es decir, se deben usar herramientas que nos permitan procesar los datos obtenidos para analizar las incidencias del delito. Esto hace posible que se afronten debidamente la prevención y persecución del delito.

Actualmente, con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, surge la interrogante sobre si toda investigación policial tiene que enmarcarse en las reglas planteadas por este Código, ya que este establece límites en el tiempo y formas de control que impedirían la llamada «investigación inteligente del delito». Al respecto, se debe entender que, en estricto, la investigación proactiva es preventiva; por lo que, dados los roles constitucionales que se establecen a la Policía Nacional y al Ministerio Público,¹ no se puede pretender que toda actuación proactiva encaminada a combatir la delincuencia forme parte de la llamada «investigación preliminar». La lucha contra este fenómeno requerirá de enfoques integrales, interdisciplinarios y de largo plazo que aborden cada aspecto del ciclo de la trata de personas (Kyle 2001).²

Este tipo de investigación supone, por ejemplo, la búsqueda de datos a través de la identificación de zonas de incidencia delictiva, la identificación de inmuebles con actividades sospechosas, las modalidades de captación, el establecimiento de relaciones de elementos comunes entre diversas denuncias de delitos conexos, la vinculación de estos datos, el estudio de las relaciones y/o conexiones entre personas, propiedades, antecedentes, los análisis de información que permitan estructurar el organigrama de una posible organización criminal, etcétera. Este tipo de investigación preventiva contra la delincuencia supone la obtención proactiva de indicios de la comisión de un delito mediante la acumulación de diferentes actos de investigación realizados ante una sospecha inicial (Ambos 2002: 15).

5.1.2. Investigación reactiva

Frente a la noticia de un hecho presuntamente delictivo, el aparato estatal de persecución penal «reacciona» para esclarecer los hechos e identificar a los responsables. Esta sospecha inicial constituye el presupuesto necesario y la hipótesis mínima para que pueda disponerse el inicio de una investigación (Ramón 2003: 95). Esta investigación se desarrolla durante lo que se conoce como etapa de investigación preliminar.

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

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

² En Europa, el problema de trata de personas está íntimamente relacionado con la migración irregular; no sucede lo mismo en el Perú, donde la trata de personas es más interna que internacional.

En principio, se puede señalar como regla general, en razón a las facultades constitucionales establecidas, que el Ministerio Público debe conducir la investigación del delito desde su inicio. De esta manera, un fiscal dirige las diligencias preliminares destinadas a recoger indicios o hechos concretos y verificados, a partir de los cuales se pueda deducir lógicamente la materialidad del delito. Estas investigaciones las ejecuta directamente el fiscal o el personal policial, pero siempre con la participación del primero. Por este motivo, si la policía es quien recibe la noticia criminal, se deberá informar inmediatamente al Ministerio Público.

Una forma de abordar una denuncia por trata de personas —si es que la circunstancia del hecho lo permite— es a través de una acción investigativa para revelar el delito; lo que en el Perú se conoce como «operativo» para lograr la captura in fraganti de los autores. Para esto, el fiscal provincial de turno, con apoyo de la Policía Nacional, planifica la realización de una acción en una hora y un día determinado. En el caso de delito de trata de personas para fines de explotación sexual, estos operativos se suelen realizar en lugares de diversión nocturna de acceso público previamente identificados en la investigación proactiva. En el caso de trata laboral, los operativos se pueden realizar en fábricas, yacimientos mineros u otro establecimiento.

Es importante diferenciar el operativo de rescate o captura realizado en una investigación reactiva del operativo circunstancial, el cual se realiza ante casos de flagrancia y en investigaciones preventivas. Como veremos más adelante, en estos casos el allanamiento se encuentra justificado por la flagrancia y, con el objetivo principal de rescatar a las víctimas, se puede realizar aun sin la presencia del Ministerio Público. Sin embargo, luego del operativo, el Ministerio Público garantizará la legalidad de dicho acción.³ Por otro lado, en el caso de operativos realizados en el contexto de investigaciones reactivas es necesario desarrollar previamente la planificación de dicha acción. Para ello, el Ministerio Público coordinará internamente con:

- El **Programa de Atención y Asistencia a Víctimas y Testigos (UDAVIT)** para brindar el soporte y la contención inmediata a las víctimas, así como la orientación técnica al fiscal sobre la situación de la víctima a fin de que disponga de las diligencias pertinentes.
- El **Instituto de Medicina Legal (IML)** para garantizar la evaluación médico legal de la víctima.

Además, debe coordinar de manera externa con las siguientes instituciones:⁴

³ Protocolo del Ministerio Público para la atención de víctimas del delito de trata de personas. Lima, 2014, p. 34.

⁴ Protocolo Intersectorial para la Prevención y Persecución del Delito y la Protección, Atención y Reintegración de Víctima de Trata de Personas.

- **Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MIINJUS)**, a través de la Dirección de Asistencia Legal y Defensa de Víctimas, para que brinden asistencia legal gratuita a la víctima a través de los defensores públicos.
- **Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP)**, para gestionar el posible ingreso de la víctima a un hogar de refugio temporal.
- **Ministerio de Relaciones Exteriores (MREE)**, a través de la Dirección de Protección y Asistencia al Nacional, para que si está ante víctimas extranjeras se pueda informar a los consulados respectivos.
- **Ministerio del Interior (MININTER)**, a través de MIGRACIONES, a fin de que las víctimas extranjeras no sean multadas o expulsadas en caso de que su situación sea irregular.
- **MININTER**, a través de la Policía Nacional del Perú, en especial la Dirección de Investigación de Delitos de Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Migrantes (DIRINTRAP), para intercambiar información y prever las medidas de seguridad, protección y salvaguarda de la víctima durante el operativo y los siguientes desplazamientos.
- **Ministerio de Salud (MINSA)**, mediante la Superintendencia Nacional de Salud (SUSALUD), para garantizar la atención integral en salud.
- **Poder Judicial**, para dictar medidas de protección y posibilitar su ejecución durante el proceso.
- **Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC)**, para garantizar la identidad de la víctima.
- **Gobiernos locales y regionales**, para tramitar la obtención de la partida de nacimiento de la víctima, cooperar en la búsqueda y ubicación de los familiares de la víctima, implementar servicios públicos locales y programas sociales, así como defender y promover los derechos ciudadanos.

Durante los operativos se debe detener a los presuntos tratantes y cómplices, entre los que se pueden encontrar los propietarios del local, el personal administrativo y los clientes. Además, es indispensable tomar en cuenta las siguientes pautas durante el operativo y el traslado de las víctimas.

Algunas pautas para el operativo y el traslado

- Separar en todo momento a las víctimas de los presuntos tratantes, incluidos probables partícipes como administradores, personal encargado del local y, en caso de trata sexual, clientes.
- El primer contacto con las víctimas debe ser por un equipo de profesionales especializados, de preferencia de la Unidad Distrital de Asistencia a Víctimas y Testigos (UDAVIT) y/o de la Fiscalía.
- Separar a las víctimas niños, niñas y adolescentes de las víctimas adultas.
- Toda autoridad pública deberá presentarse como funcionario público encargado de brindarle el soporte, la protección y/o el apoyo especializado de acuerdo con su función.
- Se deben tomar en cuenta las pautas antes indicadas para evitar la revictimización de las víctimas durante el operativo.
- El personal especializado deberá identificar las necesidades médicas urgentes y, en caso de riesgo de salud, se deberá asegurar el traslado de la víctima a un centro de salud.
- Identificar necesidades de asistencia básicas como abrigo y alimentos.
- Se realizarán registros fotográficos y en video que puedan servir de medio probatorio. Sin embargo, se debe cuidar la confidencialidad y reserva de esta información a través de la cadena de custodia, bajo responsabilidad.
- Las víctimas y los testigos no deberán encontrarse expuestos, en ningún momento, a los medios de comunicación o a filmaciones y grabaciones de terceros.

Fuente: Inicio 1.1.4. Protocolo Intersectorial para la Prevención y Persecución del Delito y la Protección, Atención y Reintegración de Víctima de Trata de Personas.

5.2. Diligencias de búsqueda de elementos de prueba

El Código de Procedimientos Penales no ha regulado las llamadas «diligencias preliminares». Sin embargo, según las facultades constitucionales del Ministerio Público y la Policía Nacional, esto no impide que estas instituciones practiquen diversas diligencias tendientes al esclarecimiento del delito y a la identificación de los autores con el fin de iniciar el procesamiento penal.⁵ En cambio, el Código Procesal Penal regula explícitamente las diligencias preliminares. A continuación se desarrollarán algunas diligencias de búsqueda de prueba, la problemática que plantea y su utilidad en la investigación del delito de trata de personas.

Es de remarcar que la actividad investigatoria presenta nuevos límites con el reconocimiento de los derechos de las víctimas, así el Código Procesal Penal en el artículo 155.5 señala expresamente que la actuación probatoria se realizará, en todo caso, teniendo en cuenta el estado físico y emocional de la víctima.

5.2.1. Allanamiento

a) Concepto

La figura del allanamiento está íntimamente vinculada al concepto de domicilio y su inviolabilidad. El derecho a la inviolabilidad de domicilio, previsto como un derecho fundamental en nuestra Constitución, implica que nadie puede ingresar a un domicilio sin el consentimiento de su titular; salvo las excepciones que establece la propia Constitución en su artículo 2.9. Así, las personas tenemos derecho a un espacio que se encuentra limitado de la injerencia de terceros, incluso del propio Estado, con el fin de cautelar la esfera íntima de las personas. El domicilio es definido en el artículo 33 de nuestro Código Civil como la residencia habitual de la persona en un lugar. Esta residencia puede ser permanente o temporal. Esto ha sido recogido en el artículo 214.1 del nuevo Código Procesal Penal, por lo que debe considerarse también domicilio a las habitaciones de hotel u otro similar en el que habiten los huéspedes.

Por este motivo, es preciso detenernos a observar los casos en los cuales el ingreso a la morada se realiza con consentimiento, así como los elementos que deben verificarse en este consentimiento:

- **Que sea libre.** Es decir, el consentimiento debe ser expresión de la voluntad de la persona. Sin embargo, este consentimiento puede resultar viciado por las

⁵ A efectos de conocer el modelo procesal penal del Código de Procedimientos Penales de 1940 y su aplicación en el delito de trata de personas se puede revisar el libro *El proceso penal peruano en el delito de trata de personas: 14 casos de Lima y Loreto* (2011) de Claudio Boniato y María Alejandra González, publicado por Capital Humano y Social Alternativo y que se puede descargar en www.chsalternativo.org/Download/Proceso.pdf.

circunstancias coercitivas o fraudulentas en que se realiza. En ese sentido, habría que tener cuidado con aquellos registros domiciliarios policiales en casos no flagrantes, en los que se señala que «se realizó con el consentimiento» del afectado, cuando este en realidad no expresó libremente su voluntad. En estos casos, la defensa del investigado podría cuestionar la licitud de la prueba obtenida.

- **Que sea dado por quien tiene titularidad del domicilio; es decir, por quien habita el domicilio.** Este punto resulta importante porque puede suceder que «X», esposa de Juan, consienta en la entrada de los efectivos policiales a la vivienda que habitan y que funciona además como hostel que administra Juan. ¿Ello conllevaría a que se puedan registrar las habitaciones? Dado el carácter personalísimo del derecho a la intimidad, requeriríamos el consentimiento de los huéspedes o, en su defecto, una orden judicial.
- La vulneración del derecho a la inviolabilidad de domicilio se encuentra tipificada como delito en los artículos 159 y 160 del Código Penal. Dicho derecho, sin embargo, no es absoluto; pues en algunos casos se permite el allanamiento legal, es decir, el ingreso al domicilio sin consentimiento del titular. Como hemos señalado, el artículo 2.9 de la Constitución establece algunas excepciones al requerimiento del consentimiento para llevar a cabo un allanamiento.

b) Excepciones al requerimiento del consentimiento en el allanamiento

Estas excepciones son las siguientes:

- Flagrante delito
- Grave peligro de su perpetración
- Autorización judicial

A continuación analizaremos cada una de estas excepciones.

■ Flagrante delito

Según el artículo 259.2 del Código Penal, el delito flagrante se presenta cuando:

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

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

EJEMPLO DE DELITO DE COMISIÓN PERMANENTE

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

En el caso del delito de trata de personas se debe considerar el riesgo de las víctimas para valorar la situación de urgencia a efectos de proceder al allanamiento en flagrancia. Por ejemplo, en los casos de sospecha de trata de personas por explotación sexual de menores retenidas en un local se deben tener en cuenta los elementos que podrían indicar una situación de explotación sexual de las menores, tales como el horario de las actividades, la concurrencia de los clientes, la ingesta de alcohol o sustancias tóxicas, etcétera. En el caso de inmuebles en los que se sabe que se somete a las víctimas a trabajos forzosos, de la misma manera se debe evaluar el riesgo cuando nos encontramos ante casos de menores; de lo contrario, se debe proceder a solicitar la autorización judicial, cuyo trámite debe ser inmediato.

■ Grave peligro de su perpetración

Otro de los motivos previstos para ingresar a un domicilio sin consentimiento del titular es que exista un grave peligro de la perpetración del delito. Este peligro inminente es la percepción que tiene el común de las personas de que se va a cometer un delito; esto es, que resulta razonable presumir que una persona ingresó o que se encuentra en un lugar con la intención de delinquir. Es razonable considerar que existe peligro inminente si vemos a un hombre que se asoma a la ventana con un cuchillo en la mano gritando que va matar a su esposa, y luego escuchamos los gritos de auxilio de una mujer desde el interior. Respecto a la evaluación del peligro inminente, el nuevo Código Procesal Penal señala en su artículo 214.3 que los motivos que determinan el allanamiento sin orden judicial deben constar detalladamente en el acta.

■ Por autorización judicial

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

Apariencia de los inmuebles

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

En el caso de trata de personas con fines de explotación laboral o mendicidad, los inmuebles suelen presentarse bajo la forma de fábricas o talleres clandestinos llamados «empresas familiares», casas cercanas a sembradíos de coca, lavaderos de oro, tala ilegal de madera, ladrilleras, minas informales, extracción de moluscos. Además, se da el caso de inmuebles que usan a las víctimas como empleadas domésticas, «muchachas de ayuda», niñeras; así como restaurantes que usan a las víctimas como mozos o lavaplatos. (CHS Alternativo 2010: 22)

La solicitud del fiscal para pedir la autorización judicial deberá contener la siguiente información:

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

c) Desarrollo de la diligencia de allanamiento

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

- **Comunicación de la orden.** Es una garantía de la realización de la diligencia de allanamiento que se comunique la orden judicial con la que se cuenta, ya sea al mismo imputado o a quien tenga la disponibilidad actual del lugar. Si esta persona no se encuentra, se deberá dejar una copia de la orden a un vecino, a una persona que conviva con él, al portero, o a quien haga sus veces.

Esta comunicación se realiza al iniciarse la diligencia. Teniendo en cuenta que la orden de allanamiento es *inaudita pars*, no se comunica al afectado antes de su ejecución. Ello es así con el fin de que el allanamiento sea eficiente y no se pierda el objetivo para el cual fue solicitado. Se debe comunicar, además, la facultad que tiene el afectado de hacerse representar o asistir por una persona de su confianza.

