

El delito de trata de personas en el Código Penal Salvadoreño.

Aspectos criminológicos y legales

Martín Alexander
Martínez Osorio



Save the Children



El delito de trata de personas en el Código Penal Salvadoreño. Aspectos criminológicos y legales



Save the Children

República de El Salvador, C.A.



El delito de trata de personas en el Código Penal Salvadoreño. Aspectos criminológicos y legales

Martín Alexander Martínez Osorio*

* Graduado de la Universidad de El Salvador, con especialización en Derecho Penal de La Universidad de Salamanca (España). Se ha desempeñado como docente de Derecho Penal en diversas Universidades del país, es capacitador del área de Derecho Penal de la Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo,” actualmente labora como colaborador jurídico (letrado) de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

PLENO DEL CONSEJO

Presidente

Lic. David Gonzalo Cabezas Flores

Consejales Propietarios

Dr. Jorge Efraín Campos

Licda. Nora Victorina Montoya Martínez

Lic. José Ricardo Chigüila Durán

Lic. Carlos Arnulfo Cándido

Licda. Margarita Romagoza de López Bertrand

Lic. Santos Cecilio Treminio Salmerón

Save the Children Federation Incorporated

Ing. John McPhail

Director y Representante legal

Licda. Ludín de Chávez

Gerente de Salud y Protección

Licda. Lissette Campos

Coordinadora de Proyecto

Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”

Dr. Mauro Alfredo Bernal Silva

Director

Lic. Jackson Elmer Parada

Sub - Director

Revisión tipográfica y corrección de estilo:

Licda. Bessy Jeannette Aguirre de Flores

Sección Académica

Escuela de Capacitación Judicial

Consejo Nacional de la Judicatura

Diseño de portada:

Licda. Patricia Martínez

Unidad de Producción Bibliográfica y Documental

Escuela de Capacitación Judicial

Consejo Nacional de la Judicatura

El contenido de esta obra es exclusiva responsabilidad de su autor

Consejo Nacional de la Judicatura

Final Calle Los Abetos, No. 8 Colonia San Francisco, San Salvador

Tels. 2245-2449, 2245-5260 y 2245-4491.

ABREVIATURAS	7	
SINOPSIS	9	
INTRODUCCIÓN	11	
CAPÍTULO PRIMERO		
EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS DESDE LA		
PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA Y DEL DERECHO INTERNACIONAL		
1) <i>El enfoque criminológico y victimológico de la trata de personas.</i>	15	
A. El desarrollo histórico-evolutivo.	15	
B. Caracterización criminológica y victimológica.	25	
C. El rol protagónico de las organizaciones criminales.	34	
2) <i>La evolución legal de la trata de personas en el Derecho Internacional.</i>	39	
3) <i>La respuesta normativa en la legislación comparada.</i>	42	
CAPÍTULO SEGUNDO.		
EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS EN EL		
CÓDIGO PENAL.		
1) <i>El bien jurídico protegido.</i>	51	
2) <i>El tipo penal.</i>	52	
A. La tipicidad objetiva.	52	
a. Los sujetos.	52	
b. Las conductas o modalidades comisivas.	53	
c. El resultado.	56	
B. La tipicidad subjetiva.	58	
a. El dolo.	58	
b. Los elementos objetivos del injusto.	58	
3) <i>Causas de exclusión de responsabilidad penal.</i>	59	
4) <i>Las formas imperfectas de ejecución.</i>	61	
5) <i>La autoría y la participación criminal.</i>	62	
6) <i>Cuestiones concursales.</i>	64	
7) <i>Las circunstancias agravantes.</i>	65	
8) <i>La problemática de las consecuencias accesorias.</i>	66	
9) <i>El comiso.</i>	68	
10) <i>La responsabilidad civil derivada del delito.</i>	69	
CAPÍTULO TERCERO		
LAS FIGURAS DELICTIVAS RELACIONADAS CON EL DELITO DE		
TRATA DE PERSONAS Y LOS PROBLEMAS CONCURSALES		73
1) <i>El tráfico ilegal de migrantes.</i>	75	
2) <i>El comercio de personas.</i>	78	

3) <i>Los delitos sexuales, especial referencia a los relativos a la explotación sexual comercial</i>	79
A. Estado de la cuestión a nivel legal y una breve consideración crítica.	79
B. El bien jurídico protegido y la sistemática legal de los delitos sexuales.	81
C. Las relaciones del delito de trata de personas con los delitos contra la libertad sexual.	83
D. El delito de trata de personas con los delitos relativos a la indemnidad sexual.	85
E. El delito de trata de personas y su relación con los delitos relativos a la prostitución.	88
F. El turismo sexual.	90
4) <i>El delito de explotación a la mendicidad.</i>	92
5) <i>Los delitos contra la integridad personal y la libertad ambulatoria.</i>	94
6) <i>Las falsedades documentales.</i>	97
7) <i>Las asociaciones o agrupaciones ilícitas.</i>	100

CAPÍTULO CUARTO CONCLUSIONES FINALES	103
---	-----

CAPÍTULO QUINTO RECOMENDACIONES	109
--	-----

CAPÍTULO SEXTO
ADECUACIÓN SISTEMÁTICA Y MODIFICATORIA
DE LOS ARTICULOS 367-B Y 367-C N° 4° DEL CÓDIGO PENAL.

1. <i>Exposición de Motivos</i>	113
A. El fenómeno delictivo de la trata de personas en la actualidad.	113
B. El proceso delictivo y las finalidades que se persiguen con la trata de personas.	115
C. Algunas regulaciones legales en el Derecho comparado.....	117
D. La regulación actual del 367-B del Código penal.	119
E. La necesaria modificación del numeral 4° del art. 367-C del Código penal.	121
F. Texto y comentario a la propuesta de reforma.	122
2. <i>Proyecto de Decreto Legislativo</i>	124

BIBLIOGRAFÍA	127
---------------------------	-----

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES CONSULTADOS	131
---	-----

ANEXOS

1) GUÍAS DE CONTROL DE LECTURA SOBRE LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL Y NACIONAL APLICABLE	135
---	-----

2) CASOS DE EJERCITACIÓN.	139
--	-----

ABREVIATURAS

Art. (art.)	Artículo.
Arts. (arts.)	Artículos.
A.A.V.V.	autores varios.
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial.
CP	Código penal.
CSJ	Corte Suprema de Justicia (El Salvador)
confr.	confrontar.
D.L.	Decreto Legislativo.
D.O.	Diario Oficial.
EEUU	Estados Unidos de Norteamérica.
Edit.	Editorial.
LRARD	Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas.
N°	número.
<i>Íbid (Ibidem)</i>	en el mismo lugar.
OEA	Organización de Estados Americanos.
OIM	Organización Internacional de Migraciones.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
OMT	Organización Mundial del Turismo.
ONU	Organización de las Naciones Unidas.
Op.Cit.	obra citada.
Pág. (s)	Página (s).
RAE	Real Academia Española.
s/f	sin fecha.
ss.	siguientes.

SINOPSIS

Uno de los fenómenos delictivos de mayor dinamismo en los tiempos modernos es la trata de personas; de ahí que, junto al tráfico ilícito de drogas y armas, constituya una de las actividades que mayor ganancia aporta a las organizaciones criminales transnacionales. Por otra parte, esta impronta –sucedánea de las modernas formas históricas de sujeción humana como la esclavitud– comporta un amplio abanico de graves violaciones a los más básicos derechos fundamentales de quienes son sus víctimas (dignidad de la persona, vida, integridad física, libertad ambulatoria, entre otros). Tal ha sido la gravedad del fenómeno, que ha recibido diferentes respuestas a nivel internacional así como en las legislaciones penales nacionales de diferentes países. En nuestro caso, por medio de la reforma efectuada el 25 de noviembre de 2003, fue introducido al Código Penal este delito y, modificado posteriormente de acuerdo al Decreto Legislativo N° 457 de 7 de octubre de 2004.

La presente obra, es un logro para el mejoramiento de la administración de justicia en nuestro país, pues realiza un estudio integral y sistematizado de la referida figura delictiva según nuestra normativa, capitalizando la experiencia de los operadores del sistema de justicia en la aplicación de la misma, responde así a las necesidades sobre los aspectos identificados como generadores de divergencias que experimentan a diario en el ejercicio de sus funciones independientemente del rol que desempeñen.

Se inicia con un análisis criminológico que pretende clarificar las aristas sociales e históricas que han dado surgimiento y que caracterizan al fenómeno delictivo de la trata de personas en la actualidad. Posteriormente, se efectúa un análisis político criminal y dogmático de las figuras contempladas en los artículos 367-B y 367-C del Código Penal. Por último, se efectúa un minucioso análisis hermenéutico con aquellas figuras del estatuto penal vigente, con las cuales la trata de personas puede presentar dificultades interpretativas para la resolución de casos concretos. Adicionalmente, el presente trabajo monográfico presenta sólidas y fundamentadas conclusiones y recomendaciones que han de ser tomadas en consideración por todos aquellos organismos dedicados al eficaz combate de una de las peores formas de la “*criminalidad del nuevo milenio*”.

El Consejo Nacional de la Judicatura mediante su Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo” y gracias a la cooperación de Save the Children en El Salvador, produce y publica esta útil y valiosa herramienta académica dirigida a la comunidad jurídica en general, pues responde a nuestra realidad nacional e incluye propuestas de solución a la problemática relacionada con la aplicación del delito de Trata de Personas.

CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

SAVE THE CHILDREN

INTRODUCCIÓN

Relacionando una información periodística, Berta (nombre ficticio) dejó El Salvador cuando contaba únicamente con trece años de edad. Dejando un marido que abusaba de ella, viajó a Guatemala buscando un mejor porvenir. Sin embargo, a su llegada, una persona claramente le presagió su futuro: “te han vendido a nosotros, así que tienes que hacer lo que queremos”. Es así que, durante los siguientes cuatro años, Berta fue obligada a prostituirse en un bar de la capital, hasta que una operación policial puso fin a su cautiverio¹.

Este relato, nos ubica ante uno de los fenómenos delictivos de mayor dinamismo en los tiempos modernos: *la trata de personas*; y que, junto al tráfico ilícito de drogas y armas, constituyen las fuentes de mayor control e ingreso de las organizaciones criminales, especialmente de carácter internacional².

De acuerdo a información emitida por la OIM, la trata de personas en sus diversas modalidades, mueve alrededor de 9,000 millones de dólares anuales en todo el mundo. Así también, la ONU estima que sólo en los últimos 25 años más de 27 millones de seres humanos han sido víctimas de explotación laboral, sexual y comercial en todo el mundo. Por último, la OIT advierte que en el periodo 2001 al 2006, fueron reclutadas 2.45 millones de personas para ser explotadas laboral y económicamente; de éste número, el 56 % estaría constituido por niñas y mujeres de diferentes edades.

Esta impronta, sucedánea moderna de las diferentes formas históricas de sujeción humana como la esclavitud y su posterior modalidad en trata de “blancas”³, comporta un amplio abanico de graves violaciones a los más fundamentales

¹ Confr. El Faro, nota periodística del 18.06.2007. [http: www.elfaro.net](http://www.elfaro.net). En el mismo reportaje se describen otros casos, como el acontecido en Estados Unidos con relación a los esposos Djoumessi quienes llevaron a su país a una niña camerunesa de 14 años, la cual mantuvieron en esclavitud por un lapso de cinco años, sometiéndola a todo tipo de abuso sexual, físico y psíquico. Ambos esposos, fueron condenados a 17 y 5 años de cárcel por un tribunal norteamericano.

² Según estimaciones, la ganancia que produce anualmente el negocio mundial de trata de personas ronda los 32 millones dólares, el tercer crimen más rentable luego del tráfico ilícito de drogas y armas. Al respecto, véase el trabajo de Juan ARTOLA, “*El caso de la trata de personas*”. Disponible en [http: www.oim.int](http://www.oim.int).

³ Resulta indiscutible la afirmación de que la trata de personas, constituye la “*nueva forma de esclavitud de nuestro tiempo*”. Por todos, MAQUEDA ABREU, “*Una nueva forma de esclavitud: el tráfico sexual de personas*”. En: A.A.V.V., “*Inmigración y Derecho penal: Bases para un debate*”, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2002, Pág. 271.

derechos humanos de quienes son sus víctimas (la dignidad, vida e integridad física, libertad, etc), focalizadas principalmente en mujeres, niños y niñas de las zonas geográficas más pobres del planeta. Por ello, su incriminación en todas las legislaciones de los países civilizados y su combate más allá de las fronteras nacionales está fuera de discusión⁴.

Tal es la gravedad del fenómeno, que el máximo órgano de representación mundial –la ONU– en el año 2000 formuló un Protocolo adicional a la Convención Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo), especialmente dedicado a prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, el cual se une a otra variedad de instrumentos internacionales relativos a la materia⁵.

En dicho Protocolo, se establece de manera clara que “Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito la Trata de Personas”.

Tal obligación internacional, produjo la reforma legislativa del 25 de noviembre de 2003, la cual incorporó al Código Penal vigente el delito de trata de personas, el cual quedó redactado de la siguiente manera:

Art. 367-B.- El que por sí o como miembro de una organización nacional o internacional con el propósito de obtener un beneficio económico reclute, transporte, traslade, acoja o recepte personas, dentro o fuera del territorio nacional, para ejecutar cualquier actividad de explotación sexual, mantenerlas en trabajos o servicios forzados, en prácticas análogas a la esclavitud, o para extracción de órganos, adopciones fraudulentas o celebración de matrimonios forzados, será sancionado con pena de cuatro a ocho años de prisión.

Cuando la víctima sea persona menor de dieciocho años o incapaz, la pena se aumentará hasta en una tercera parte del máximo señalado.

Todo aquel que facilitare, promoviere o favoreciere cualquiera de las actividades anteriores será sancionado con pena de tres a seis años de prisión.

Cuando las acciones descritas se realizaren en locales comerciales o de cualquier naturaleza que requiera permiso de autoridad competente, ésta deberá revocarlo procediendo al cierre inmediato del mismo.

⁴ Dentro de estas iniciativas, es importante destacar por ejemplo: la Acción Común tomada por el Consejo de la Unión Europea en 1996 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños. Así también como la siguiente Acción Común del 24 de febrero de 1997.

⁵ Tanto la Convención, como los Protocolos complementarios, fueron ratificados por el gobierno salvadoreño el 8 de marzo del año 2004. Tal decisión, fue publicada en el Diario Oficial N° 65, Tomo 363, del 02 de abril de 2004.