- **Registro de personas.** Durante el desarrollo de la diligencia pueden encontrarse o llegar personas al inmueble. Ante esta situación, el artículo 217.2 del nuevo Código Procesal Penal faculta que el allanamiento pueda comprender el registro personal de estas personas si se considera que estas pueden ocultar bienes delictivos o que se relacionen con estos. Esto es así porque al otorgarse la autorización de allanamiento existe una hipótesis incriminatoria contra los residentes o los que frecuentan dicho inmueble. Es por ello que existen motivos fundados para proceder a un registro personal. No debe olvidarse que las personas tienen derecho a ser registradas por alguien del mismo sexo, en un espacio íntimo y que se prohíben las situaciones humillantes.⁶
- **Redacción del acta.** La diligencia se circunscribirá a lo autorizado. En el caso del delito de trata de personas es necesario redactar el acta considerando la siguiente información:
 - a) Prestar especial atención a las medidas de seguridad que se han implementado en los inmuebles cuando nos encontramos ante el delito de trata de personas. Ello debido a que estos tendrían por fin impedir la libre libertad ambulatoria de las víctimas: ventanas con barrotes, cerraduras, rejas, puertas de acero, número de vigilantes con especial seguridad, ubicación aislada, vigilancia electrónica, etcétera. Es necesario registrar (fotográficamente o por medio de video) estos indicadores de capacidad ambulatoria restringida.
 - b) Identificar la totalidad de ocupantes del lugar.
 - c) Distinguir preliminarmente a las víctimas de los posibles perpetradores.

⁶ El registro personal es la búsqueda de elementos de delitos, de modo externo o superficial, sobre el cuerpo de la persona investigada, de lo que porta o que se encuentra en su alcance inmediato.

- d) Atender a las señales que revelan cuándo una persona está siendo controlada por otra; en particular, en el caso del delito de trata de personas:
- No tiene consigo sus propios documentos de identidad o de viaje.
 - Sufre abuso verbal o psicológico destinado a intimidar, degradar y atemorizarla.
 - Tiene un tratante o proxeneta que controla todo el dinero. La víctima tendrá muy poco o ningún dinero en efectivo consigo.
 - La víctima está extremadamente nerviosa, especialmente si su «traductor» (la persona que podría ser su tratante) está presente durante una intervención. (Oficina para la Vigilancia y la Lucha contra la Trata de Personas, Oficina de la Subsecretaria de Estado para Asuntos Mundiales Departamento de Estado de los Estados Unidos de América 2004: 3)
- **Preservar los derechos al honor y a la intimidad de las personas.** Durante el desarrollo de la diligencia es necesario que el fiscal adopte las precauciones necesarias para preservar los derechos al honor y a la intimidad de las personas que se encuentren en el local allanado. Más aún, en casos de trata sexual es menester que en la diligencia se guarde especial cuidado a efectos de proteger dichos derechos.
 - **Facultad coercitiva del fiscal en la diligencia.** En el artículo 21.2 del Código Procesal Penal del 2004 se establece que el fiscal que participa en la diligencia puede disponer que determinada persona no se aleje del lugar antes de que la diligencia haya concluido. Los motivos de esta decisión deben consignarse en el acta. El trasgresor será retenido y conducido nuevamente y en forma coactiva al lugar. Luego, si corresponde, se solicitará la prisión preventiva de los posibles responsables.

5.2.2. Incautación

Esta figura fue introducida en el artículo 59 del Código de Procedimientos Penales. Según esta disposición, la policía debe entregar los elementos de prueba o los efectos que haya incautado.⁷ La incautación de bienes puede responder a fines cautelares o instrumentales; es decir, puede servir para fines asegurativos del decomiso o como elementos de prueba. La incautación de bienes sustraídos de la esfera de su poseedor se denomina «secuestro». El nuevo Código Procesal Penal regula la incautación y señala en su artículo 220.2 que

Los bienes objeto de incautación deben ser registrados con exactitud y deben ser debidamente individualizados, estableciéndose los mecanismos de seguridad para evitar confusiones o alteración de su estado original; igualmente se debe identificar

⁷ Posteriormente se introdujeron modificaciones al Código de Procedimientos Penales de 1940 a través del Decreto Legislativo 982 publicado el 22 julio de 2007 en relación con la función del juez instructor.

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

En la escena del delito se procederá a recoger múltiples evidencias de este. Estas evidencias pueden ser vestigios biológicos tales como pelos, uñas; así como vestigios materiales como son restos de comida, basura u otros objetos. Este levantamiento no significa necesariamente un secuestro de bienes porque no podemos considerar que todos los actos de aprehensión o recolección de vestigios o evidencias en la escena del delito constituyan supuestos de secuestro. El secuestro es una medida que afecta a derechos de los investigados o de terceros con fines de investigación (Gálvez y Guerrero 2009: 314).

El nuevo Código Procesal Penal en su artículo 316 establece que el fiscal, al ingresar al inmueble, puede disponer la incautación de **instrumentos, efectos o ganancias del delito**.⁸

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

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

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

En los distritos judiciales donde no se encuentra en vigencia el nuevo Código Procesal, además de las modificaciones introducidas en el Código de Procedimientos Penales, se debe aplicar el Decreto Legislativo 988. Este regula el procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares en relación con el secuestro y/o con la incautación de los objetos de la infracción penal. Es importante resaltar que estas medidas se limitan, en los distritos en los que no se encuentra en vigencia el Código Procesal Penal del 2004, únicamente a los casos de trata en contextos de criminalidad organizada.

⁸ El Código Penal del 1991 establece el decomiso o la pérdida de efectos provenientes del delito (artículo 102).

5.2.3. Aseguramiento e incautación de documentos privados

El derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y de los documentos privados se encuentra previsto en nuestra Constitución Política en el artículo 2.10 que señala que «las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen». Durante las diligencias de investigación como el registro personal, el allanamiento o la inspección nos podemos encontrar con documentos privados protegidos por el derecho al secreto de las comunicaciones. No es posible revisar el contenido de estos documentos y menos incautarlos si es que no existe una orden judicial.

El nuevo Código Procesal Penal establece, en su artículo 232, que en estos casos el fiscal o la policía se limitarán a asegurar dichos documentos sin examinar su contenido, ya que es necesario solicitar la autorización judicial correspondiente.

En el caso de encontrarnos con documentos contables y administrativos que no se encuentran protegidos por el secreto de las comunicaciones, el fiscal y la Policía Nacional sí pueden revisar su contenido; y, una vez determinada su utilidad para la investigación, procederán a asegurarlo y a solicitar la autorización judicial para incautarlos.

5.2.4. Exhibición forzosa de documentos

El nuevo Código Procesal Penal establece la exhibición forzosa o incautación de las actuaciones y los documentos que no tienen la calidad de privados, es decir, aquellos que no se encuentren protegidos por el secreto de las comunicaciones.⁹

EJEMPLO DE DOCUMENTOS «PÚBLICOS» DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS

- Libros contables
- Libros de registros de entrada y salida de personas
- Horarios y permisos del personal
- Deudas de personas

En caso de que los documentos, libros u otros bienes a incautar no puedan ser trasladados o no puedan practicarse en ese momento las pericias que se requieran, el fiscal puede disponer el aseguramiento de tales libros, documentos u otros bienes. Según el artículo 234.1 del nuevo Código Procesal Penal, si de la revisión se considera que dicha documentación debe ser incautada, total o parcialmente, y no se cuenta con orden judicial, se limitará a asegurarla.

⁹ A pesar de que el Nuevo Código Procesal Penal del 2004 parece señalar que el secuestro solo es posible cuando hay autorización judicial, Gálvez y Guerrero señalan que una interpretación teleológica permite entender que en casos de urgencia el fiscal sí puede proceder al secuestro y a la revisión de dichos documentos (2009: 328 y 329).

5.2.5. Clausura y vigilancia de locales

En el caso de bienes inmuebles que han sido usados para la comisión del delito de trata de personas, cuando se requiere recabar mayores elementos probatorios, se puede disponer la clausura o la vigilancia temporal de un local por el plazo de quince días. Esta posibilidad se encuentra prevista en el artículo 237 del nuevo Código Procesal Penal. Esta medida tiene como fin evitar la manipulación o el riesgo de perder evidencias del delito en el interior del local.

5.3. Técnicas especiales de investigación

La Convención de la Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada en su artículo 20 obliga a los Estados Partes a generar repuestas efectivas a fin de combatir la delincuencia organizada; señala el uso de técnicas especiales de investigación como la entrega vigilada, la vigilancia electrónica y las operaciones encubiertas. Dada la operatividad criminal del delito de trata de personas, resulta conveniente referirnos brevemente a la técnica de la vigilancia electrónica. Esto no quiere decir que se deban dejar de lado otras técnicas; por ejemplo, los actos de investigación de agente encubierto, que responde a un plan organizado de infiltración policial para conocer a una organización, o las técnicas de colaboración eficaz que permiten obtener información de parte de los investigados a cambio de beneficios.

Dentro del concepto de vigilancia electrónica se engloban todas las técnicas que usan herramientas tecnológicas y que nos permiten acceder a espacios privados de los ciudadanos, sin conocimiento de estos y bajo la justificación de la investigación de un grave delito o de organizaciones delictivas, como sería el caso del delito de trata de personas. Estas técnicas especiales de vigilancia electrónica solo se deben usar cuando resulten indispensables para cumplir los fines de esclarecimiento, o cuando la investigación resultaría menos provechosa o se vería seriamente dificultada por otros medios. Estas nuevas técnicas han sido recogidas en el nuevo Código Procesal Penal bajo los siguientes nombres:

■ Videovigilancia

Comprende el registro de tomas fotográficas o imágenes y cualquier medio técnico especial con fines de observación o para investigar el lugar de residencia del investigado. Teniendo en cuenta la constante relación del tratante con sus víctimas, la videovigilancia se presenta como una técnica pertinente a fin de establecer y probar la relación de sometimiento en la que se encuentra la víctima.

El nuevo Código Procesal Penal señala en el artículo 207.3 que se requerirá autorización judicial cuando la videovigilancia se realice en el interior de inmuebles o lugares cerrados. Según una lectura literal de esta norma, no se requerirá autorización judicial para proceder al registro de imágenes o videos solo si nos encontramos ante lugares abiertos. Además, el nuevo Código Procesal Penal no hace diferencias entre espacios públicos y privados, por lo que consideramos que la regulación del término «lugar cerrado» debe interpretarse según

el concepto de domicilio, es decir, de un espacio limitado de intimidad. No consideramos aplicable este concepto a lugares cerrados pero que constituyen espacios públicos, como es el caso de una discoteca, restaurantes, oficinas públicas, etcétera. De esta manera, de encontrarnos ante espacios públicos pero cerrados, tampoco debería ser necesaria la autorización judicial. Sin embargo, hay que observar el desarrollo de la jurisprudencia en esta materia para determinar si es que primará o no la literalidad de la redacción del artículo 207.3.¹⁰

Por otro lado, en razón de que no necesariamente tenemos identificados a todos los sospechosos que participan en un delito, la regulación de la videovigilancia no puede circunscribirse al concepto de «investigado». Por eso, el artículo 207 del nuevo Código Procesal Penal señala que la videovigilancia se podrá dirigir contra otras personas cuando resulta indispensable y bajo las condiciones establecidas en la norma.

■ Control de comunicaciones y documentos privados

Comprende la interceptación e incautación postal y la intervención y el control de las comunicaciones.

El reconocimiento de un derecho fundamental al secreto de las comunicaciones exige que cualquier injerencia sea excepcional y esté rodeada de límites, requisitos y garantías. Por eso, si bien el control de las comunicaciones es una técnica útil para investigar el delito de trata de personas, dado que permite intervenir las comunicaciones de los investigados (ya sean telefónicas, radiales, postales u otras; es decir, por todos los medios de comunicación conocidos, así como los que han ido apareciendo o puedan aparecer en el futuro), debe realizarse con estricta autorización judicial.

En doctrina se diferencia la **intervención** de la **observación** al constituir formas de injerencia de diferente intensidad:

- **Intervención** significa «apoderarse» del contenido de las conversaciones telefónicas, poder llegar a conocerlas. En nuestro medio se le conoce como «registro de llamadas»; y en doctrina, como *comptage*.
- **Observación** es tomar conocimiento del destino de la comunicación, la identidad subjetiva del receptor de la comunicación, o del titular de la comunicación, pero no del contenido.

La Ley 27697 reguló la facultad del fiscal para la intervención y el control de comunicaciones y documentos privados en casos excepcionales. Asimismo, esta técnica está recogida en los artículos 226 al 234 del nuevo Código Procesal Penal.

¹⁰ Es el caso de la sentencia del 21/12/2011 dictada por el Tercer Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima, en la que el juez no valoró el contenido de los videos y audios correspondientes a las videovigilancias, al no contar con autorización judicial y al haberse realizado en el salón de reuniones del Ministerio de la Producción (interior de inmueble o lugar cerrado). Sentencia Expediente 005-2011-32-1826-JR-PE-03.

Garantías mínimas para la interceptación y el control de comunicaciones y documentos privados

- **Personas objeto de la medida.** Se encuentra proscrita la vigilancia general o exploratoria, por lo que se requiere que se dirija la medida contra investigados o personas contra las que cabe estimar, en mérito a datos objetivos determinados, que reciben o tramitan por cuenta del investigado determinadas comunicaciones, o que el investigado utiliza su comunicación (Artículo 230.2 del Código Procesal Penal del 2004).
- **Suficientes elementos de convicción y gravedad del hecho.** Se requiere que exista evidencia de la comisión de un hecho delictuoso y que esté sancionado con pena superior a los cuatro años de privación de libertad.
- **Necesidad.** Se requiere que se fundamente que la intervención sea absolutamente necesaria para proseguir las investigaciones.
- **Duración de la medida.** La interceptación no puede durar más de treinta días; excepcionalmente podrán prorrogarse por plazos sucesivos (artículo 203.6 del Código Procesal Penal del 2004). A diferencia de otras regulaciones que establecen la razonabilidad del plazo, en nuestro país se ha optado por un límite expreso.
- **Control de la medida.** La medida tiene varios controles. Un primer control lo realiza el juez al momento de la evaluar la solicitud del fiscal, que es inaudita parte; es decir, sin conocimiento del afectado. Existe luego el control del fiscal en el desarrollo de la medida, y un último control posterior del afectado, cuando luego de ejecutada la medida puede instar el reexamen judicial, dentro del plazo de tres días de notificado. La notificación al afectado solo se realizará si es que no se pone en peligro la vida o integridad de terceros. Esta situación debe ser evaluada en caso de víctimas y testigos de trata de personas.

5.4. Otros medios de prueba

5.4.1. La declaración de la víctima

La declaración de la víctima de trata de personas es un testimonio importante para conocer la operatividad de los tratantes y la relación de sometimiento que se impuso. Es importante que la autoridad que conoce dicho testimonio evite la revictimización de dicha persona.

Algunas pautas para evitar la revictimización

- Ofrecer la atención con prontitud.
- Tomar en cuenta el temor y la desconfianza de la víctima y/o testigo causados por su experiencia, por el miedo a represalia, por su situación de vulnerabilidad o por el poder y autoridad que tienen la o las personas dedicadas a la trata. Ante ello, la autoridad debe ofrecer comprensión y mecanismos de protección.
- Creer en el relato de la víctima y evitar cuestionar o rebatir el testimonio durante su manifestación.
- Evitar caer en estereotipos de género. Algunos de estos ejemplos asociados a la trata de personas son los siguientes: pensar que las víctimas mujeres seducen a los hombres para obtener beneficio económico, pensar que las víctimas mujeres mienten por motivos de celos, pensar que el trabajo sexual es una vía fácil y que las víctimas lo hacen siempre por placer, pensar que las víctimas que pertenecen a la comunidad LGBT (lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgéneros, transexuales) son enfermas o que merecen su situación, pensar que las mujeres son responsables de su situación por no mantener valores como la «decencia» o porque huyeron de su casa, pensar que solo las mujeres jóvenes son víctimas de trata sexual, etcétera.
- Tomar en cuenta que los familiares o miembros de la comunidad de la víctima o testigo pueden rechazarla o que incluso pueden haber participado en la trata.
- Evitar presionar a la víctima para que continúe su testimonio.
- Tomar en cuenta si la persona que denuncia se encuentra en una situación de discapacidad. Si es así, se deberán realizar los ajustes razonables necesarios como realizar preguntas claras y sencillas frente a personas con discapacidad intelectual o usar lenguaje braille frente a personas con discapacidad visual.
- Dirigirse a la víctima por el nombre con que se identifica y evitar usar expresiones como «cariño», «muchachita» u otras. También se debe evitar llamar a la víctima por un género distinto con el que la víctima se identifique.
- Tomar en cuenta el idioma con el que la víctima o el testigo se siente más familiarizado.

- Iniciar el trámite para que se brinde una medida de protección a la víctima o al testigo.
- Verificar si la víctima requiere atención médica de urgencia.

En muchas circunstancias, este importante testimonio de la víctima de trata de persona puede ser uno de los medios de prueba más difíciles de obtener, pues la persona es sometida a un control permanente o porque, aun en situación de explotación, el tratante o explotador le brinda el dinero necesario para cubrir sus necesidades básicas o las de su familia. No se puede olvidar que la trata de personas y la explotación, a diferencia de la antigua esclavitud, se basa usualmente en la situación de vulnerabilidad de las víctimas y en el aprovechamiento de esta por parte de los tratantes. También es posible que la víctima esté renuente a revelar alguna información debido a la desesperación y al desaliento por considerar que no hay opciones viables para escapar a su situación. Incluso, si son presionadas, podrían no identificarse como personas sometidas a esclavitud (Departamento de Estado de los Estados Unidos 2004).

Por ello, es necesario que los investigadores se muestren sensibles respecto de su estado y condición emocional para lograr establecer una relación de confianza en el sistema de Administración de justicia que permita contar con su testimonio en juicio. Asimismo, es importante tomar en cuenta las pautas recogidas en el Cuadro 5.7 para evitar la revictimización.

Niños, niñas o adolescentes

En estos casos, sin perjuicio de que pueda usarse frente a otro tipo de víctimas, es importante que se realice la entrevista única a través de un psicólogo especialista y con la participación del Ministerio Público. Además, en la medida de lo posible, es importante que dicha entrevista única se desarrolle través de la Cámara Gesell. Ello en la medida de que cada repetición del hecho victimiza nuevamente. De esta manera, la llamada «declaración preventiva» es única, ya sea en etapa preliminar o en la instrucción penal, por lo que el fiscal dispondrá, de acuerdo con la *Guía de procedimiento para la entrevista única de niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual, explotación sexual y trata con fines de explotación sexual*,¹¹ la fecha de la entrevista única con el objeto de evitar su revictimización.

En caso de violencia sexual, el artículo 144 del Código del Niño y Adolescente establece la presencia obligatoria de un fiscal de familia, quien además debe

¹¹ Aprobado mediante la Resolución 589-2009-MP-FN de la Fiscalía de la Nación del 28 de abril de 2009.

velar por el bienestar del menor sin que ello signifique que el fiscal penal que no participa en dicha diligencia se desvincule de los incidentes de la actuación.

En los distritos judiciales donde se encuentra en vigencia el Código de Procedimientos Penales de 1940, el artículo 140 (modificado por la Ley 27055) señala que, en los casos de violencia sexual en agravio de niños o adolescentes, la declaración de la víctima será la que rinda ante el fiscal de familia, con arreglo a lo dispuesto en el Código de los Niños y Adolescentes; salvo mandato contrario del juez.

En los distritos judiciales donde se encuentra en vigencia el nuevo Código Procesal Penal no existe óbice para que se practique una declaración única de la víctima de trata de personas con fines de explotación sexual; sin embargo, dadas las exigencias del nuevo modelo, esta entrevista debe hacerse en forma de prueba anticipada, como veremos más adelante.

En este contexto, la declaración de la víctima menor de edad debería practicarse una vez recabados otros elementos de prueba que permitan formalizar la investigación preparatoria y solicitar la actuación de prueba anticipada para evitar los efectos de una victimización secundaria.

El interrogatorio que se debe practicar a todas las víctimas de trata de personas debe poner especial atención en identificar el medio de trata. Así, se deberá buscar identificar si la víctima ha sido captada, transportada, trasladada, acogida, recibida o retenida:

- En casos en los que se haya producido captación, las preguntas deben buscar averiguar la manera cómo la víctima fue contactada, la existencia de amigos, familiares o terceras personas involucradas en dicho contacto, así como la existencia de avisos de trabajo o prestación de servicio, tipo de trabajo o acuerdo propuesto, rentabilidad del empleo ofertado, etcétera.
- En el caso de que se haya producido traslado, las preguntas estarán orientadas a identificar a la persona que estuvo a cargo de la víctima, que trasladó su supervisión o custodia al tratante.
- Por otra parte, cuando haya habido un caso que involucre el transporte, se debe indagar el medio y modo de transporte de un lugar a otro (transporte público o privado, de forma individual o grupal), nombre de las personas y/o lugares donde fue recibida o alojada (si también se produjo la acogida y recepción), características de los sitios donde fue obligada a permanecer, visitas recibidas, vías por donde transitó (ríos, arroyos, puentes, carreteras informales, etcétera), tiempo transcurrido, etcétera.

- En los casos en los que la víctima haya sido recibida o retenida, las preguntas deben orientarse a las condiciones de permanencia y habitación, la posibilidad de mantener contacto con otras personas, la posibilidad o no de circular libremente por el local, el modo de alimentación, higiene, atención médica, condiciones laborales, posibilidad de mantener contacto con el exterior, disponibilidad sobre sus documentos de identidad, nacionalidad o procedencia, números telefónicos desde los cuales se realizaban comunicaciones, identificación de otras posibles víctimas, existencia de habilitación municipal para el funcionamiento del local, horarios de atención a los clientes, de ser el caso, nombre de los administradores o dueños del local, etcétera.

También se deberá tomar en cuenta si la víctima se encuentra en una situación de vulnerabilidad, ya que la trata de personas se da a través de medios abusivos porque el tratante se aprovecha de la vulnerabilidad de la víctima. Para ello se deberá indagar sobre la relación entre la víctima y el presunto tratante (familiar, amical, laboral, etcétera), la situación de la víctima previa a la explotación y si esta se relaciona con un contexto de precariedad económica o violencia familiar, y si el tratante conocía de esta situación antes de la explotación. De no presentarse una situación de vulnerabilidad, se deberá indagar si el o los tratantes usaron medios fraudulentos o violentos. Asimismo, es importante consultar si la trata de personas tenía fines de explotación sexual, laboral o de otra índole.

La Oficina de Atención de Víctimas del Ministerio Público debe, en los casos de delitos de violación sexual, proveer a la víctima del apoyo de su personal o de asistentes que la acompañen durante estas instancias; pues el éxito de la investigación en este tipo de casos depende en gran medida de la colaboración de la víctima.

5.4.2. El reconocimiento

La diligencia de reconocimiento del imputado constituye una diligencia importante para la investigación del delito de trata de personas. Ello debido a que en algunos casos la comisión de este delito supone la división de funciones, por lo que resulta importante determinar el rol que ha desempeñado cada imputado. Así, por ejemplo, en los casos en los que la trata involucra la captación, las personas encargadas de esta actividad probablemente solo se encarguen de esta actividad y no tengan participación directa en el transporte, la acogida, la recepción o la retención.

Es importante recordar que la rueda de reconocimiento debe tener la característica de inmediatez, y practicarse en la primera oportunidad que se presente. Como se dijo antes, se debe evitar que la víctima se encuentre en contacto anterior y directo con el imputado, quien le va a ser presentado. Por ello, tanto la policía como el fiscal que dirige las investigaciones deben tomar todas las previsiones para que la diligencia de reconocimiento en el delito de trata de personas se lleve cabo debidamente y evitar cuestionamientos posteriores y validar debidamente la diligencia.

En el caso de la diligencia de reconocimiento, el nuevo Código Procesal Penal, atendiendo a la tranquilidad y seguridad de la víctima o, en su caso, del testigo, regula la necesidad de que quien reconozca lo haga desde «un punto donde no pueda ser visto» (artículo 189).

Recordemos que en los casos de las víctimas de trata de personas resulta de suma importancia otorgar esta seguridad; ya que, debido al temor a las represalias contra ellas mismas o contra miembros de su familia, podrían estar renuentes a participar.

5.4.3. La prueba anticipada

La regla general respecto de la producción de prueba es que debe practicarse en el escenario del juicio oral. Sin embargo, de modo excepcional, se establece la procedencia de la llamada «prueba anticipada» en determinados supuestos para asegurar los medios de prueba.

La prueba anticipada, conocida también como Incidente Probatorio, requiere contradicción y defensa. Esta se realiza después de la formalización de la investigación preparatoria y antes del inicio del juicio oral, y tiene por finalidad evitar que se pierdan definitivamente datos probatorios. Requiere dos supuestos; por un lado, la imposibilidad de practicar la prueba en juicio oral; y, por otro lado, que exista previsibilidad de dicha imposibilidad.

La prueba anticipada requiere la existencia de una investigación preparatoria formalizada y se realiza a solicitud del Ministerio Público o de cualquiera de los sujetos procesales, quienes deben fundamentar la urgencia de actuación, la importancia del medio de prueba y justificar la imposibilidad de su actuación posterior. Una vez presentada la solicitud ante el juez de investigación preparatoria se requiere el traslado de los sujetos procesales y la realización de una audiencia pública en la que se practica la prueba con las formalidades establecidas para el juicio.

El artículo 242 del nuevo Código Procesal Penal establece los supuestos de prueba anticipada en casos de:

- **Imposibilidad absoluta.** Cuando la actuación del medio probatorio es por su propia naturaleza irreproducible en juicio oral; tales como reconocimientos, inspecciones o reconstrucciones, que por su naturaleza y características deben considerarse actos definitivos e irreproducibles, y no sea posible postergar su realización hasta la realización del juicio.
- **Imposibilidad relativa.** Cuando se presenta un impedimento para la actuación del medio de prueba. Por ejemplo, el testigo se enfermó, viajará al exterior o el declarante ha sido expuesto a violencia, amenaza, ofertas o promesa de dinero u otra utilidad para que no declaren o lo hagan falsamente.

En el caso de delito de trata de personas, la prueba anticipada se presenta como una herramienta útil con fines de aseguramiento a efectos de contrarrestar el impedimento, practicar el testimonio en juicio oral. Las víctimas de este tipo de delito son especialmente testigos vulnerables; más aún cuando nos encontramos frente a víctimas menores de edad.

5.5. Prueba por indicios

La prueba del delito de trata de personas requiere muchas veces del uso de la prueba por indicios. Como bien lo señalan Asensio (2012: 286) y Miranda (2011: 34), la prueba por indicios no es una prueba o medio probatorio, sino un método probatorio. Este método se caracteriza por una estructura tripartita.

En la prueba por indicios se buscará acreditar una afirmación base que, a través de un enlace lógico que le permitirá al juez tomar como cierta la afirmación consecuencia. En esta línea, el Tribunal Constitucional ha señalado que la prueba por indicios funciona a través del siguiente proceso: «hecho conocido-inferencia lógica-hecho desconocido».¹²

Miranda Estrampes define los elementos de la prueba por indicios de la siguiente manera (2011: 39-41):

- **Afirmación base (AB).** Conjunto de uno o varios indicios equivalentes a datos fácticos acreditados. Son el punto de apoyo o arranque del método probatorio conocido como prueba por indicios (Miranda 2011: 42). Según la Corte Suprema, los requisitos que debe cumplir un indicio al momento que el juez valore la prueba indiciaria son: a) el indicio, como hecho base, debe ser plenamente probado por los diversos medios probatorios autorizados por ley; b) en principio, las presunciones deben ser polibásicos o plurales; sin embargo, cuando un solo indicio tenga gran fuerza acreditativa se podrá sin necesidad de recurrir a más indicios; c) deben estar vinculados al dato fáctico que se quiere probar; y d) cuando estemos ante una presunción polibásica los indicios deberán estar interrelacionados.¹³ De este modo, los indicios se reforzarán entre sí. Los indicios débiles tendrán valor solo si acompañan a indicios fuertes. Adicionalmente, el artículo 158, inciso 3.b) del Código Procesal Penal señala que, cuando se trate de indicios contingentes, estos deben ser plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes.
- **Afirmación consecuencia (AC).** Es la afirmación (hipótesis) que se deriva y se obtiene de la afirmación base, pero que es distinta a ella en tanto que incorpora un dato nuevo. En el contexto de un proceso penal, el hecho inferido es la base fáctica del hecho penalmente relevante (García Caveró 2010: 69). Según García Caveró, el

¹² Expediente 778-2008-PHC/TC. Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 13 de octubre de 2008.

¹³ Acuerdo Plenario 1-2006/ESV-22 emitido el 13 de octubre de 2006 por el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias que constituye como precedente vinculante al Recurso de Nulidad 191-2005.

hecho inferido se relaciona con la persona del imputado, y puede estar referido a los elementos fácticos del injusto penal y de la culpabilidad (2010: 70-76).

- **Enlace entre afirmaciones (E).** Es el elemento dinámico que permite el paso de la afirmación base a la afirmación consecuencia sobre la base de reglas de la lógica, máximas de la experiencia y/o conocimiento científicos. Esto queda confirmado por el artículo 158, inciso 3 del Código Procesal Penal. El enlace debe ser preciso; es decir, no debe llevar a una amplitud difusa de posibles alternativas dentro de las cuales está la afirmación consecuencia, sino que la afirmación consecuencia es la explicación más razonable de la existencia del indicio (García Caveró 2010: 68). Por otro lado, el enlace debe tener carácter directo, de manera que la conclusión inferida debe ser la existencia del delito o de un elemento del tipo (García Caveró 2010: 69).

En el caso del delito de trata de personas, se pueden identificar diversos hechos indicadores que pueden extraerse del testimonio de la víctima, de los testigos y de los actos de investigación. Los siguientes, entre otros, se consideran indicios del delito (Red Española contra la Trata de Personas 2008: 14-18):

- Lugares en los que se encuentra la víctima: zonas o clubes donde se ejerce la prostitución, bares o lugares de venta de alcohol, clubes de desnudismo, casas de producción pornografía, salón de masajes, yacimientos de minería o tala de madera informal, habitaciones dentro de fábricas, talleres o zonas agrícolas, habitaciones en casas donde realizan trabajo doméstico.
- Carencia de documento de identidad y/o de visa o que estos se encuentren en poder del explotador o tratante.
- Ausencia o escasez del dinero, o ausencia de control sobre este dinero a pesar de la actividad realizada.
- Incapacidad de mudarse a otro sitio o de dejar el «trabajo».
- Aislamiento de familiares y miembros de la comunidad.
- Costo excesivo del viaje.
- Deuda excesiva e imposible de pagar con los tratantes o explotadores.
- Aislamiento social.
- Dificultades para comunicarse en castellano.
- Identificaciones de lesiones psicológicas o físicas.