De forma posterior, y por medio del Decreto Legislativo N° 457 del 7 de octubre del 2004 fueron introducidas cuatro agravantes a la referida conducta delictiva, quedando la redacción de esta nueva disposición de la siguiente manera:

Art. 367-C. - El delito al que refiere el Art. 367-B del presente Código será sancionado con la pena máxima correspondiente aumentada hasta en una tercera parte del máximo e inhabilitación del ejercicio de su profesión durante el tiempo que dure la condena, en los siguientes casos:

- 1.- Si fuere realizado por funcionarios, empleados públicos y municipales, autoridad pública, agente de autoridad y los agentes de la Policía Nacional Civil.
- 2.- Cuando la víctima sea menor de dieciocho años de edad o incapaz.
- 3.- Si fuere realizado por personas prevaleciéndose de la superioridad originada por relaciones de confianza, doméstica, educativa, de trabajo o cualquier otra relación.
- 4.- Si como consecuencia de la comisión del delito anterior los sujetos pasivos sufren privaciones de libertad en el extranjero, fueren víctimas de delitos de cualquier orden o fallecieron por causas de naturaleza dolosa o culposa.

Al existir entonces, una tipificación del delito de trata de personas en la legislación penal salvadoreña, conviene efectuar un estudio detenido de la misma. El cual ha de empezar en primer lugar, por analizar la génesis criminológica del mismo; luego las diferentes respuestas político-criminales brindadas en el Derecho comparado, para finalizar con la solución normativa brindada por el legislador salvadoreño.

Esta es la esencia del presente trabajo monográfico, cuyo objetivo es brindar el marco técnico-jurídico que sirva como base para la interpretación y aplicación efectiva del delito regulado en el art. 367-B CP; aspirando además, que sea un instrumento de sensibilización sobre una problemática criminal que si bien es muy sofisticada, puede caracterizarse por sus claras connotaciones perversas; Y ello es así, porque axiomas indiscutibles de la sociedad moderna como el respeto sin reservas a los derechos humanos, el reconocimiento de la dignidad personal de cada habitante del mundo, y la sensibilidad moral de cada uno de nosotros, quedan tiradas por el suelo.

CAPÍTULO PRIMERO

EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS DESDE LA PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA Y DEL DERECHO INTERNACIONAL

1. El enfoque criminológico y victimológico de la trata de personas.

A. El desarrollo histórico-evolutivo.

Una de las primeras formulaciones lingüísticas destinadas a nombrar las prácticas que actualmente se engloban dentro de la acepción de trata de personas, es la de “*trata de blancas*”.

Este prístino término fue utilizado formalmente en la conferencia de París de 1902, la cual buscaba crear un instrumento internacional para la persecución del tráfico de esclavas blancas (*la traite des blanches*)⁶. Su elaboración, concluyó en el año 1910 con el “Convenio Internacional para la represión de la trata de blancas”.

En su artículo 1, el citado Convenio establecía que debía ser castigado “*cualquiera que, para satisfacer las pasiones de los demás, ha contratado, arrastrado o desviado, aún con su consentimiento, a una mujer o niña menores, con el fin del libertinaje, aún cuando los diversos actos, que son los elementos constitutivos de la infracción, hubieran sido realizados en países diferentes*”. Así mismo, se solicitaba sanción cuando se hubieran utilizado fraudes, violencias, amenazas, abusos de autoridad, o algún otro medio de sujeción para tales fines (art. 2).

Pese a este primer reconocimiento internacional del problema, la ambigüedad semántica del término “trata de blancas” –y aún sus deducibles connotaciones racistas– dio lugar a que los participantes de la Conferencia Internacional de 1921 recomendaran su abandono y posterior sustitución por el término de “*tráfico*”

⁶ Aunque en realidad, según se sostiene, con la promulgación de este instrumento se buscaba distinguir esta conducta del comercio de esclavos negros del siglo XIX.

de mujeres y niñas”, denominación adoptada con posterioridad y que siguió reconociendo a una modalidad delictiva relacionada esencialmente con el género femenino y la práctica de la prostitución⁷.

En efecto, el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena –adoptado por la ONU en 1949– establecía claramente, que los Estados partes firmantes se comprometían a castigar en sus leyes nacionales, a toda persona que para satisfacer las pasiones de otra: 1) concertare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona; 2) explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento del tal persona; 3) mantuviere una casa de prostitución, la administrare o a sabiendas la sostuviere o participare en su financiamiento; y 4) diere o tomare a sabiendas en arriendo un edificio u otro local, o cualquier parte de los mismos, para explotar la prostitución ajena.

De igual forma, exhortaba en la medida de lo posible, al castigo de las formas imperfectas de ejecución de tales hechos (actos preparatorios y tentativa), y a considerar como infracciones delictivas autónomas las diversas formas de participación.⁸

Por estas razones, la mayor parte de iniciativas legales nacionales que se tomaron en el transcurrir de la primera mitad del siglo XX, se encontraban relacionadas con la prohibición del establecimiento de casas o locales donde se ejerciera la prostitución o se incitara la misma, tratando con ello de suprimir el mercado de la trata⁹. Así por ejemplo, el español MANUEL DE COSSIO, afirmaba: *“si los traficantes no tuvieran casas en donde colocar las jóvenes a cambio de un precio estipulado, no hay duda que no buscaría jóvenes vírgenes para venderlas, porque es regla de derecho mercantil que, cuando no hay demanda, la oferta es pequeña o nula, y si un género no se vende en una país o región, es evidente que los comisionistas no se molestarían en ofrecerlo, porque el resultado que*

⁷ *Íbid.*

⁸ Al respecto, pueden verse los arts. 1, 2, 3 y 4 del Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 317 (IV) de 2 de diciembre de 1949, la cual entró en vigor el 25 de julio de 1951.

⁹ Un ejemplo lo constituye el art. 131 del Proyecto argentino de 1906, el cual bajo el título de Trata de blancas, reprimía con prisión de seis meses a cuatro años, al que por medio de fraude, o con ayuda de violencia, amenaza o abuso de autoridad, o cualesquiera otros medios de coerción, hubiese detenido, o facilitado o permitido la detención de una persona, aunque sea mayor, contra su voluntad, y aun por causa de deudas, en casa de prostitución, o la hubiere obligado a entregarse a la prostitución. Sobre lo anterior, FONTÁN BALESTRA, *“Tratado de Derecho penal”*, parte especial, Tomo V, Edit. Abeledo-Perrot, s/f, Pág. 149.

*obtuviesen sería negativo*¹⁰.

Si bien en los inicios del siglo XX, el problema terminológico pudo haber sido satisfactoriamente resuelto, el entendimiento de la trata como una forma irregular de comercio sexual, ensombreció su verdadero entendimiento como una forma más de esclavitud. En realidad, las connotaciones claramente moralistas del momento hicieron ver este fenómeno como “algo aparte” y sujeto a explicaciones diferentes de las que correspondían al fenómeno de la esclavitud; aún y cuando la trata de mujeres y niñas, pudiera quedar comprendida dentro del artículo 1 de la Convención dictada para tales efectos en 1926¹¹.

Sin embargo, esa aparente distinción entre esclavitud y prostitución forzada quedó definitivamente eliminada por medio de la Convención Suplementaria Sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956.