- Medidas extremas de seguridad en el establecimiento, como ventanas con barrotes, puertas aseguradas, ubicación aislada, vigilancia constante, etcétera.
- Custodia y vigilancia de la víctima cuando está fuera del «centro de trabajo».
- Sistema de sanciones o castigos a las víctimas que se van del «lugar de trabajo» sin la autorización del tratante.
- Temor, ansiedad, miedo, moretones, indicios de abuso sexual o reticencias al momento de hablar.
- Procedimientos médicos forzosos o pruebas de embarazo contra su voluntad.
- Situación de vulnerabilidad económica, psicológica o de cualquier otro tipo previa a la explotación.

Al respecto, cabe señalar que mediante la Casación 628-2015-Lima se ha sostenido que con relación a la prueba indiciaria, para que la conclusión inculpativa pueda ser tenida como válida, es necesario que los hechos indicadores sean varios, interrelacionados y convergentes. Es decir, deben reforzarse entre sí y ser periféricos o concomitantes con el hecho que se va a probar: que los indicios estén probados, que la inferencia sea racional, de modo que su deducción pueda considerarse lógica y que cuente con motivación suficiente; es decir, se deben exteriorizar los hechos que están acreditados y se debe explicitar el razonamiento usado.

5.6. Asistencia de víctimas y testigos

En el Perú ha imperado una concepción de los agentes estatales (policía, fiscalía, jueces) que reducía a la víctima a una fuente de información. Por ello, muchas veces no se observa preocupación institucional por la víctima; sino que solo se vela porque cumpla con su declaración y esté presente en las diligencias que sean necesarias para lograr la verdad del proceso. Por la forma en que se realizaban algunas diligencias tanto a nivel policial, fiscal o judicial, la víctima no quería intervenir, precisamente, por sentirse muchas veces amenazada.

No obstante, desde el enfoque de derechos, así como de los otros enfoques comentados en el Capítulo 2 de este Manual, es necesario ubicar a la víctima como sujeto de derecho y no solamente como una fuente de información. Ello plantea una nueva relación entre los operadores de justicia, en general; y, en especial, el fiscal y la víctima. Es necesario que el Ministerio Público garantice su efectiva participación en el proceso, ya sea a través de los mecanismos de protección a las víctimas o de asistencia, según sea el caso; y, como veremos más adelante, con el objeto de salvaguardar sus derechos.

Ahora bien, revalorizar la idea de que víctima es en principio una persona real, un sujeto de derechos y con interés, que tiene derecho a la tranquilidad, a su vida privada y a su intimidad lleva a concluir que la actividad de investigación presenta nuevos límites.¹⁴ Así, la idea de que no podemos alcanzar la verdad a cualquier precio no se encuentra solamente dirigida a cautelar los derechos de las personas imputadas, sino también de las víctimas.

5.6.1. La víctima como sujeto de derechos

La definición de víctima comprende a la persona, grupo o comunidad afectada por un delito. En el nuevo Código Procesal Penal, los artículos 94 a 110 engloban bajo el término «víctima» al agraviado, actor civil y por último al querellante. El concepto base viene a ser el de «agraviado», y en el artículo 94 se señala textualmente que se considera tal a «todo aquel que resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias del mismo». Además, el precitado artículo ha recogido la protección de los intereses colectivos o difusos y el reconocimiento de las instituciones que velan por estos intereses como agraviados, por lo que tienen la opción a solicitar la reparación civil.

Por otro lado, el nuevo Código Procesal Penal ha optado por el término «actor civil», en lugar de parte civil, pues el concepto de actor se encuentra ligado en su definición al carácter dinámico de la participación del agraviado en el proceso y en su pretensión reparatoria.¹⁵ Asimismo, el nuevo Código Procesal Penal en el artículo 155.5 señala expresamente que la actuación probatoria se realizará, en todo caso, teniendo en cuenta el estado físico y emocional de la víctima. Sin embargo, aun cuando algunas situaciones que afecten los derechos de las víctimas no se encuentren expresamente reguladas, los fiscales deben preocuparse por la cautela de sus derechos a lo largo de toda la investigación.

Finalmente, cabe señalar que incluso la Ley 27115, vigente antes del nuevo Código Procesal Penal, establecía, en casos de víctimas de delitos contra la libertad sexual, que los representantes del Ministerio Público y los magistrados del Poder Judicial adoptarían las medidas necesarias para que la actuación de pruebas se practique teniendo en cuenta el estado físico y emocional de la víctima. Esta es una norma de conducta que consideramos debería aplicarse extensivamente a todos los delitos conexos, como sería el delito de trata de personas, incluso en los lugares donde no se encuentre vigente el Código Procesal Penal.

¹⁴ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual es válido para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial respecto de las demás personas. (Caso *Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú*, fundamento 68). El texto completo de esta sentencia puede encontrarse en el siguiente enlace: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf. El fundamento 68 citado se encuentra en la p. 40.

¹⁵ En el artículo 11.1 del Código Procesal Penal del 2004 se señala que el ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde al Ministerio Público y, especialmente, al perjudicado por el delito. Si el perjudicado se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso. En nuestro ordenamiento (artículo 104 del Código Procesal Penal del 2004), la participación de la víctima no solo es de pretensión reparatoria, sino que se regula su participación como un colaborador de la pretensión penal al participar en los actos de investigación y de prueba, intervenir en el procedimiento de medidas limitativas de derechos, etcétera.

5.6.2. Derechos de las víctimas

Según el nuevo Código Penal, la víctima tendrá derecho a información, trato digno, protección y participación.

a) Derecho a ser informado

En el proceso penal, este derecho comprende recibir la información sobre los resultados de la actuación en que haya intervenido, así como el resultado del procedimiento en el cual no haya intervenido, siempre que lo solicite (artículo 95.1.A del nuevo Código Procesal Penal). Dado que se reconoce que puede existir desinterés de la víctima en recibir información (dimensión negativa del derecho de información), la información se brindará a pedido expreso.

El derecho a la información comprende, además, que la víctima tenga conocimiento de sus derechos, por lo que el nuevo Código Procesal Penal establece en el artículo 95.2 que esta será informada cuando interponga la denuncia, al declarar preventivamente o en su primera intervención en la causa.

b) Derecho a recibir trato digno

El derecho de la víctima a recibir un trato digno implica que se le brinde atención y que las actividades propias del procedimiento penal no le causen mayores perjuicios. Asimismo, dentro de este concepto se encuentra la tutela de la víctima menor o incapaz, por lo que el nuevo Código Procesal Penal, en su artículo 95.3, reconoce expresamente el derecho de este a ser acompañado por una persona de su confianza. Es importante resaltar que la norma señala «persona de su confianza», sin que necesariamente se trate de sus padres. Ello es especialmente útil en el caso de delitos de trata de personas, en los que los padres podrían estar involucrados. El fiscal y los investigadores a cargo deben tener conocimiento de los hechos y de la evidencia reunida para que la «persona de su confianza» que se presente no sea precisamente un miembro del grupo de los tratantes y que intente influir o socavar la voluntad de la víctima.

c) Derecho de protección

El nuevo Código Procesal Penal reconoce el derecho de las víctimas a la protección de su integridad, incluyendo la de su familia.

d) Derecho de participación

El derecho de participación de la víctima se encuentra previsto en el artículo IX.3 del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal y se establecen dos niveles de participación procesal: como agraviado o como actor civil.

- Respecto al nivel de agraviado, se le reconoce el derecho de impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria (artículo 95.1.D).
- Si se constituye en *actor civil*, además puede deducir nulidad de actuados, ofrecer medios de investigación y de prueba, participar en los actos de investigación y de prueba, intervenir en el juicio oral, interponer los recursos impugnatorios que la ley prevé, e intervenir —cuando corresponda— en el procedimiento para la imposición de medidas limitativas de derechos (artículo 104).

Según el artículo 101 del nuevo Código Procesal Penal, la constitución en «actor civil» deberá efectuarse antes de la culminación de la investigación preparatoria. Se encuentra impedido de pretender la reparación civil en la vía extrapenal, pero puede desistirse de la calidad de actor civil antes de la acusación fiscal. En este caso no estará impedido de ejercer la acción indemnizatoria en la otra vía (artículo 106 del nuevo Código Procesal Penal). El artículo 9 del nuevo Código Procesal Penal precisa, además, que la intervención del agraviado como actor civil no lo exime del deber de declarar como testigo en las actuaciones de la investigación y del juicio oral.

5.6.3. La información a las víctimas

De nada sirve que se enumere una lista de derechos con los que cuenta la víctima si es que no le informamos que cuenta con ellos. Sin perjuicio del derecho a la información a la que hacíamos referencia anteriormente, y a fin de hacerlo efectivo, es de gran utilidad destinar en el despacho fiscal un espacio para atención a la víctima, con personal dispuesto a realizar una buena atención, escuchar y orientar; que permita evitar en caso de diligencias las esperas, las suspensiones; y que sea flexible en torno a sus horarios, pues debemos tener en cuenta que se presta un servicio y se necesita su colaboración. Es necesario también reducir las dificultades de comunicación que afecten la comprensión del proceso por parte de la víctima y «desinformalizar» la comunicación fiscal. Esta actitud no debe variar una vez iniciado un proceso penal, pues ello conlleva a garantizar una real participación de la víctima. Este derecho involucra, además, que los encargados de esta atención informen a la víctima sobre la manera en que se puede acceder de manera gratuita a asistencia sanitaria, psicológica o jurídica, debiendo orientarla sobre las organizaciones públicas o privadas que puedan brindarle algún servicio gratuito, el modo en que puede pedir protección, lugares de refugio, etcétera.

En el marco de una investigación por delito de trata de personas es posible que una víctima no quiera seguir el proceso, a pesar de que el fiscal considere que debe continuar. No obstante, dada la gravedad del hecho y el interés social que conlleva, la persecución penal pública se vuelve más importante que el interés privado de la víctima en no continuar el proceso.

A fin de no revictimizar a la víctima se deben usar mecanismos efectivos de comunicación. Es necesario entender que una simple notificación cursada no es suficiente si se quiere contar con la participación de la víctima en el proceso. De nada sirve que se cursen notificaciones con apercibimiento de conducción de grado o fuerza si es que no se logra que la víctima entienda que es un actor importante del proceso.

5.6.4. La asistencia a las víctimas

Es importante señalar que no todas las víctimas presentan las mismas características, ya que cada una ha pasado por una situación diferente, teniendo en cuenta la finalidad y los medios de los cuales han sido víctimas. Actualmente se reconoce que la asistencia a la víctima va más allá de la información; pues involucra diversas facetas, ya sea de tipo sanitario, psicológico, psiquiátrico, jurídico y social. Por ello, actualmente el modelo de despacho fiscal orientado a la personalización del conflicto exige una unidad u oficina para atención de víctimas, a través de la cual se les brinde la orientación y ayuda que requieran, a partir del conocimiento de su realidad y sus problemas, a fin de que puedan enfrentar un proceso penal.

Se ha previsto la implementación de Oficinas de Apoyo a Víctimas y Testigos en cada distrito judicial. Estas Oficinas de Apoyo a Víctimas y Testigos tienden a estar integradas por equipos multidisciplinarios; ya sea de abogados, psicólogos y asistentes sociales. Esta necesidad multidisciplinaria ha sido recogida en el Reglamento de Programa de Asistencia a Víctimas y Testigos del Ministerio Público que señala que el programa tiene por finalidad establecer y ejecutar las medidas asistenciales consistentes en servicios médicos, psicológicos, sociales y legales que brinda el Ministerio Público a las víctimas y a los testigos relacionados con todo tipo de investigaciones y procesos penales, previniendo que sus testimonios no sufran interferencias por factores de riesgo ajenos a su voluntad.¹⁶

a) Asistencia a las víctimas de trata de personas

Las características especiales de las víctimas de este delito no son bien conocidas por los actores del sistema de Administración de justicia. Es por ello que resulta de utilidad tener en cuenta algunos aspectos que no solo permitan reconocerlas como tales, sino que permitan el trato y asistencia adecuados.

¹⁶ El primer reglamento del Programa de Víctimas y Testigos fue aprobado mediante la Resolución 053-2008-MP-FN de la Fiscalía de la Nación del 15 de enero de 2008 y, posteriormente, mediante la Resolución 1558-2008-MP-FN de la Fiscalía de la Nación del 12 de noviembre de 2008 se aprobó un nuevo reglamento.

Indicadores de la trata de personas

- Problemas de salud como desnutrición, deshidratación o pobre higiene personal; enfermedades de transmisión sexual; señales de violación o abuso sexual; moretones, huesos rotos u otras señales de problemas médicos no tratados; enfermedades críticas incluyendo diabetes, cáncer o enfermedades cardíacas; y estrés postraumático o desórdenes psicológicos.
- La persona no tiene consigo sus propios documentos de identidad o de viaje; sufre abuso verbal o psicológico destinado a intimidar, degradar y atemorizar a la persona; al tener un tratante o proxeneta que controla todo el dinero, la víctima tendrá muy poco o ningún dinero en efectivo consigo; y está extremadamente nerviosa, especialmente si su «traductor» (la persona que podría ser su tratante) está presente durante una intervención (Departamento de Estado de los Estados Unidos 2004).
- Problemas para contactarse con sus allegados, se encuentra en una jurisdicción diferente a donde habitaba, la forma en que llegó a dicho lugar, el hecho que viva en su lugar de trabajo, etcétera.

Para lograr una real atención de la víctima de trata de personas debe existir asistencia social, psicológica y legal que le permita fomentar la autodeterminación mediante la toma de decisiones personales para que la víctima recupere el control sobre su vida (OIM 2004). Para tal efecto, deben darse las instrucciones necesarias a la Unidad de Asistencia a Víctimas y Testigos.

Dada la relevancia práctica del Protocolo de Actuación Relacionado con el Delito de Trata del Ministerio Público de México (CITAR) con relación a las medidas de asistencia a víctimas y testigos, nos permitimos recomendar que se considere lo siguiente:

- La obtención de un diagnóstico inmediato del estado de salud físico y psíquico de la víctima, teniendo especialmente en cuenta la posible existencia de enfermedades venéreas, HIV, desnutrición u otras patologías adquiridas.
- La realización de pericias médica y psicológica que debe tender a evidenciar, además de posibles daños físicos, la existencia o no de desórdenes y estrés postraumático.
- En el caso de víctimas menores de edad, tratar de localizar a la familia de origen si se trata de víctimas de otras localidades. Para tal efecto se debe descartar si es que existe alguna denuncia por desaparición. Por ello se sugiere coordinar con la División de Personas Desaparecidas de la Policía Nacional; y, si se trata de víctimas extranjeras, con el consulado del país de esta.

- En los casos que lo ameriten, disponer la ubicación de la víctima en un albergue o en una casa de refugio. Para tal efecto, el Ministerio Público debe contar a través de su Unidad de Víctimas y Testigos con una red de instituciones que puedan brindar este tipo de ayuda.

b) Asistencia a las víctimas de trata sexual

Uno de los aspectos más delicado de la atención de las víctimas de trata de personas por parte de la Fiscalía es cuando se enfrenta a la explotación sexual. Ello en razón de que no solo estamos ante una agresión ocurrida en el momento de la comisión del delito, sino que cada paso que exige el sistema de Administración de justicia pueda convertirse en una nueva agresión. Las prácticas policiales, de los médicos legales y de la Fiscalía resultan desalentadoras para cualquier víctima de violación sexual.

Es bien sabido que generalmente el primer contacto de la víctima es con la policía. Si la víctima es mujer, como sucede en la mayoría de los casos de trata de personas con finalidad de explotación sexual, probablemente tendrá mayor pudor en realizar la denuncia o en narrar los detalles del hecho ante un personal masculino, por lo que es recomendable la presencia de un personal femenino. Más aún, puede existir prejuicio del personal policial cuando la víctima conoce al agresor, si se encuentra en estado de ebriedad o cuando fue captada en una fiesta o discoteca por ejemplo, por lo que es necesario orientar al personal policial para que este tipo de denuncia sea inmediatamente atendida. La visita al médico legista es muy importante para la recolección de evidencias, por lo que es necesario que la víctima pueda ser debidamente orientada y asistida, y que el personal de medicina legal se encuentre convenientemente orientado por los fiscales sobre su debida atención en conjunto con el recojo de muestras.

5.6.5. Protección de víctimas y testigos

Tanto las víctimas como los testigos cumplen un papel esencial en el éxito de un proceso penal. Antes que se inicie, y a lo largo de este, muchas veces no solo se necesita una atención o asistencia debida de parte de los funcionarios de la Administración de justicia, sino que muchas veces se demanda protección. Por lo que si bien existe una obligación de comparecer ante una autoridad cuando se es citada como testigo, dicha demanda de protección no puede ser desoída. Incluso, actualmente puede considerarse como la exigencia de un derecho de protección, que no requiere que se solicite expresamente y puede ser dispuesta por la autoridad de oficio.

Las víctimas y los testigos son personas vulnerables a la intimidación y las represalias. Si bien una de las situaciones en las cuales se hace más palpable esta necesidad de protección es en los casos del crimen organizado, en los que incluso se han llegado a cometer asesinatos de testigos, no debemos perder de vista que en la delincuencia común también pueden presentarse situaciones en las que se requiera protección. Cada caso responderá

a su coyuntura especial, por lo que es correcto señalar que la protección de los testigos es una cuestión amplia, que requiere una variedad de respuestas del sistema frente a las demandas de cada caso, ya sea en resguardo a su intimidad o seguridad, siempre que exista un riesgo de represalias o indicios de perturbar su vida privada.

Las medidas de protección van desde la confidencialidad de sus datos hasta la seguridad que se brinda al testigo o a la víctima para asistir al Ministerio Público o al juicio, pasando por la protección en corto plazo mientras dure un proceso y hasta los llamados «programas de protección de testigos».

Necesidades de protección de testigos

- Personas ajenas a la criminalidad que circunstancialmente observaron los hechos. Puede que conozca o no a alguna de las partes, pero generalmente nos encontramos ante una persona que a simple vista no tiene ningún interés en el proceso, que no será reparada ni siquiera en el tiempo que invierta en el proceso penal y probablemente obedezca meramente al deber impuesto de comparecer ante las autoridades. En caso de represalias no solo necesitará protección, sino que comprenda la importancia de su testimonio para el proceso.
- Personas que se encuentran dentro de un grupo criminal y que deciden colaborar como testigos. Sin perjuicio del análisis propio que significa la llamada colaboración eficaz, son personas que pueden encontrarse en riesgo de intimidación y represalias por parte de los integrantes de la organización de las personas que son perjudicadas con su testimonio.

En los casos en los que el agraviado o un testigo se encuentre en situación de riesgo vinculado a su participación en el proceso, el fiscal deberá disponer de oficio o a petición de parte las medidas de protección necesarias. El sistema de protección se encuentra previsto en el nuevo Código Procesal Penal para todo tipo de delitos en los que existe riesgo para la víctima o el testigo, por lo que la implementación de este modelo ha exigido la implementación de Unidades de Víctimas y Testigos. Mediante el Decreto Supremo 003-2010-JUS¹⁷ se aprobó el Reglamento del Programa Integral de Protección a Testigos, Peritos, Agraviados o Colaboradores que intervengan en el proceso penal, de aplicación inmediata en los distritos judiciales donde se encuentre vigente el Código. Sin embargo, en el caso de distritos judiciales donde no se encuentra vigente el nuevo Código se debe invocar la Ley 27378, que establece medidas de protección cuando el agente integre una organización criminal, como sería el caso de delito de trata de personas, cuando «se aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ellas, su cónyuge o su conviviente, o sus ascendientes, descendientes o hermanos».

¹⁷ Publicado el 13 de febrero de 2010.

Dependiendo de cada situación existirán niveles de protección que se desarrollan a continuación.

a) Nivel de confidencialidad de datos

Si bien el juicio oral es público, esto no debe implicar que necesariamente se hagan públicos los datos de ubicación y dirección de las víctimas y de los testigos. De la misma manera, a lo largo de la investigación, ya sean las diligencias preliminares o en la etapa de investigación, se deben cautelar estos datos a fin de evitar perjuicios a la víctima y/o a los testigos.

El artículo 248.1 del nuevo Código Procesal Penal señala la facultad del fiscal o del juez de adoptar, según el grado de riesgo o peligro que presente cada caso, las medidas necesarias para preservar la identidad del protegido, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que le asista al imputado. Un ejemplo de ello es el modo como en nuestro viejo sistema se filtran las direcciones domiciliarias tanto de la víctima y de los testigos, ya sea a nivel policial o judicial, lo cual perjudica enormemente la confianza de estas personas en el sistema porque se consideran vulneradas en su seguridad. Dicha situación debe ser cautelada en el nuevo proceso.

La reserva de identidad es quizá una de las medidas de protección más importantes para una víctima y/o un testigo de un presunto delito de trata de personas. Sin embargo, estamos ante una medida que no se viene cumpliendo satisfactoriamente y probablemente esta sea una de las razones por las cuales la población aún desconfía de nuestro sistema de protección. Ante ello, una buena alternativa es fijar la dirección de la Fiscalía como domicilio y generar una comunicación interna con la víctima. No olvidemos que es al fiscal a quien más le interesa que una víctima o un testigo asista al juicio, por lo que es necesario establecer las vías comunicativas idóneas sin que se sientan vulneradas (artículo 248.2.f del nuevo Código Procesal Penal). Asimismo, se debe informar a la víctima o al testigo que en el juicio oral también se podrá mantener su dirección en reserva (artículo 170.4 del mismo Código).

Una de las garantías de un proceso penal contradictorio es que exista la posibilidad de interrogar a los testigos y, por ende, conocer su identidad; por lo que en el proceso penal no se admiten los testigos anónimos. Ello, sin perjuicio de las medidas de seguridad que sean necesarias, con el fin de proteger la identidad, según lo establece el artículo 248.1 del nuevo Código Procesal Penal. Por ello se pueden habilitar biombos con el objeto de proteger la identidad del testigo en el desarrollo del juicio oral o se pueden usar videoconferencias que permitan a la Fiscalía y a la defensa interrogar a los testigos, sin que se perturbe ante la presencia del imputado, especialmente en el caso de menores. Esto se encuentra permitido por el artículo 248.1 del nuevo Código Procesal Penal, que acepta el uso de cualquier procedimiento que imposibilite la identificación visual normal en las diligencias que se practiquen. Ahora bien, el conocer la identidad se encuentra limitado en nuestro ordenamiento procesal en el artículo 248.2.C del nuevo Código Procesal Penal a que el testigo se encuentre plenamente identificado con una clave o un número y que, por ende, no sea un anónimo.

Como otra medida de protección, es preciso señalar que la policía prohíbe informar ante los medios de comunicación la identidad de la víctima, de los testigos o de otras personas que se encontraren o pudieren resultar vinculadas a la investigación de un hecho punible. Es por ello que, en estos casos, según se señala en el artículo 70 del Código Procesal Penal del 2004, se requerirá la previa autorización del fiscal. En este nivel también se encuentra el ocultar el paradero de un testigo.

b) Nivel de custodia

Este nivel se encuentra referido a las medidas de protección que requiere una persona ante determinadas situaciones que atenten contra su vida, integridad o libertad. El nuevo Código Procesal Penal ha previsto la protección policial, por lo que esta medida debe coordinarse debidamente con la autoridad policial respecto al tiempo, la necesidad y los alcances, así como la orientación debida al protegido sobre los riesgos de inobservar las indicaciones policiales. Asimismo, se ha previsto como medida de protección el cambio de residencia; por ello esta medida exige también participación policial a fin de brindar la seguridad para la ejecución de la medida. Según el artículo 249.2 del nuevo Código Procesal Penal, el fiscal decidirá si, una vez finalizado el proceso, y siempre que estime que se pueda mantener la circunstancia de peligro grave prevista en este Título, se continuará o no con las medidas de protección.

c) Nivel de Programa de Protección en situaciones críticas

El artículo 252 del nuevo Código Procesal Penal establece el llamado «Programa de protección de testigos, agraviados, peritos y colaboradores de la justicia». Actualmente, este Programa debe definirlo el Poder Ejecutivo junto con la Fiscalía de la Nación. Sin embargo, desde ya debe señalarse que un programa de protección de víctimas y testigos trasciende el proceso penal, ya que la protección se da incluso después de finalizado el proceso. Como parte de ello se encuentra el cambio de residencia y de identidad. El nuevo Código Procesal Penal en el artículo 249.3 señala que en casos excepcionales, el juez, a pedido del fiscal, podrá ordenar la emisión de documentos de una nueva identificación y de medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo.

El conflicto, entre el derecho del imputado a un proceso equitativo y la necesidad de protección de los intereses de la víctima o testigo, puede ser cuestionado ante el juez de la investigación preparatoria por quien se considere afectado, para que reexamine su procedencia, según se ha previsto en el artículo 25.1 del nuevo Código Procesal Penal. Es necesario ponderar, además, que las medidas de protección de las víctimas y de los testigos no afecten el derecho de defensa de los imputados; especialmente, para fines de conainterrogatorio, cuando se inicia el juicio oral.

SÍNTESIS

- Es importante desarrollar investigaciones proactivas en el delito de trata de personas tomando en cuenta las características del delito.
- El Ministerio Público debe conducir la investigación del delito desde su inicio. Debe coordinar internamente y con otras instituciones los operativos realizados en el contexto de investigaciones reactivas.
- Existen tres excepciones al requisito del consentimiento para realizar un allanamiento: flagrante delito, grave peligro de su perpetración y autorización judicial.
- Es necesario realizar técnicas especiales de investigación, tales como la vigilancia electrónica.
- La declaración de la víctima es una prueba muy importante en el delito de trata de personas. La entrevista debe enfocarse a recopilar datos relevantes para la investigación, tales como medios usados y finalidad de la trata. De manera particular es necesario identificar si hubo un aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima.
- Durante la entrevista deben respetarse una serie de pautas para evitar la revictimización de la víctima.
- Es necesario ubicar a la víctima como sujeto de derecho y no solamente como una fuente de información. Ello plantea una nueva relación entre los operadores de justicia, en general; y, en especial, entre el fiscal y la víctima.
- La víctima tiene derecho a ser informada sobre el proceso, a recibir un trato digno durante todo el proceso, a la protección y a participar en el proceso.
- Las víctimas deben recibir asistencia y deben tomarse en cuenta las diferencias entre las finalidades de la trata para brindarla.
- Tanto las víctimas como los testigos cumplen un papel esencial en el éxito de un proceso penal. Antes que se inicie, y a lo largo de este, muchas veces no solo se necesita una atención o asistencia debida de parte de los funcionarios de la Administración de justicia, sino que muchas veces se demanda protección.

Bibliografía

a) General

ABOSO, Gustavo

2013 *Trata de personas. La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual*. Montevideo: B de F.

ABUGATTAS, Gattas

2006 «Sistemas de incorporación monista y dualista; ¿tema resuelto o asignatura pendiente?». *Agenda Internacional*, año XII, número 23, pp. 439-461.

AECI, ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO e INSTITUTO DE ESTUDIOS POR LA INFANCIA

2004 «Cartilla informativa sobre explotación sexual comercial infantil». Lima: AECID, OIT e Instituto de Estudios por la Infancia.

AGUADO, Sara

2004 *El delito de corrupción de menores*. Valencia: Tirant lo Blanch.

ALONSO, Mercedes

2007 «¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual». *Revista Penal*, número 15.

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (ACNUDH)

2006 *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo*. Consulta: 10 de agosto de 2016.

<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQsp.pdf>

2010 «Principios y directrices recomendados sobre derechos humanos y trata de personas». Consulta: 2 de julio de 2016.

http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Commentary_Human_Trafficking_sp.pdf

2014a *Informe sobre prevención y eliminación del matrimonio infantil, precoz y forzado*. A/HRC/26/22. 2 de abril.

2014b «Los derechos humanos y la trata de personas». Folleto Informativo número 36. Consulta: 10 de agosto de 2016.

http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS36_sp.pdf

AMBOS, Kai

2002 «Control de la policía por el fiscal versus dominio policial de la instrucción». *Tribunales de Justicia. Revista Española de Derecho Procesal*, número 33, pp. 15-28.

ANGUITA, Concepción

2007 «El tráfico ilegal de seres humanos para la explotación sexual y laboral: la esclavitud del siglo XXI». *Nómaditas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, número 15.

ASENSIO, José María

2012 *Derecho procesal penal*. Sexta edición. Valencia: Tirant lo Blanch.

BAYLOS, Antonio y TERRADILLOS, Juan

1991 *Derecho penal del trabajo*. Madrid: Trotta.

BBC MUNDO

- 2015 «Las rutas más peligrosas de la inmigración ilegal en América Latina». Noticia del 22 de abril. Consulta: 20 de octubre de 2016.
http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/04/150422_rutas_inmigracion_latinoamerica_ep

BHABBA, Jaqueline

- 2005 «Trafficking, Smuggling and Human Rights». Consulta: 9 de julio de 2016.
http://www.childtrafficking.com/Docs/migration_funda_1007.pdf

BENDA, Ernesto

- 2001 «Dignidad humana y derechos de personalidad». En BENDA, Ernesto y otros. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, pp. 117-144.

BLANCO, Cristina y SALMÓN, Elizabeth

- 2002 *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: IDEHPUCP.

CANÇADO, Antônio

- 2001 *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

CANCIO, Manuel

- s. a. «El injusto de delitos de organización: peligro y significado». Consulta: 20 de julio de 2016.
https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_44.pdf

CAPITAL HUMANO Y SOCIAL ALTERNATIVO (CHS Alternativo)

- 2010a *La trata de personas en el Perú. Manual para conocer el problema*. Lima: Capital Humano y Social Alternativo.
- 2010b *Manual para conocer el problema*. Consulta: 10 de agosto de 2016.
http://www.mintra.gob.pe/migrante/pdf/trata_personas_peru_manual.pdf
- 2011 «Perú: ¿país de tránsito para el tráfico ilícito de migrantes?». Editorial del 19 de enero. Consulta: 10 de agosto de 2016.
<http://www.inforegion.pe/84768/peru-%C2%BFpais-de-transito-para-el-trafico-ilicito-de-migrantes/>
- 2012 *Tercer Balance. Implementación de la Ley N.º 28950 y su Reglamento (DS 007-2008-IN): Ley contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes*. Consulta: 10 de octubre de 2016.
<http://www.chsalternativo.org/balances-e-informes-alternativos/360-tercer-balance-implementacion-de-la-ley-no-28950-y-su-reglamento-ley-contr-la-trata-de-personas-y-el-trafico-ilicito-de-migrantes/file>
- 2015 «Trata de personas e inseguridad ciudadana». Consulta: 14 de octubre de 2016.
<http://www.chsalternativo.org/trata-de-personas-en-el-peru/416-trata-de-personas-e-inseguridad-ciudadana/file>
- 2016 *Rutas de la trata de personas en la Amazonía peruana*. Consulta: 20 de septiembre de 2016.
<http://chsalternativo.org/todas-las-publicaciones/475-2016-rutas-trata-de-personas-amazonia-peruana-prtg/file>

CARRILLO, Juan

- 1991 *Curso de derecho internacional público. Introducción a su estructura, dinámica y funciones*. Madrid: Tecnos.