En este documento internacional, de forma muy distinta de su antecesor de 1926, se amplió el radio de acción de ésta y permitió englobar perfectamente, no sólo al tráfico de personas con finalidades eminentemente sexuales como una forma análoga a la esclavitud, sino que mencionó otras formas posibles que la *trata* puede tener, así:

- a) La servidumbre por deudas, o sea, el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios;
- b) La servidumbre de la gleba, o sea, la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición;
- c) Toda institución o práctica en virtud de la cual:
 - i. Una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida

¹⁰ DE COSSIO, “*La trata de blancas en España y la Vizcondesa de Jorbalán*”, libro citado por DE LEÓN VILLABA, *Tráfico e inmigración ilegal*, Op. Cit., Pág. 35.

¹¹ El artículo 1 de la Convención sobre la Esclavitud expresaba: 1) La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos. 2) La trata de esclavos comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos.

- o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas;
 - ii. El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen derecho a cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera;
 - iii. La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona;
- d) Toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven¹².

En este sentido, si bien el fenómeno de la trata de personas inicialmente llevó insito un claro destino, cual era el de abastecer regularmente las casas de tolerancia y satisfacer la demanda en el negocio más viejo del mundo; ésta no fue –ni es en la actualidad– más que una variante –quizás la más visible– de una práctica que fue ampliándose con los años, hasta expandirse en proporcionar mano de obra extranjera barata, brindar mujeres para matrimonios forzados, o contribuir a la explotación infantil sexual y laboral entre otros fines.

De forma un tanto distinta, la segunda mitad del siglo pasado (1950-2000) se caracterizó por una internacionalización más acentuada del fenómeno, que tuvo como base el incremento de los flujos migratorios acaecidos por la pobreza y los diversos conflictos armados que tuvieron lugar en diferentes partes del mundo (Asia, Latinoamérica, África). Pero también, por el cambio sumamente radical de la moral sexual a partir de la década de los 70, lo cual provocó sin lugar a dudas un incremento de la demanda no sólo relativa a la prostitución, sino también a actividades conexas a la misma como la pornografía y el exhibicionismo sexual.

Sobre este último punto, resalta MAQUEDA ABREU, que la estructura de la trata se volvió más compleja y selectiva, pues la explotación de la prostitución se distanció de los burdeles clásicos para vincularse a la industria del ocio, de lo visual, de la relajación y las diversiones, apareciendo una diversidad de nuevos circuitos de oferta (saunas, clubs, salones de masaje, hoteles, servicios de acompañantes, salones de té, bares, etc), y a ello hay que agregar también las “necesidades” más

¹² 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 del 30 de abril de 1956.

variadas y caprichosas que el cliente desea comprar¹³.

Detrás de tal escenario, no es posible encontrar ya la figura del típico *rufián* o la *madame* encargada del lupanar. Al contrario, aparecen redes criminales de carácter internacional que se encargan de crear y mantener circuitos de comerciales generalmente entre países en vías de desarrollo y los más industrializados¹⁴; diversificando de esa manera sus actividades comerciales y, ampliando sus tentáculos a toda aquella actividad que pudiera reportarles ganancias millonarias. Ello ha llevado a decir a un más prestigioso autor, que la “*criminalidad organizada es la criminalidad de la globalización*”¹⁵.

No obstante, lo más característico en esta segunda fase histórica, es la progresiva preocupación de los organismos internacionales ante los sectores que presentan una mayor vulnerabilidad con relación al tema: mujeres, niños y niñas, en particular, por el ascendente incremento mundial registrado con relación a la explotación infantil en ámbitos como el laboral y sexual, así como su reclutamiento con fines militares; ello dio lugar a diferentes pronunciamientos y programas de acción tanto de organismos mundiales como la ONU y sus diferentes organizaciones (OIT y OIM entre otros) así como de organismos de carácter regional (para nuestro caso, la OEA).

Es así que en 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño, en la cual los Estados firmantes

¹³ MAQUEDA ABREU, “*Una nueva forma de esclavitud*”, Op. Cit. Pág. 259. Esta autora sostiene, que en el actual comercio sexual internacional, se está en presencia de una clientela más dependiente de las modas, y que prefiere mujeres extranjeras, que aparte de ser más “baratas”, son muy “exóticas”. Por ello, afirma que nos encontramos en presencia de un exotismo que se relaciona con estereotipos sexistas-racistas más clásicos donde las mujeres asiáticas serían más dulces, las africanas “más salvajes” y las sudamericanas “libres y disponibles.”

¹⁴ Señala PALOMO DEL ARCO, que el “tráfico ilícito de personas en sus manifestaciones genéricas o con fines de explotación o incluso dentro del ámbito laboral, en sus concreciones más lesivas, pero también más frecuentes son llevadas a cabo por grupos criminales dotados de una estructura organizativa” (Véase su artículo: “*Criminalidad organizada e inmigración ilegal*”, en A.A.V.V., *La criminalidad organizada: aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, CGPJ, Madrid, 2001, Pág. 189-190). Por la importancia que el tema tiene en la trata de personas, vale la pena tratar estos grupos por separado. Sobre ello, supra, numero 2.3.

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, “*La expansión del Derecho penal, Madrid*”, 1999. Pág. 70. Por su parte PALIERO, a caracterizar a estas nuevas formas de delincuencia, asegura que actualmente “se asiste a la aparición de formas de agresión complejas cometidas por agrupaciones o pluralidad de individuos en detrimento de las simples e individuales. Cada vez con más frecuencia, en relación a los nuevos bienes jurídicos, el comportamiento ilícito es necesariamente complejo y requiere una organización con rigurosa división de tareas. Al respecto, véase su trabajo: “*Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Derecho italiano*”, Anuario de Derecho Penal 96, Lima, 1996, Pág. 49.

se comprometieron a la adopción de todas aquellas medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual¹⁶. Entre ellas:

- a) Luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.
- b) Protegerlo contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.
- c) Resguardarlo contra el uso ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, e impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícito de esas sustancias.
- d) Evitar que niños menores de 15 años de edad participen directamente en confrontaciones u hostilidades bélicas.
- e) Tomar todas las medidas que impidan toda forma de explotación y abuso sexual, entre ellas la actividad sexual ilegal, prostitución, espectáculos o materiales pornográficos.
- f) Impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.
- g) Tomar las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica, así como de reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación, abuso, tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, y aún de conflictos armados.

Estos mandatos estipulados en la Convención, fueron desarrollados en toda su amplitud por medio de un Protocolo Facultativo a la misma, relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, del 25 de mayo de 2000. La cual en su artículo 2, estableció las siguientes definiciones:

- a) Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud de la cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución;
- b) Por prostitución infantil se entiende la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución;
- c) Por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o a toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales.

¹⁶ Véase al respecto, el art. 19 de la Convención de los Derechos del Niño.

Dentro de las varias medidas que este protocolo estableció, los Estados suscriptores han de adoptar resguardos para que, como mínimo, los actos y actividades que se establecen en su artículo 3.1., queden íntegramente comprendidos dentro de su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente; estos son:

a) En relación con la venta de niños, en el sentido en que se define en el artículo 2:

i) Ofrecer, entregar o aceptar, por cualquier medio, un niño con fines de:

a. Explotación sexual del niño;

b. Transferencia con fines de lucro de órganos del niño;

c. Trabajo forzoso del niño;

ii) Inducir indebidamente, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción;

b) La oferta, posesión, adquisición o entrega de un niño con fines de prostitución, en el sentido en que se define en el artículo 2;

c) La producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil, en el sentido en que se define en el artículo 2.