CASSESE, Antonio

- 2005 *International Law*. Segunda edición. Nueva York: Oxford University Press.

CASTELLO, Nuria

- 2000 *El concurso de normas penales*. Granada: Comares.

COBO, Manuel y QUINTANAR, Manuel

2002 *Comentarios al Código Penal*. Artículo 187. Madrid: EDERSA.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

2013 «Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México».

Consulta: 15 de septiembre de 2016.

<http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/Informe-Migrantes-Mexico-2013.pdf>

CORTÉS, Dolores

2006 «El concepto de la trata de personas y su lugar en la agenda migratoria: el caso de los países andinos».

Consulta: 14 de septiembre de 2016.

http://www.oimperu.org/oim_site/documentos/concepto%20trataDC.pdf

CUBAS, Ana

2008 *Trata de personas. Buscando respuestas*. Lima.

DAUNIS, Alberto

2010 «Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas».

InDret. Revista para el Análisis del Derecho, número 1.

2013 *El delito de trata de seres humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

2013 «La trata de personas en agravio de niños, niñas y adolescentes». Consulta: 20 de septiembre de 2016.

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd/6BA930F573592C7D05257DA3006F765E/\\$FILE/Informe-Defensorial-158.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd/6BA930F573592C7D05257DA3006F765E/$FILE/Informe-Defensorial-158.pdf)

DEPARTAMENTO DE ESTADO DE ESTADOS UNIDOS

2015 *Trafficking in Persons Report 2015*. Consulta: 15 de septiembre de 2016.

<https://www.state.gov/documents/organization/245365.pdf>

DIEZ, José y ROMEO, Carlos

2004 *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II*. Valencia: Tirant lo Blanch.

ECPAT PERÚ

2014 *Informe de monitoreo de país sobre la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes*. Consulta:

10 de octubre de 2016.

http://www.ecpat.org/wp-content/uploads/legacy/CMR_PERU_FINAL.pdf

EL COMERCIO

2014 «Siete bandas controlan el pase ilegal de extranjeros en el Perú». Noticia del 19 de junio. Consulta: 10 de octubre de 2016.

<http://elcomercio.pe/sociedad/piura/siete-bandas-controlan-pase-ilegal-extranjeros-peru-noticia-1737228>

EL TELÉGRAFO

2016 «El tráfico de personas deja más de 4 mil muertes cada año». Noticia del 9 de julio de 2016. Consulta: 16 de septiembre de 2016.

<http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/13/el-trafico-de-personas-deja-mas-de-4-mil-muertes-cada-ano>

FEIJÓO, Bernardo

2006 *El dolo eventual*. Bogotá: Universidad de Externado.

GÁLVEZ, Tomás y GUERRERO, Susana

2009 *Consecuencias accesorias del delito y medidas cautelares reales en el proceso penal*. Lima: Jurista Editores.

GARCÍA PÉREZ, Octavio

2004 *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II*. Valencia: Tirant lo Blanch.

GARCÍA CAVERO, Percy

2010 *La prueba por indicios en el proceso penal*. Lima: Reforma.

GAZIARIFOGLU, Yasemin

2012 *Risk Factors of Smuggling of Migrants*. Nueva Jersey: Rutgers Center on Public Security.

GERONIMI, Eduardo

2002 *Perspectivas sobre migraciones laborales. Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores migrantes*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.

GESTIÓN

2014 «Perú ha expulsado a 200 extranjeros ilegales en las últimas semanas». Noticia del 6 de octubre.

Consulta: 5 de noviembre de 2016.

<http://gestion.pe/politica/peru-ha-expulsado-200-extranjeros-ilegales-ultimas-tres-semanas-2110506>

GIZ

s. a. *Guía metodológica de transversalización del enfoque de interculturalidad en programas y proyectos del sector gobernabilidad a partir de la experiencia del Programa «Buen Gobierno y Reforma del Estado» del Perú*. Consulta: 10 de agosto de 2016.

<http://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/Guia%20metodologica%20de%20transversalizacion%20del%20enfoco%20de%20interculturalidad.pdf>

HUERTA, Susana

2000 «Principio de legalidad y normas sancionadoras». En *Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. El principio de legalidad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 11-76.

HURTADO, José y Víctor PRADO

2011 *Manual de derecho penal. Parte General. Tomo II*. Lima: IDEMSA.

INTERNATIONAL COUNCIL OF HUMAN RIGHTS POLICY

2010 *Irregular Migration, Migrant Smuggling and Human Rights: Towards Coherence*. Consulta: 10 de octubre de 2016.

http://www.ichrp.org/files/reports/56/122_report_en.pdf

JULIANO, Dolores

2012 «Transformaciones de la prostitución y del trabajo sexual en la era de la emergencia de la industria del sexo». En IGLESIAS, Agustina y PUENTE, Luz (coordinadoras). *Sistema penal y perspectiva de género: trabajo sexual y trata de personas*. Granada: Comares, pp. 157-168.

KAPLAN, Oliver y otros

2015 «Human Trafficking Flow Map». The Human Trafficking Center, University of Denver. Consulta: 15 de octubre de 2016.

<http://dataviz.du.edu/projects/htc/flow/#PER/out/all>

KYLE, David

2001 «Human Trafficking Policies: Ships Passing in the Night». Consulta: 10 de noviembre de 2016.

http://www.ips-dc.org/articles/human_trafficking_policies_ships_passing_in_the_night

KYLE, David y KOSLOWSKI, Rey

2011 *Global Human Smuggling: Comparative Perspectives*. Baltimore: The John Hopkins University Press.

LLORIA, Paz

2006 *Aproximación al estudio del delito permanente*. Granada: Comares.

LÓPEZ, Josume

2016 *Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral*. Navarra: Thomson Reuters.

MACKINNON, Catharine

1995 *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Cátedra.

MAÑALICH, Juan

2011 «La organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno». *Revista Chilena de Derecho*, volumen 38, número 2.

MAQUEDA, María

2009 *Prostitución, feminismos y derecho penal*. Granada: Comares.

MARTOZ, Juan

2012 «El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 Bis del Código Penal». *Estudios Penales y Criminológicos*, volumen XXXVII, pp. 97-130.

MATEUS, Andrea y otros

2009 *Aspectos jurídicos del delito de trata en Colombia*. Bogotá: UNODC/Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia/Universidad del Rosario.

MEINI, Iván

2014 *Lecciones de derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

MENESES, Max

2012 «La migración internacional de peruanos a Europa». *Investigaciones Sociales*, volumen 16, número 29, pp. 285-290.

MEUWISEN, Myrthe

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

MIGUEL, Ana de

2014 «La prostitución de mujeres, una escuela de desigualdad humana». *Ilemata*, año 6, pp. 7-30.

MIR PUIG, Santiago

2011 *Derecho penal. Parte General*. Novena edición. Barcelona: Reppertor.

MIRANDA, Manuel

2011 «La prueba indiciaria y el estándar “del más allá de toda duda razonable”». En *La prueba en el proceso penal*. Lima: Jurista Editores, pp. 1-45.

2012 «La prueba en el proceso penal acusatorio». En *La prueba en el proceso penal*. Lima: Jurista Editores, pp. 31-64.

MONTOYA, Yván

- 2000 *Aplicación discriminatoria de la ley penal*. Volumen IV. Lima: Defensoría del Pueblo.
- 2009 *La desaparición forzada de personas como delito permanente: consecuencias dogmático-penales*. Cuaderno de trabajo 11. Lima: Departamento de Derecho de la PUCP.
- 2016 «El delito de trata como delito complejo y sus dificultades en la jurisprudencia peruana». *Derecho PUCP*, número 76, pp. 393-419.

MORALES, Fermín y GARCÍA, Ramón

- 2000 *Comentarios al nuevo Código Penal*. Navarra: Aranzadi.

MUJICA, Jaris

- 2011 *Microeconomías de la explotación sexual y de la trata de niñas y adolescentes en la Amazonía peruana. Una etnografía en los aserraderos y los puertos fluviales de Pucallpa*. Lima: Promsex.
- 2015 *Precariedad y trabajo forzoso en la extracción de madera: un estudio en espacios rurales de la Amazonía peruana*. Lima: Organización Internacional del Trabajo.

MURILLO, Juan Carlos

- 2010 «Migración extracontinental en América Latina: algunas tendencias y consideraciones de protección internacional». Consulta: 10 de septiembre de 2016.
<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7720.pdf?view=1>

NIKOLIC-RISTANOVIC, Vesna

- 2004 *Trafficking in People in Serbia*. Consulta: 15 de septiembre de 2016.
<http://www.osce.org/serbia/34950?download=true>

NOVAK, Fabián y SALMÓN, Elizabeth

- 2002 *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos*. Lima: Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

NOVAK, Fabián y NAMIHAS, Sandra

- 2004 *Manual para magistrados y auxiliares de justicia*. Lima: Academia de la Magistratura.
- 2005 *Amenazas globales a la seguridad: la trata de personas*. Lima: Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

OBSERVATORIO DE CRIMINALIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO DEL PERÚ

- 2015 Cifras estadísticas de trata de personas 2009-2014. Consulta: 15 de octubre de 2016.
<http://portal.mpfm.gob.pe/descargas/observatorio/tratadepersonas/20150405.pdf>

OCALA STAR BANNER

- 1990 «Border Patrol Uncovers People-Smuggling Ring». Nota de prensa del 21 de julio de 1990. Consulta: 16 de octubre de 2016.
<https://news.google.com/newspapers?nid=1356&dat=19900621&id=ND4xAAAAIbAJ&sjid=HA-cEAAAAIbAJ&pg=4381,252677&hl=es>

OFICINA DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC)

- 2009 «Tráfico ilícito de migrantes». Consulta: 10 de julio de 2016.
http://www.unodc.org/documents/publications/Trafico_ebook.pdf
- 2010a *Manual de capacitación básica sobre investigación y enjuiciamiento en materia de tráfico ilícito de migrantes*. Consulta: 8 de julio de 2016.
https://www.unodc.org/documents/congress/background-information/Smuggling_of_Migrants/09-86993_intro_Ebook.pdf

- 2010b «The globalization of crime. A transnational organized crime threat assessment». Consulta: 10 de octubre de 2016.
https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tocta/TOCTA_Report_2010_low_res.pdf
- 2010c «Toolkit to combat smuggling of migrants». Consulta: 20 de octubre de 2016.
https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/SOM_Toolkit_E-book_english_Combined.pdf
- 2011 «Smuggling on migrants: a global review and annotated bibliography of recent publications». Consulta: 20 de octubre de 2016.
https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Migrant-Smuggling/Smuggling_of_Migrants_A_Global_Review.pdf
- 2012a «Algunos datos relevantes sobre la trata de personas». Consulta: 8 de julio de 2016.
https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/sobre-unodc/Fact_Sheet_Dados_Trafico_de_Pessoas_geral_ESP.pdf
- 2012b «El estado de la trata de personas en Perú». Consulta: 9 de agosto de 2016.
http://www.unodc.org/documents/peruandecuador/Informes/trata_PERU_Abril_2012_-_Final.pdf
- 2014a *Informe mundial sobre la trata de personas 2014. Resumen Ejecutivo*. Consulta: 15 de julio de 2016.
https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/GLOTIP14_ExSum_spanish.pdf
- 2014b *Global Report on Trafficking in Persons 2014*. Consulta: 15 de julio de 2016.
http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/GLOTIP_2014_full_report.pdf
- s. a. «Tráfico ilícito de migrantes: la dura búsqueda de una vida mejor. Datos». Consulta: 25 de octubre de 2016.
<https://www.unodc.org/toc/es/crimes/migrant-smuggling.html>

OFICINA PARA LA VIGILANCIA Y LA LUCHA CONTRA LA TRATA DE PERSONAS, OFICINA DE LA SUBSECRETARIA DE ESTADO PARA ASUNTOS MUNDIALES DEPARTAMENTO DE ESTADO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

- 2004 «¿Cómo puedo reconocer a las víctimas de la trata de personas?». Consulta: 19 de diciembre de 2016.
http://photos.state.gov/libraries/honduras/23248/pol/pol_tip_trafficking4.pdf

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD)

- 2015 «Migration Policy Debates. Can We Put an End to human Smuggling?». Consulta: 8 de julio de 2016.
<https://www.oecd.org/migration/Can%20we%20put%20an%20end%20to%20human%20smuggling.pdf>

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA) Y ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM)

- 2006 *Trata de personas: aspectos básicos*. Consulta: 12 de agosto de 2016.
<https://www.oas.org/atip/reports/trata.aspectos.basicos.pdf>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)

- 2001 *Explotación sexual infantil en Sudamérica. Sistematización de la experiencia IPEC*, 2001. Lima: IPEC.
- 2009 *Cómo prevenir la discriminación, la explotación y el abuso de las trabajadoras migrantes. Guía informativa*. Paraguay: Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil y Organización Internacional del Trabajo.
- 2010 *Cómo prevenir la discriminación, la explotación y el abuso de las trabajadoras migrantes. Guía Informativa. Manual 6. Trata de mujeres y niñas*. Lima: OIT y Proyecto MIGRANDINA.
- s. a. «Statistics and indicators on forced labour and trafficking». Consulta: 15 de septiembre de 2016.
<http://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/policy-areas/statistics/lang--en/index.htm>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM)

- 2004 *The Mental Health Aspects of Trafficking in Human Beings*. Budapest: OIM.
- 2006 *Glosario sobre migración. Serie Derecho Internacional sobre Migración*. Ginebra: OIM.
- 2007 *La trata de personas: una realidad en el Perú. Diagnóstico y Módulo de Capacitación de Capacitadores*. Lima: Acción por los Niños.

- 2010 *Prevención de la trata de niños, niñas y adolescentes en el Perú. Manual de capacitación para docentes y tutores*. Lima: OIM.
- 2013 «It's Time to Take Action and Save Lives of Migrants Caught in Crisis». Nota de prensa del 17 de octubre. Consulta: 16 de noviembre.
<https://www.iom.int/statements/its-time-take-action-and-save-lives-migrants-caught-crisis>
- 2015 «Global Migration Trends». Consulta: 10 de agosto de 2016.
https://publications.iom.int/system/files/global_migration_trends_2015_factsheet.pdf
- 2016 «La OIM prestó asistencia a 7.000 víctimas de trata de personas a nivel mundial en 2015». Nota de prensa del 5 de octubre. Consulta: 16 de noviembre de 2016.
<https://www.iom.int/es/news/la-oim-presto-asistencia-7000-victimas-de-trata-de-personas-nivel-mundial-en-2015>

ORTS, Enrique y SUÁREZ, Carlos

- 2001 *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

PASTOR, Nuria

- 2005 *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*. Barcelona: Atelier.

PEÑA CABRERA, Alonso

- 2011 *Curso elemental de derecho penal. Parte Especial*. Lima: Ediciones Legales.

PÉREZ CEPEDA, Ana

- 2004 *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*. Granada: Comares.

PINTO, Mónica

- 1997 «El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos». En *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, pp. 163-171. Consulta: 15 de septiembre de 2016.
<http://www.corteidh.or.cr/tablas/20185.pdf>

POMARES, Esther

- 2011 «El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, números 13-15. Consulta: 15 de septiembre de 2016.
<http://criminnet.ugr.es/recpc/13/recpc13-15.pdf>

PRADO, Víctor

- 2016 «Trata de personas y minería ilegal». En *Criminalidad organizada. Parte Especial*. Lima: Instituto Pacífico.

RAMÓN, Jesús

- 2003 «Instrucción probatoria en el proceso penal peruano». En *Sextas Jornadas de Derecho Penal. Temas Actuales de Derecho Procesal Penal*. Caracas: Universidad Andrés Bello.

RED ESPAÑOLA CONTRA LA TRATA DE PERSONAS

- 2008 *Guía básica para la identificación, derivación y protección de las personas víctimas de trata con fines de explotación*. Consulta: 9 de agosto de 2016.
http://www.cruzroja.es/pls/portal30/docs/PAGE/2006_3_IS/BIBLIOTECA/GUIA%20BASICA%20PARA%20LA%20IDENTIFICACION%20Y%20DERIVACION%20DE%20VICTIMAS%20DE%20TRATA.PDF

RIBANDO, Clare

- 2015 «Trafficking in Persons in Latin America and the Caribbean». Consulta: 20 de agosto de 2016.
<https://www.fas.org/sfp/crs/row/RL33200.pdf>

RODRÍGUEZ, Julio

- 2016 «Trata con fines de explotación sexual: aproximación a su relación con la prostitución y la conducta del consumidor/cliente». *Derecho y Sociedad*, número 47. En vías de publicación.

ROXIN, Claus

- 1997 *Tratado de derecho penal*. Madrid: Civitas.

RPP NOTICIAS

- 2015 «OIM: Perú se ha convertido en un destino importante de migración laboral». Noticia del 25 de julio. Consulta: 20 de octubre de 2016.
<http://rpp.pe/politica/actualidad/oim-peru-se-ha-convertido-en-un-destino-importante-de-migracion-laboral-noticia-820421>

SAGÜÉS, Néstor

- 2003 «Mecanismos de incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos al derecho interno». En *Retos de la judicialización en el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación*. Lima: Coordinadora Nacional de los Derechos Humanos, pp. 45-52.

SALINAS SICCHA, Ramiro

- 2015 *Derecho penal. Parte Especial*. Volumen 1. Lima: Iustitia.

SALMÓN, Elizabeth

- 2014 *Curso de Derecho Internacional Público*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
2016 *El derecho internacional humanitario y su relación con el derecho interno de los Estados*. Lima: Palestra.

SÁNCHEZ-VERA, Julio

- 2004 *Delito de propia mano*. Madrid: Civitas.

SCHUNEMANN, Bernd

- 2004 «El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría». *Revista de Derecho Penal y Criminología de la Universidad del Externado de Colombia*, número 75, volumen 25, pp. 13-25.

SERRA, Rosario y LLORIA, Paz

- 2007 *La trata sexual de mujeres. De la represión del delito a la tutela de la víctima*. Madrid: Ministerio de Justicia.

SILVA, Jesús

- 2004 «Comisión y omisión: criterios de distinción». En *Estudios sobre delitos de omisión*. Lima: Grijley.

STOP VIOLENCE AGAINST WOMEN (STOPVAM)

- 2015 «Trafficking Routes». Consulta: 15 de julio de 2016.
http://www.stopvaw.org/trafficking_routes

TAMARIT, Josep

- 2002 *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual*. Navarra: Arazandi.

TERRADILLOS, Juan

- 2010 «Peligro abstracto y garantías penales». En *Sistema penal y Estado de derecho*. Lima: Ara Editores, pp. 141-180.
- 2016 «Trata de seres humanos». En *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Tomo III. Derecho Penal Parte Especial*. Volumen I. Madrid: Iustel.

TERRADILLOS, Juan y BAYLOS, Antonio

- 1991 *Derecho penal del trabajo*. Madrid: Trotta.

THE GUARDIAN

- 2015 «People smuggling: How it works, who benefits and how it can be stopped». Consulta: 10 de octubre de 2016.
<https://www.theguardian.com/global-development/2015/jul/31/people-smuggling-how-works-who-benefits-and-how-to-put-stop>

TORO, Jairo

- 2009 «Reflexiones sobre la trata de personas. Fenómeno que afecta el desarrollo humano de los colombianos». *Eleuthera*, número 3, pp. 179-193.

TORRES, Natalia

- 2012 *El control de convencionalidad: deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias)*. Tesis de licenciatura en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.

UN. GIFT. HUB: Global Initiative to Fight Human Trafficking

- s. a. «Trafficking for Organ Trade». Consulta: 10 de septiembre de 2016.
<http://www.ungift.org/knowledgehub/en/about/trafficking-for-organ-trade.html>

UNIFEC y ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES

- 2007 *Trata de personas y tráfico ilícito de migrantes en México y América Central. Guía normativa*. Consulta: 10 de octubre de 2016.
[http://www.unicef.org/lac/Guia_trataFINAL\(3\).pdf](http://www.unicef.org/lac/Guia_trataFINAL(3).pdf)

UNIÓN EUROPEA

- 2002 «Decisión marco del Consejo relativa a la lucha contra la trata de seres humanos». Publicada en el DOUE el 1 de agosto de 2002. Consulta: 14 de julio de 2016.
https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=DOUE-L-2002-81400

UNITED NATIONS, DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS

- 2015 *International Migration Report 2015 Highlights*. Consulta: 10 de octubre de 2016.
http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/migrationreport/docs/MigrationReport2015_Highlights.pdf

VÁSQUEZ, Tania; BUSSE, Erika e IZAGUIRRE, Lorena

- 2015 *Migración de población haitiana a Perú y su tránsito hacia Brasil desde el año 2010*. Documento de Trabajo número 217. Serie Estudios sobre Desarrollo. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

VERITÉ

- 2013 «Risk analysis of indicators of Forced labor and Human Trafficking in Illegal Gold mining in Peru». Consulta: 10 de octubre de 2016.
http://www.verite.org/sites/default/files/images/Indicators%20of%20Forced%20Labor%20in%20Gold%20Mining%20in%20Peru_0.pdf

VICENTE, Rosario de

2004 *El principio de legalidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.

VILLA, Javier

1998 *Derecho penal. Parte Especial I-B*. Lima: San Marcos.

VILLACAMPA, Carolina

2007 *Comentarios a la Parte Especial del Código Penal*. Navarra: Arazandi.

2010 «El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 BIS CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación». *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, número 14, pp. 819-865.

2011 *El delito de trata de seres humanos*. Navarra: Aranzadi.

2012 «Análisis de las políticas de criminalización de la prostitución». En IGLESIAS, Agustina y PUENTE, Luz (coordinadoras). *Sistema penal y perspectiva de género: trabajo sexual y trata de personas*. Granada: Comares, pp. 1-44.

2013 «La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal». *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Tercera época, número 10, pp. 293-341.

VILLAVICENCIO, Felipe

2014 *Derecho penal parte general*. Lima: Grijley.

WALK FREE FOUNDATION

2016a «Peru. The Global Slavery Index 2016». Consulta: 8 de julio de 2016.

<http://www.globallslaveryindex.org/index/>

2016b «Regional Analysis of The Americas. The Global Slavery Index 2016». Consulta: 10 de julio de 2016.

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

WOOLCOTT, Doris

s. a. «La trata sexual desligada de la prostitución en el imaginario social». Consulta: 8 de julio de 2016.

https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjI1ceGs4DRAhVL6CYKHcBrB-UQFggaMAA&url=https%3A%2F%2Fcei.uniandes.edu.co%2Findex.php%2Fcomponent%2Fdocman%2Fdoc_download%2F29-doris-woolcott%2Frecursos%2Frelatorias-ponencias-y-presentaciones%2Fcongreso-trata-2013&usq=AFQjCNEQ7dfVSLaKfV1W1WUNjD4rZxsXGw&sig2=NU-4gxwGNNss-434YMAZ9Q

b) Sentencias**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Corte IDH)**

- *Caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile*. Sentencia del 5 de febrero de 2001.
- *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Sentencia del 21 de junio de 2002.
- *Caso Kimel vs. Argentina*. Sentencia del 2 de mayo de 2008 (fondo, reparaciones y costas).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia 2758- 2004-PHC/TC del 23 de noviembre de 2004.
- Sentencia 1049-2003-PA del 30 de enero de 2004.
- Sentencia 00047-2004-AI del 24 de abril de 2006.
- Sentencia 025-2005-PI/TC del 25 de abril de 2006.
- Sentencia 02005-2009-PA/TC del 16 de octubre de 2009.

Anexo 1

TRATADO	ENTRADA EN VIGOR	¿DESDE CUÁNDO EL PERÚ ES UN ESTADO PARTE?	REFERENCIA DIRECTA A TRATA DE PERSONAS	DISPOSICIONES
Convenio 29 de la OIT relativo al trabajo forzoso u obligatorio	1 de mayo de 1932	1 de febrero de 1960	No	Artículo 2 1. A los efectos del presente Convenio, la expresión trabajo forzoso u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente. [...]
Convenio para la Represión de la Trata de Personas y la Explotación de la Prostitución Ajena	25 de julio de 1951	-	Sí	Artículo 17 Las Partes en el presente Convenio se comprometen a adoptar o mantener, en relación con la inmigración y la emigración, las medidas que sean necesarias, con arreglo a sus obligaciones en virtud del presente Convenio, para combatir la trata de personas de uno u otro sexo para fines de prostitución. [...]
Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud	30 de abril de 1957	-	Sí	SECCIÓN II. - LA TRATA DE ESCLAVOS Artículo 3 1. El acto de transportar o de intentar transportar esclavos de un país a otro por cualquier medio de transporte, o la complicidad en dicho acto, constituirá delito en la legislación de los Estados Partes en la Convención, y las personas declaradas culpables de él serán castigadas con penas muy severas.
Convenio 105 de la OIT relativo a la abolición del trabajo forzoso	17 de enero de 1959	6 de diciembre de 1960	No	Artículo 1 Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio: a) como medio de coerción o de educación políticas o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido; b) como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico; c) como medida de disciplina en el trabajo; d) como castigo por haber participado en huelgas; e) como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	3 de enero de 1976	28 de abril de 1978	No	Artículo 6 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

TRATADO	ENTRADA EN VIGOR	¿DESDE CUÁNDO EL PERÚ ES UN ESTADO PARTE?	REFERENCIA DIRECTA A TRATA DE PERSONAS	DISPOSICIONES
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	23 de marzo de 1976	28 de abril de 1978	No	Artículo 8 1. Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas. 2. Nadie estará sometido a servidumbre. 3. a) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio [...]
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	3 de septiembre de 1981	13 de septiembre de 1982	Sí	Artículo 6 Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer.
Convención sobre los Derechos del Niño	2 de septiembre de 1990	4 de diciembre de 1990	Sí	Artículo 35 Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.
Convenio 182 de la OIT relativo a las peores formas del trabajo infantil	19 de noviembre de 2000	10 de enero de 2002	Sí	Artículo 3 A los efectos del presente Convenio, la expresión «las peores formas de trabajo infantil» abarca: (a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de sirvo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados [...]
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	18 de enero de 2002	8 de mayo de 2002	No	Prámbulo Gravemente preocupados por la importante y creciente trata internacional de menores a los fines de la venta de niños, su prostitución y su utilización en la pornografía. Artículo 1 Los Estados Partes prohibirán la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, de conformidad con lo dispuesto en el presente Protocolo.

TRATADO	ENTRADA EN VIGOR	¿DESDE CUÁNDO EL PERÚ ES UN ESTADO PARTE?	REFERENCIA DIRECTA A TRATA DE PERSONAS	DISPOSICIONES
Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional	1 de julio de 2002	10 de noviembre de 2001	No	Artículo 7 Crímenes de lesa humanidad 1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por «crimen de lesa humanidad» cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: [...] c) Esclavitud; [...] g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; [...] 2. A los efectos del párrafo 1: [...] c) Por «esclavitud» se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños; [...]
Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares	1 de julio de 2003	14 de septiembre de 2005	No	Artículo 11 1. Ningún trabajador migratorio o familiar suyo será sometido a esclavitud ni servidumbre. 2. No se exigirá a los trabajadores migratorios ni a sus familiares que realicen trabajos forzados u obligatorios. [...]
Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional	29 de septiembre de 2003	23 de enero de 2002	No	Dentro de los crímenes regulados se encuentran: la participación en un grupo delictivo organizado, el blanqueo del producto del delito, el blanqueo de dinero, la corrupción y la obstrucción de la justicia.
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	25 de diciembre de 2003	23 de enero de 2002	Sí	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.

TRATADO	ENTRADA EN VIGOR	¿DESDE CUÁNDO EL PERÚ ES UN ESTADO PARTE?	REFERENCIA DIRECTA A TRATA DE PERSONAS	DISPOSICIONES
				Esa explotación incluirá, como 45 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. [...]
Convenio sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	3 de mayo de 2008	30 de enero de 2008		Artículo 16 Protección contra la explotación, la violencia y el abuso 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, social, educativo y de otra índole que sean pertinentes para proteger a las personas con discapacidad, tanto en el seno del hogar como fuera de él, contra todas las formas de explotación, violencia y abuso, incluidos los aspectos relacionados con el género. [...]
Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales	3 de septiembre de 1953	-	No	Artículo 4 Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado 1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre. 2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio. [...]
Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de personas	1 de febrero de 2008	-	Sí	Artículo 4 - Definiciones Para los fines del presente Convenio: 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. [...]
Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea	1 de diciembre de 2009	-	Sí	Artículo 5 Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado 1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre.

TRATADO	ENTRADA EN VIGOR	¿DESDE CUÁNDO EL PERÚ ES UN ESTADO PARTE?	REFERENCIA DIRECTA A TRATA DE PERSONAS	DISPOSICIONES
				2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio. 3. Se prohíbe la trata de seres humanos.
Convención Americana sobre Derechos Humanos	18 de julio de 1978	12 de julio de 1978	Sí	Artículo 6. Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre 1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas. 2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzosos, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso. [...]
Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer	5 de marzo de 1995	2 de abril de 1996	Sí	Artículo 2 Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.
Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores	15 de agosto de 1997	20 de abril de 2004	No	Artículo 2 [...] Para los efectos de la presente Convención: [...] b) «Tráfico internacional de menores» significa la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor con propósitos o medios ilícitos. c) «Propósitos ilícitos» incluyen, entre otros, prostitución, explotación sexual, servidumbre o cualquier otro propósito ilícito, ya sea en el Estado de residencia

TRATADO	ENTRADA EN VIGOR	¿DESDE CUÁNDO EL PERÚ ES UN ESTADO PARTE?	REFERENCIA DIRECTA A TRATA DE PERSONAS	DISPOSICIONES
				habitual del menor o en el Estado Parte en el que el menor se halle localizado. d) «Medios ilícitos» incluyen, entre otros, secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se halla el menor, o cualquier otro medio ilícito ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado Parte en el que el menor se encuentre.
Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos	21 de octubre de 1986	-	No	Artículo 5 Todo individuo tendrá derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano y al reconocimiento de su status legal. Todas las formas de explotación y degradación del hombre, especialmente la esclavitud, el comercio de esclavos, la tortura, el castigo y el trato cruel, inhumano o degradante, serán prohibidos.
Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar de los Niños	29 de noviembre de 1999	-	Sí	Artículo 29: Venta, trata y secuestro Los Estados partes deberán adoptar todas las medidas adecuadas para prevenir: (a) el secuestro, la venta, la trata de niños para cualquier propósito o en cualquier forma, por cualquier persona incluidos los padres o los tutores legales del menor. (b) el uso de niños en todas las formas de mendicidad.
Protocolo sobre los Derechos de la Mujer en África	25 de noviembre de 2005	-	Sí	Artículo 4 Los derechos a la vida, integridad y seguridad de la persona [...] 2. Los Estados partes deberán adoptar todas las medidas adecuadas y efectivas para: [...] g) prevenir y condenar la trata de mujeres, enjuiciar a los responsables de la trata y proteger a aquellas mujeres que se encuentren en mayor riesgo. [...]