2. Con sujeción a los preceptos de la legislación de los Estados Partes, estas disposiciones se aplicarán también en los casos de tentativa de cometer cualquiera de estos actos y de complicidad o participación en cualquiera de estos actos.

3. Todo Estado Parte castigará estos delitos con penas adecuadas a su gravedad.

4. Con sujeción a los preceptos de su legislación, los Estados Partes adoptarán, cuando procesa, disposiciones que permitan hacer efectiva la responsabilidad de personas jurídicas por los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo. Con sujeción a los principios jurídicos aplicables en el Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser penal, civil o administrativa.

5. Los Estados Partes adoptarán todas las disposiciones legales y administrativas pertinentes para que todas las personas que intervengan en la adopción de un niño actúen de conformidad con los Instrumentos jurídicos internacionales aplicables.

Dentro de esta línea, se destacan reconocidos aportes de organismos internacionales como la OIT, que se unen a ese esfuerzo normativo y de erogación de recursos para erradicar la trata de niñas, niños y adolescentes, así como sus diversas formas de explotación. Por ello, dicta el Convenio 182 relativo a las peores formas de trabajo infantil, así como la Recomendación 190 que la complementa. –ambos de 1999–.

La importancia de la Convención 182 resulta totalmente indiscutible, pues en la misma, se condensan y se fijan con mucha claridad algunas de las formas más graves de abusos que pueden cometerse contra la niñez y adolescencia que aparecían dispersas en todos los anteriores instrumentos internacionales citados,

desde esa óptica, pueden considerarse entonces, entre las peores formas de trabajo infantil:

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

A nivel regional, en la ciudad de México el 18 de marzo de 1994, los miembros de la OEA suscriben la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, por medio de la cual se comprometen a adoptar medidas eficaces, conforme su derecho interno, para prevenir y sancionar severamente el tráfico internacional de menores definido como “la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor con propósitos o medios ilícitos”¹⁷.

Con relación al reconocimiento y protección de los Derechos Humanos de la mujer, se dicta la Declaración Sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer de 1967, que en su artículo 8 expresa: **“Deberán adoptarse todas las medidas apropiadas, inclusive medidas legislativas, para combatir todas las formas de trata de mujeres y de explotación de la prostitución de mujeres”**.

Tal reconocimiento normativo, se complementa particularmente con la Declaración Sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer (1993), y en el ámbito regional con la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer de 1995 –conocida comúnmente como “*Convención de Belém Do Pará*”–. En esta última, se define la violencia contra la mujer como **“cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”**. Y particularmente, entiende como tales: los actos de violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada y secuestro entre otros.

Entre esa intrincada red de nuevas formas de criminalidad convergentes en la

¹⁷ Al respecto, véase el artículo 2 de la referida Convención.

explotación inmisericorde de otros miembros de la raza humana, y un preocupante interés internacional por combatirlos sin fronteras, podríamos ubicar un tercer periodo histórico –1990 en adelante– caracterizable por la incesante evolución del mencionado *topoi* criminológico.

Las transformaciones tecnológicas, comunicacionales y económicas acaecidas a finales de los años 90 hasta la presente década, han sido utilizadas como una sólida plataforma por los grupos delictivos de carácter transnacional para desarrollar el mercado de la trata a niveles espectaculares, como ha acontecido con la pornografía en Internet, especialmente de mujeres e infantes.

Ello ha creado un mercado global de usuarios que diariamente demandan nuevos y mejores servicios, y los cuales pagan cantidades de dinero nada despreciables por el entretenimiento *on-line* que brindan estas organizaciones mafiosas a costa de las víctimas. A ello podemos agregar, la proliferación de grupos de pedófilos que operan por medio de complejas redes en diversos países, con el fin de adquirir cualquier tipo de material relacionado con la sexualidad infantil, e incluso captar potenciales víctimas para sus designios¹⁸.

En pocas palabras, la exasperación de una morbosidad ilimitada e incontrolable dentro de la carretera de la información, ha contribuido a acrecentar la demanda de nuevas y mejores formas de satisfacción sexual, caracterizables no ya por el contacto físico y el pago personal del servicio, sino por el ingreso del número de una tarjeta de crédito a una página web, la cual le permite al comprador acceder a videos, fotos, formatos de audio, y otros elementos de clara connotación erótica.

Otro elemento que requiere particular análisis para entender las dimensiones macro de la trata, es la creciente industria de la migración ilegal. La particular brecha que separa a los países con un alto nivel de desarrollo de los que no lo están, proporciona un enorme caldo de cultivo para que la inmigración ilegal se vuelva un negocio rentable.

En efecto, la aspiración por lograr un mejor nivel de vida y la atrayente imagen de prosperidad de los países “centrales” como tierras de oportunidades,

¹⁸ Sin duda, las posibilidades que el internet abre para los tratantes son infinitas, como acontece con los servicios de búsqueda de parejas –cybernovios– o los sitios de conversación pública conocidos como “Chats”, en donde los tratantes reclutan por medio del engaño a sus víctimas para luego transportarlas fuera de sus países de origen.

logran acrecentar el flujo migratorio; y éste, en esencia, tiene como base el pago de una cantidad considerable de dinero a un “guía”, quien por medio de un sinnúmero de contactos y de su conocimiento de las rutas más “seguras” le permitirán a cualquier persona acceder sin problema alguno al destino proyectado.

Hasta aquí, nos encontraríamos ante un claro hecho de tráfico de migrantes, fácilmente distinguible de la trata. Sin embargo, cuando en ocasiones el “coyote” o “pollero” no recibe su pago en el país de llegada, puede obligar coactivamente al migrante a trabajar bajo condiciones de servidumbre y explotación hasta que pueda sufragar todos los que conllevó su transportación, sumas en todo caso cuantiosas; o también tiene la opción de “venderlo”, percibiendo con ello dos o tres veces más de lo invertido en su transportación¹⁹.

En forma conclusiva, podemos afirmar que en la actualidad el fenómeno de la trata se encuentra inescindiblemente relacionado con el tráfico ilegal de migrantes, llevando en algunos casos a confundir tales fenómenos, aún y cuando sus aristas sean muy diferentes.

El tráfico ilegal de personas –o más bien de migrantes que es el término más adecuado– ha dado lugar a un nuevo pronunciamiento internacional. En efecto, juntamente con el documento relativo a la trata de personas y el cual es complementario a la Convención de Palermo, se dictó el denominado “Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire”, el cual define el tráfico ilícito como “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”. Igualmente, se ha definido como “entrada ilegal” el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor. Ahora bien, tanto el tráfico ilícito como cualquier cooperación que posibilite esa “entrada ilegal”; la creación, el suministro o la posesión de documentos de identidad falsos; la estancia ilegal sin cumplir los requisitos exigidos para la residencia, son conductas que los Estados suscriptores deberán tipificar en su derecho interno, así como todos los actos ejecutivos (tentativa), dirección y complicidad en los mismos²⁰.

¹⁹ De acuerdo con Brian Duggan, Director de Asuntos Internacionales de Narcóticos y Aplicación de la Ley de la Embajada de Estados Unidos en El Salvador, el “coyote” tiene un negocio y no un servicio público, pues el “traslado de un niño de El Salvador a Estados Unidos puede costar unos cinco mil dólares. Venderlo a una red de pornografía y prostitución en México o Estados Unidos podría costar dos o tres veces más”. Al respecto, ver la información periodística citada en la nota 1.