Anexo 2

CASOS PARA TRABAJAR

CASO 1

El 3 de febrero de 2008, personal de la Policía y del Ministerio Público intervino el bar Los Ángeles de propiedad de Ángel Rojas y se constató la presencia de las menores de edad de iniciales L. G. L (15) y M. J. A. H (16), así como de otras mujeres mayores de edad, que venían laborando en dicho local atendiendo a los clientes. Se evidenció que las menores antes mencionadas provenían de la ciudad del Cusco, y que conocieron a Ximena Campos cuando se entrevistaron con ella por un aviso de periódico en el que se ofrecía trabajo bien remunerado como meseras y bailarinas de un bar. Ximena Campos las contactó y las entregó a Ángel Rojas, propietario y administrador del bar. Inicialmente laboraron en el bar como damas de compañía; se identificaban con apelativos y llegaron a aceptar sostener relaciones sexuales con clientes. Rojas, además de cumplir con el sueldo ofrecido a las menores, les otorgaba alojamiento (un cuarto) y alimentación.

- ¿En este caso se configura el delito de trata de personas?
- ¿Por cuál conducta típica de trata respondería cada uno de los intervinientes en el delito?

CASO 2

Isidora Sánchez (20) y la menor identificada con las iniciales E. G. A. A. (16) conocieron a Jovino Pérez a las afueras de unas discotecas de la ciudad de Yurimaguas y Tarapoto, respectivamente. Jovino Pérez las convenció a ellas y a los padres de la menor para que viajaran al Cusco a fin de que supuestamente trabajen en un restaurante turístico; sin embargo, al encontrarse las dos en dicha ciudad fueron recogidas por el conocido como «Pollo», quien fue la persona que las llevó a la vivienda que ocupaba Jhonny Amisifuen, quien las encerró bajo llave en dicho recinto con la finalidad de que estas trabajen en un centro nocturno de la ciudad. Cabe mencionar que, debido al cariño que llegó a sentir por ellas, Jhonny solo quería exponerlas a espectáculos de *striptease* y no de prostitución. Para tal fin, este les proporcionó unas prendas minúsculas con las que tenían que laborar.

- ¿Ante que conductas típicas del delito de trata nos encontramos en este caso?
- ¿Qué medios coercitivos o fraudulentos de la trata se observan en las conductas típicas?
- ¿Qué tipo penal específico de trata se debería aplicar en este caso?
- ¿Qué finalidad de la trata se aprecia?

CASO 3

Teobaldo Miranda, propietario de la Peña Turística Teo, les paga a Cinthia Heraldo y María Flores para que estas se encarguen de la ubicación y del desplazamiento a la ciudad de Piura de chicas que den servicios sexuales en dicho local. Así, las dos mujeres antes mencionadas contactaron en la ciudad de Nauta (Loreto) a la menor de iniciales R. P. S (17), y le ofrecieron la suma de 400 soles para que renuncie a su trabajo regular como trabajadora doméstica. Luego de ello, se la llevaron a un lugar donde se encontraban más chicas, quienes posteriormente serían trasladadas a Piura; sin embargo, esto no se materializó, pues la policía intervino el local poco después.

- ¿Ante qué conductas típicas del delito de trata nos encontramos en este caso?
- ¿Estamos ante un caso de delito de trata de personas consumado o en grado de tentativa?

CASO 4

A través de un agencia constituida en Huánuco, Pedro Pérez, Manuel Berrios y Andrea Lozada lograron captar a una jovencita de 19 años de edad, agraciada, a quien se le ofreció trabajar como modelo en España; para ello se encargaron de tramitar toda la documentación requerida (pasaporte, pasajes y visa). Luego, cuando fue trasladada a Lima, fue alojada en una casa en San Juan de Lurigancho, donde se encontró con otras jovencitas que estaban en las mismas condiciones; esto es, sin sus documentos y sometidas a la red. Allí se le dijo que tenía que ingerir cápsulas de cocaína para llevarlas en la modalidad de ingesta a España. Al principio se negó y reclamó; finalmente, cuando se le dijo que, si no aceptaba, su familia iba a sufrir consecuencias, tuvo que ingerir las cápsulas. Fue intervenida en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez y luego procesada como «burrier».

- ¿Estamos ante un caso de trata de personas?
- ¿Ante qué medios coercitivos o fraudulentos nos encontramos?

CASO 5

El 24 de julio de 2008, personal de la policía intervino a Justo Villalobos y Fructuoso Bueno en la agencia de transportes Trans Inter en la ciudad de Pucallpa cuando se disponían a viajar con destino final a la ciudad de Ilo, llevándose a Rocío (18), Luisa (19) y Patty (18) para que trabajen en el *night club* de propiedad de Fructuoso como damas de compañía y bailarinas en ropas íntimas, trabajo por el cual les darían la suma de 350 nuevos soles semanales más el aporte de habitación, comida y ropa. Estas chicas fueron conseguidas por el chofer motocarrista Pablo Sangama, quien astutamente ubicó a estas menores deambulando en los alrededores del mercado local vendiendo caramelos en situación de precariedad y sin el cuidado de sus padres o familiares.

- ¿Existe el delito de trata de personas? ¿Por qué?
- ¿Cuál es el tipo de finalidad de la trata en este caso?

CASO 6

El 20 de febrero de 2006, Roxana y Carmen, ambas de 27 años y naturales de Pucallpa, y Susana de 21 años, natural de Lima, denunciaron ante la DIRINCRI que venían siendo explotadas sexualmente por un individuo llamado Alberto Troncoso, quien les había doblegado bajo amenaza de muerte con un arma de fuego. Roxana contó que Alberto Troncoso la mantuvo bajo amenaza y coacción con un arma de fuego en un hospedaje ubicado en Chincha, lugar que abandonó aprovechando que este viajó a Lima para realizar algunos negocios. Carmen informó a la policía que desde noviembre de 2006 venía siendo explotada sexualmente por el tal Alberto, quien bajo amenaza y coacción con arma de fuego la trasladó a Chincha para trabajar en un burdel hasta el 30 de enero, fecha en la que regresó a Lima, y que el dinero que obtenía del trabajo sexual se lo quitaba este sujeto en su totalidad al finalizar el día.

- ¿Ante qué conductas típicas del delito de trata nos encontramos en este caso?
- ¿Qué delito o delitos se configuran en este caso?

CASO 7

El 13 de junio de 2007, Antonio Méndez con sus guardaespaldas privó ilegítimamente de la libertad personal a la agraviada usando violencia y amenazas. Traslado a la menor de iniciales J. H. GP. (13) desde la Plaza de Armas de Chao-Virú, lugar donde vivía la menor, hasta el domicilio de Lucía Zapatelli (madre de Antonio Méndez) en Trujillo; donde la retuvo dos días obligándola a que se comuniqué con su familia a fin de mentirle a su madre y decirle que estaba en Lima trabajando. Posteriormente, la llevaron a Lima, donde se quedó en un departamento ubicado en el primer piso de un amigo de Antonio Méndez que estaba en el mismo negocio de la prostitución; y fue en ese lugar donde este la violó por primera vez y durante los cuatro días que permaneció en ese lugar. Luego de regresarla a Trujillo, Antonio Méndez le saco un DNI falso para que aparentara tener 18 años de edad y la llevó al prostíbulo Quinto Patio ubicado en El Milagro, en donde la obligó a prostituirse por primera vez, amenazándola con que si decía algo le haría lo mismo a su hermanita de nombre Trilce. Cabe mencionar que de Chao-Virú a El Milagro hay cuarenta minutos de distancia en auto.

- ¿Ante qué conductas típicas del delito de trata nos encontramos en este caso?
- ¿Qué delitos se le pueden imputar a Antonio Méndez? ¿Existe algún concurso de delitos?

CASO 8

Carla (14) desapareció el 14 de marzo de 2008, motivo por el que su madre puso una denuncia el 21 de abril del mismo año en la Comisaría, argumentando que su hija fue obligada por Verónica, mediante amenaza, a trabajar vendiendo CD. Verónica era la dueña de la casa en la que Carla trabajaba regularmente como «nana». La menor fue trasladada por Luis y por Verónica desde el distrito de Punchana (Loreto) al distrito de Nauta (Loreto), donde efectivamente trabajó gratuitamente como vendedora de CD.

- ¿Ante qué conductas típicas del delito de trata nos encontramos en este caso?
- ¿Qué delitos se le pueden imputar a Verónica y a Luis?

CASO 9

E. A. L (16) fue captada por una red trata de personas para ser explotada sexualmente en el distrito de Santa Anita. En julio de 2015 fue rescatada por agentes de la Policía Nacional, quienes la llevaron a uno de los nuevos Centros de Atención Residencial (CAR), especializados en adolescentes víctimas de trata de personas, a cargo del INABIF. Meses después, en noviembre, su madre acudió a la oficina de Elena Montoya, directora de la institución, para denunciar que uno de los trabajadores de limpieza del centro había agredido sexualmente a su hija en diversas oportunidades dentro de las instalaciones del albergue.

- ¿Puede afirmarse que hubo una revictimización de la menor de edad? ¿Por qué?
- ¿Cuáles son los enfoques que deben aplicarse en este caso?
- ¿Cómo deben responder los operadores de justicia frente a la denuncia?

CASO 10

Angélica Martínez, propietaria del bar Tapas ubicado en Loreto, contrató a la menor C. C. A. (14) como dama de compañía. Su labor consistía en acompañar a los clientes y beber bebidas alcohólicas con ellos. Se le exigía que cumpliera con jornadas laborales desde 14 a 23 horas. Después de dos semanas en el trabajo, Angélica le recomendó que mantuviera relaciones sexuales a cambio de dinero con los clientes del bar. La propietaria del bar fue denunciada, pero la Sala Penal de Loreto concluyó que no concurrían los elementos del tipo penal de trata de personas y la absolvió. Frente a ello, el Ministerio Público solicitó la nulidad de la sentencia absolutoria, teniendo en cuenta que el fallo había considerado como hecho probado que la menor había sido captada para trabajar en el bar en condiciones laborales extremas. No obstante, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema declaró improcedente el recurso de nulidad e indicó que no se había configurado el delito de trata de personas por los siguientes motivos: a) las horas excesivas de trabajo no se configuran como explotación porque no hubo agotamiento de la menor; y b) el mantenimiento de relaciones sexuales no fue el motivo por el que se trasladó o captó a la menor.

- ¿El trabajo como «dama de compañía» constituye un supuesto de explotación laboral?
- ¿Se ha configurado el delito de trata de personas en este caso?
- ¿La sentencia de la Corte Suprema ha respetado el marco normativo internacional? ¿Por qué?

Anexo 3

DECRETO LEGISLATIVO 1323

El día 6 de enero de 2017 se publicó en el *Diario Oficial el Peruano* el Decreto legislativo 1323 que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género. Este Decreto Legislativo incorpora al Código Penal tres nuevos artículos: el artículo 153-B sobre explotación sexual, el artículo 153-C sobre esclavitud y otras formas de explotación y el artículo 168-B sobre trabajo

¿Qué cambia el Decreto Legislativo 1323?

- Crea tres delitos autónomos que se corresponden con tres finalidades de la trata de personas previstas en el artículo 153 del Código Penal, que son la prostitución o cualquier otra forma de explotación sexual, la esclavitud y los trabajos o servicios forzados, y la servidumbre.
- Permite diferenciar al delito de trata de personas del delito de explotación en sí. Así, como se ha desarrollado en el Manual, la trata no se centra en la etapa de explotación, sino en los comportamientos que colocan a la víctima en peligro de ser explotada (Villacampa 2011: 57).
- La interpretación de los delitos debe realizarse en determinadas circunstancias como la forma lesiva de determinadas modalidades de la trata de personas. En tanto que los incisos 6, segundo párrafo, de los artículos 153-B y 153-C, y el inciso 5, del segundo párrafo, del artículo 168-B establecen una agravante que vincula las situaciones de explotación efectiva con conductas de trata de personas.

¿Cuáles son los aspectos imprecisos del Decreto Legislativo 1323?

- Los tres delitos autónomos creados mediante el Decreto Legislativo, emplean el término «obligar». Este concepto normativo del tipo penal deberá interpretarse a la luz de los estándares internacionales en materia de trata y explotación de personas. Más aún, se debe tomar en cuenta que la explotación de personas contemporánea, a diferencia de la esclavitud entendida tradicionalmente, está íntimamente relacionada con el aprovechamiento de estructuras sociales (por ejemplo, pobreza y violencia de género) (Villacampa 2011: 43). Por lo tanto, el concepto «obligar» deberá entenderse como el uso del control y dominio que se tiene sobre otra persona a través de la violencia (coacción y amenaza), el engaño, o el aprovechamiento de una situación de asimétrica de poder o vulnerabilidad, a fin de que la persona realice o no determinado comportamiento.
- Existen finalidades de la trata de personas que no constituyen delitos autónomos, tales como la extracción o tráfico de órganos, las prácticas análogas a la esclavitud, la mendicidad y la venta de niños y niñas.
- En el caso de trabajo forzoso, se ha previsto una pena menor con relación a los delitos de explotación sexual, la esclavitud y otras formas de explotación y trata de personas. En consecuencia, mediante esta reducción de la pena, se entiende que el trabajo forzoso es una modalidad menos grave frente a otro tipo de explotación, lo cual no resulta acorde con los estándares del derecho internacional de los derechos humanos en la materia.

¿Cuáles son los aspectos imprecisos del Decreto Legislativo 1323?

- En el caso del trabajo forzoso, a diferencia de los delitos de explotación sexual, esclavitud y otras formas de explotación, en este tipo penal no se ha planteado expresamente la imposibilidad de atribuir efectos jurídicos al consentimiento del niño o de la niña. Sin embargo, dicho tipo penal debe interpretarse a la luz de las normas de carácter autoaplicativo contenidas en instrumentos internacionales ratificados por el Perú en materia de niñez y explotación de personas (en especial el Convenio 183 de la OIT). En tal sentido, se debe entender que el consentimiento del niño o de la niña carece de efectos jurídicos.
- En los casos en los que concurra tanto la trata de personas de personas como otros tipos de explotación, darán como resultado la aplicación de un concurso aparente de delitos que, en virtud del principio de consunción, obligarán a aplicar solo los tipos de explotación. Evidentemente, los actores que intervienen solo en la etapa de trata de personas responderán por este delito y no por la participación en la explotación posterior.