²⁰ Sobre su relación con el delito de trata de personas, puede verse el capítulo III.

B. Caracterización criminológica y victimológica.

Inicialmente –y sólo con un sentido propedéutico– podríamos definir la trata de personas como un *proceso delictivo* que inicia con la captación o el reclutamiento de personas por medio de la fuerza –física o síquica–, engaño o abuso de poder, para someterla a un proceso de explotación el cual puede ser sexual, laboral, de servidumbre o de otra naturaleza. Todo ese *iter*, se caracteriza por conllevar regularmente el sometimiento de las víctimas a un régimen de restricción en su libertad ambulatoria, así como de exposición a una serie de vejámenes y atropellos a su integridad física y moral por parte del o los tratantes.

De ahí que, el **reclutamiento**, el **traslado**, la **recepción**, la **explotación** y el **sometimiento en todo ese iter a una variedad de tratos de carácter vejatorios**, sean las cinco características básicas de esta forma de criminalidad.

Como se advierte, es todo un proceso delictivo, que se sub-divide en una variedad de fases que inician con la captación de la víctima; su desplazamiento hacia otra zona del país o al exterior de su nación; su recepción, y la posterior colocación en el mercado “laboral” que designen los organizadores del proyecto criminal, el cual puede ubicarse en el mismo país (*trata interna*) o en otras naciones (*trata externa*), distinguiéndose en este último caso entre países de origen, tránsito y destino.

Al tratarse entonces de una tipología criminal bastante compleja, y que puede enlistarse dentro de las nuevas formas delincuenciales de la era globalizada, no resulta posible *a priori* delimitar de forma tajante sus contornos como otras formas clásicas de criminalidad clásica como el hurto, el homicidio o las lesiones. Sin embargo, hay aspectos comunes por los cuales empezar un análisis de tipo propedéutico, y estos son en primer lugar, la finalidad de enriquecimiento económico o de algún tipo de provecho que persiguen los intervinientes a costa de la víctima; y en segundo lugar, la realización organizada del mismo en la mayor parte de casos.

Partiendo de lo expuesto anteriormente, podemos aunar todavía más en este intento de delimitación criminológica, considerando sus aspectos más pronunciados: **los autores**, las **víctimas**, el **proceso delictivo**, y las **modalidades de explotación que se persiguen**.

a) Las personas que regular u ocasionalmente intervienen en el ámbito del presente delito, se les denomina *tratantes*. En algunas ocasiones, puede ser uno o dos como en algunos casos de mendicidad de menores, servidumbre doméstica forzosa, y aún en los matrimonios forzados²¹ (*tratante individual o individuales*).

Sin embargo, regularmente el delito es cometido por medio de organizaciones criminales muy bien estructuradas (*tratante organizado*), donde cada miembro cumple un sinnúmero de funciones que van desde la selección de las posibles víctimas, su reclutamiento, la organización del traslado, el acogimiento o recepción, así como su vigilancia y control. Aunado a lo anterior, estos agentes de la agrupación pueden encontrarse en diferentes países, a la vez y ser, de nacionalidades distintas.

Por ejemplo, existen innumerables casos que demuestran un repetido *modus operandi*, en el cual existen al menos dos o más reclutadores –comúnmente de sexo femenino– quienes por medio de agencias de colocación laboral –negocios de fachada– listan a las víctimas con promesas de oportunidades laborales fuera del país. Además de ellas, existen otras personas encargadas de tramitar la documentación de salida así como de otro tipos de actividades (por ejemplo: sesiones fotográficas), y otras que se encargan de la custodia de un aeropuerto a otro o de frontera a frontera. Por último, se encuentran quienes reciben y ponen a “trabajar” a las víctimas bajo su supervisión (llamados en Suramérica como “manillas”)²². Igualmente, tales grupos de tratantes, pueden vender su “mercancía” a otras redes criminales con los que se encuentran estrechamente vinculados²³.

Por otra parte, en algunos casos, pueden aparecer como tratantes los mismos familiares, vecinos o amigos de las víctimas, quienes inicialmente le convencen sobre las ventajas de emigrar fuera del país, entablar una relación amorosa o ser

²¹ El caso de los esposos Djoumessi –citados en la nota 1– es una buena muestra de ello.

²² Esto lo demuestra fehacientemente el suceso comentado por ULLOA DÍAZ/ULLOA GAVILANO en su trabajo sobre el “*El delito de trata de personas en el Código penal peruano*” al relatar que en Lima dos individuos de nacionalidad peruana se encargaban de falsificar los documentos y enseñarle a las víctimas lo básico del idioma italiano, luego eran trasladadas a la ciudad de Caracas quedando a cargo de un Venezolano quien las conducía vía aérea a Milán (Italia). A su llegada, las aguardaba un grupo de individuos de nacionalidad italiana quienes eran los encargados de “supervisar” el trabajo que las víctimas iban a realizar. De acuerdo con la investigación efectuada por uno de los autores del artículo, los peruanos que han caído en tales redes deben trabajar un año para la organización y otorgarles más del 70% de su remuneración mensual a sus captores. Pasado ese tiempo, el futuro de ellos resultaba incierto. Al respecto, ver el artículo citado, en: www.pensamientopenal.com.ar

²³ En Colombia se suscitó un caso paradigmático en el año 2003, donde la Policía desarticuló una red de tratantes que vendía mujeres a la mafia japonesa Yacuzá; y de forma posterior, esta organización las explotaba sexualmente.

adoptado por otra familia en el exterior entre otras cosas, y adicionalmente, pueden mostrarse solícitos a brindar todo tipo de ayuda (económica, laboral, contactos, etc.)²⁴. De forma un tanto distinta, podemos encontrarnos en supuestos donde las mismas víctimas del proceso de explotación, recluten a otras, práctica que ha sido denominada el fenómeno de la “segunda ola”.

b) Con relación a las víctimas, estas provienen en su mayor parte de lugares con altos índices de pobreza y desocupación laboral, así como de sufrimiento derivado de maltrato familiar, pero que se identifican anímicamente por albergar claras aspiraciones de alcanzar una mejor condición de vida para sí y su familia.

En cuanto a sus características sociales, se trata en su mayor parte de infantes, adolescentes y jóvenes adultos, los cuales poseen un enorme caudal de fuerza laboral en comparación con personas de mayor edad. Así, por ejemplo, en el ámbito de la trata femenina con fines de explotación sexual, según investigaciones policiales comparadas, la edad promedio de las víctimas ronda los veintitrés años de edad, encontrándose como edad mínima los once y la máxima de cuarenta y uno²⁵.

Por regla general, estos grupos resultan introducidos al mundo de la trata por medio de engaño o coacción derivable de personas cercanas a su entorno, quienes se aprovechan de su ignorancia o debilidad para someterlas.

En este punto, la Organización Internacional de Migraciones (OIM) ha establecido los siguientes factores de propensión victimológica con relación a la trata ²⁶:

1. Factores económicos.

- i) Falta de empleo y de alternativas laborales.
- ii) Pobreza.

2. Factores sociales.

- i) Madre soltera.
- ii) Mujeres cabezas de hogar.

²⁴ En algunas ocasiones, los padres puede recibir una compensación económica por entregar a un hijo o hija para trabajar en otro país.

²⁵ Al respecto, véase los datos recogidos en la publicación efectuada por la OIM “Dimensiones de la trata de personas en Colombia”, Bogotá, 2006, Págs. 36 a la 47.

²⁶ *Íbid.*

- iii) Violencia intrafamiliar.*
- iv) Violencia socio-política.*
- v) Desastres naturales.*

3. Factores culturales.

- i) Bajo nivel educativo.*
- ii) Prevalencia de objetivos económicos.*
- iii) Valores sociales.*
- iv) Desconocimiento de los reales alcances de la trata.*

4. Factores psicológicos.

- i) Baja autoestima.*
- ii) Antecedentes de maltratos.*
- iii) Antecedentes de abuso sexual.*
- iv) Antecedentes de prostitución.*
- v) Antecedentes delincuenciales.*

Podemos añadir además, que las víctimas de trata de personas suelen ser fácilmente identificables, y ello en razón de que:

1. Muestran desconocimiento del idioma o su acento vocal es totalmente distinto al del lugar donde se encuentran como sucede en los casos de trata externa.

2. Portan documentos falsificados, y en algunos casos ni siquiera tienen documento de identificación alguno. Y,

3. Presentan problemas de vergüenza y baja autoestima, prefiriendo por ello el anonimato. Esto les impide denunciar los hechos vejatorios a los cuales resultan sometidas, ya que advierten de que si lo hacen, serán inevitablemente deportadas y/o sus grupos familiares puestos en peligro en sus lugares de origen.

c) El proceso de la trata puede ser diverso. El más simple conlleva la captación de la víctima y su desplazamiento hacia otro lugar distinto al de su origen para su explotación. No obstante, pueden existir modalidades más sofisticadas y que lo vuelven asimilables a un negocio mercantil internacional, en donde es posible encontrar una demanda proveniente de diferentes lugares del globo terráqueo, cuya satisfacción requiere el esfuerzo de todo un circuito criminal, y donde es posible distinguir nítidamente sus fases. Así:

1. El reclutamiento. Esta fase tiene mucho que ver con los medios que se utilizan para la captación de personas para la trata. Al efecto si se utiliza la violencia física podemos encontrarnos ante supuestos de raptó. Si es el engaño o el fraude, las tácticas pueden ser múltiples: amistades, agencias de empleos –legales e ilegales –, estudios de modelaje, intercambios culturales, oportunidades laborales o educativas en otros países, contactos por el internet, etc. Si es el abuso de poder o la situación de vulnerabilidad de la víctima nos encontraremos ante su cesión voluntaria por quien se encuentra en una posición de prevalencia sobre ella (padres u otros parientes, tutores, etc.).

2. El traslado. Este puede implicar el cruce de fronteras o únicamente desplazarla a un lugar distinto del mismo país como lo es una zona turística o fronteriza²⁷. En el primer supuesto, es posible encontrar diferentes rutas de tránsito aéreo, terrestre y marítimo en algunos casos de carácter clandestino. Dentro de esta perspectiva, la apertura de fronteras y minimización de los requisitos de ingreso a naciones en proceso de integración regional son herramientas muy utilizadas por las bandas de tratantes (por ejemplo, el Convenio Centroamericano CA-4²⁸).

En muchos casos, lo que define realmente la forma en que se efectuará el traslado es la ubicación del país de destino. Así por ejemplo, si es Estados Unidos o Canadá preferiblemente se utilizarán las vías terrestres por parte de los tratantes de origen centroamericano, y ello conllevará la utilización del transporte colectivo público o interdepartamental, taxis, camionetas, furgones, etc. Empero, si el destino se ubica en los países miembros de la comunidad europea, Israel, Japón o Korea, y la red criminal tiene su centro de reclutamiento en Suramérica, el medio será principalmente aéreo. Aún en otros casos, puede acontecer el uso por vía marítima de barcos y lanchas rápidas, cargados de personas (formas que utilizan mafias asiáticas). De todas maneras, y como toda buena empresa criminal, lo verdaderamente relevante con relación al desplazamiento internacional es que se realice con alta seguridad y con los menores costes posibles.

²⁷ En el informe del Departamento de Estado de los Estados Unidos del 5 de junio de 2002, se afirmaba que la mayoría de niños, niñas y mujeres que son explotados sexualmente en dicho país como en Canadá, provienen en gran número de Centro América, así como de Brasil y Europa del Este; existiendo al menos de 16 a 20 mil niños de nacionalidad mejicana y centroamericana que son víctimas de explotación sexual comercial en la zona fronteriza entre E.E.U.U. y Méjico.

²⁸ De acuerdo con datos suministrados por autoridades nicaragüenses, al menos se han detectado 300 sitios con rutas externas e internas donde se trasladan las víctimas de la trata. Algunas de estas vías se encuentran cerca de ciudades o próximas a carreteras, puertos y aeropuertos, lo cual les permite una alta movilidad a los tratantes. Además de ello, factores como el CA-4, les facilitan aún más su paso transfronterizo hacia Norteamérica.

3. La recepción. Esta implica tanto el acogimiento en el lugar de llegada como la selección del lugar donde la víctima “brindará sus servicios”. Esta fase puede quedar a cargo de un connacional de la víctima o de un natural del país de destino. Lo característico de esta etapa, es que regularmente supone una privación de la libertad ambulatoria de la víctima, la cual queda a cargo de los receptores hasta que inicia el proceso de explotación.

4. La explotación. Como culminación de todo el proceso, implica el sometimiento de la persona a los fines que el tratante ha planeado con anterioridad; y el uso por parte de este, de toda clase de prácticas vejatorias como los malos tratos, castigos corporales, encierros, violaciones sexuales reiteradas, torturas, amenazas y otras formas de afectación psico-física que pueden llegar incluso a la mutilación, abortos forzados y la muerte de la víctima. Mención aparte merecen las diferentes modalidades que este último eslabón del circuito puede tener.

d) El proceso delictivo tiene un fin, y es el aprovecharse de forma inmisericorde de la víctima de la trata para conseguir en la mayor parte de veces una ventaja o provecho de contenido económico, aunque no siempre ello sea lo primordial como puede acontecer en algunas variantes aisladas de trata individual (servidumbre doméstica derivada de un matrimonio forzado o adopción fraudulenta por ejemplo).

Ahora bien, de acuerdo a los fines que se persiguen, es posible identificar las diferentes modalidades que la trata puede perseguir, encontrándose dentro de las más comunes: *a)* la explotación sexual comercial; *b)* la explotación laboral; *c)* la servidumbre doméstica; *d)* el suministro de combatientes para conflictos bélicos; *e)* ejercicio de la mendicidad –focalizada principalmente en la niñez– ; y, *f)* la extracción de órganos. Prácticas rayanas a las diferentes formas de esclavitud que la humanidad ha conocido.

Conviene referirse a cada una de ellas de forma detenida:

1. Explotación sexual comercial. Ha sido desde sus orígenes, el principal *leiv motiv* de todo el fenómeno criminológico de la trata. Y consiste en el involucramiento principalmente de mujeres, niños y niñas en actividades sexuales remuneradas²⁹. Dentro de ellas se encuentran:

²⁹ Sobre lo anterior, puede verse el “Documento de información básica sobre explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes”, elaborado por la OIT/IPEC, San José, Mayo, 2005.

- a. *las relaciones sexuales remuneradas y prácticas afines como el exhibicionismo*. En los cuales se encuentra la prostitución entre adultos y la explotación sexual comercial de menores de edad, a fin de satisfacer los intereses o deseos sexuales de quien demanda tales servicios³⁰. Igualmente se comprenden otras actividades de análoga naturaleza como el exhibicionismo erótico propio de los espectáculos de clubes nocturnos, bares, etc.

- b. *el turismo sexual*. Este no es más que el motor de la explotación sexual comercial, y se constituye en su variante más reconocida en la actualidad, cuya única diferencia reside en que las víctimas –con claro énfasis en niños, niñas y adolescentes³¹– son abusadas sexualmente por extranjeros que visitan el país en calidad de viajeros o turistas. Estos son atraídos por medio de “paquetes vacacionales” que tienen como menú las más diferentes formas de contacto sexual a un costo menor del que probablemente pagarían en su país, y con la suficiente reserva e impunidad que el hecho merece. Para los nacionales, conlleva la promoción de una zona o el país como un destino adecuado para estas prácticas, lo cual les reporta –cuando el negocio está plenamente consolidado– cuantiosas ganancias.

Dentro de las zonas más proclives para el turismo sexual, se encuentran las playas u otras zonas tropicales adyacentes; igualmente, es posible detectar que participan de forma coordinada en el “negocio”: hoteles, taxis, clubs, agencias de viaje, etc. De acuerdo con datos de la OIM, cada año se producen más de 600 millones de viajes turísticos internacionales; de ellos, un 20% de los viajeros buscan sexo en sus desplazamientos, confesando un 3% tendencias pedófilas. En conclusiones

³⁰ Por prostitución, la doctrina regularmente ha entendido como la entrega sexual de una persona a otra, realizada de forma habitual e indiscriminada a cambio de un precio o cosa que lo represente, siendo indiferente la naturaleza y entidad de los actos sexuales practicados, así como si es hombre o mujer quien presta sus servicios (CARMONA SALGADO, en COBO DEL ROSAL, *Comentarios de Derecho penal español, Parte Especial*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2000, Pág. 242 y ss). Ahora bien, tal término debe cambiar sus connotaciones al referirse a las niñas, niños y adolescentes que son utilizados para tales actividades, pues como señalan CRUZ/MONGE, recurrir al término de prostitución en estos casos puede asociarse con la permisividad y tolerancia que el término “prostitución” tiene entre adultos, lo cual presenta inconvenientes para combatir ideológicamente a la explotación sexual comercial. Al respecto, puede verse su trabajo: *“Explotación sexual comercial. Contenidos penales mínimos según las normas internacionales que deben tener los códigos o leyes penales en materia de penalización de la explotación sexual comercial de personas menores de edad. Documento de trabajo con recomendaciones para los países de Centroamérica, Panamá y República Dominicana”*. San José, 2004.

³¹ Según datos de la Coalición contra el Tráfico de Mujeres y niños en Méjico, en la década de los 90 un millón de menores fueron introducidos en la industria sexual.

de la OIM, más de tres millones de personas viajan por el mundo buscando niños para tales prácticas³². Se ha comprobado que la mayoría de los turistas sexuales de Latinoamérica proceden de Norteamérica y Europa Central ³³.

c. La pornografía. Esta variante de explotación sexual comercial, se enfoca en la elaboración y distribución de material literario o gráfico “que pretenda reproducir vivencias reales en los sujetos que tengan acceso a la misma³⁴. En tales, coordenadas se inserta la definición brindada por el 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: “aquella representación por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”³⁵. Es una industria ilícita que año con año va en ascenso, y que se ha valido del desarrollo tecnológico de los medios audiovisuales para su progresivo desarrollo, requiriendo al mismo tiempo, la existencia de un ejército de personas que de forma voluntaria o involuntaria participen como actores de los mismos.

2. Explotación laboral. Esta radica generalmente en la utilización de mano de obra para trabajos físicos en el mercado formal de trabajo, como en el informal (trabajos en fábricas, construcciones, cultivos minas u otras actividades productivas). Aquí podrían quedar comprendidas –en el caso de los infantes– algunas de las peores formas de trabajo infantil que contempla el Convenio 182 de la OIT del 17 de junio de 1999, como la servidumbre por deudas, el trabajo forzoso y obligatorio u otras actividades que puede dañar la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

³² Véase al respecto: OMT, “*La incidencia de la explotación sexual de los niños en el turismo*”, 2001.

³³ En términos generales, dentro de los condicionantes básicos que permiten el establecimiento del turismo sexual como una actividad importante se encuentran la pobreza, la tolerancia social y la impunidad. La pobreza en la medida en que las víctimas forman parte de los sectores rurales más pobres, no teniendo otro camino para subsistir más que dedicarse a esta nefasta actividad. Por otra parte, factores como la tolerancia social hacia estas prácticas –e incluso su reconocimiento como una “práctica benefactora”– y la inacción que los sectores de justicia penal pueden dispensar, terminan por cerrar el círculo perfecto de impunidad que rodea estos hechos.

³⁴ RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, “*Derecho penal español*”, Edit. Dykynson, Madrid, 1995, Pág. 205.

³⁵ Al respecto, véanse las definiciones que establece el art. 1 del Protocolo Facultativo Sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía.

3. Servidumbre doméstica. Se entiende por servidumbre aquella condición de la persona, por la costumbre o por acuerdo, a vivir y trabajar sobre una tierra que pertenece a otros y a prestar a ésta ciertos servicios sin libertad. En estos casos, la trata se vincula a la captación forzosa de una persona para su explotación en trabajos domésticos, y para ello –aunque no necesariamente– pueden establecerse relaciones matrimoniales o filiales fraudulentas. En realidad, no se constituye más que una variante de los trabajos o servicios forzados.

4. Ejercicio de la mendicidad. Por mendicidad, podemos entender la dedicación que tiene una persona a la recaudación económica mediante la solicitud de dadivosidad ajena³⁶. Regularmente, la trata en este tipo de casos supone el desplazamiento de personas, en su mayoría niños, niñas y ancianos a centros urbanos a fin de utilizarlos para obtener un lucro económico por parte de quien los controla.

5. Suministro de combatientes para conflictos bélicos. Esta modalidad de la trata, se vincula con el reclutamiento de niñas, niños y adolescentes para que formen parte de grupos beligerantes armados. Muchos de ellos, reclutados con base a intimidaciones o ejercicio de la fuerza física³⁷.

6. Extracción de órganos. De acuerdo con BRUCET ANAYA, la preferencia por robar órganos proviene de la creciente demanda en un mercado escaso, y que por ende, carece de donantes³⁸. En efecto, en este rubro debemos comprender los supuestos de comercialización de personas para extraer de ellas determinado órgano u órganos, así como células sexuales femeninas.

Estos supuestos, deben distinguirse de los que corresponden al tráfico de órganos, donde lo característico es la comercialización del miembro orgánico ya extraído, aunque ambas fases pueden coincidir en determinados supuestos. Al respecto, conviene citar lo advertido por el eurodiputado socialista León

³⁶ Confr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, parte especial*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 1999, Pág. 306.

³⁷ Conviene citar en este punto el caso de Colombia, de acuerdo con los datos emitidos por la Defensoría del Pueblo, se registran al menos 6.000 niños vinculados con grupos armados que operan en ese país. Sin embargo, Human Rights Watch en el 2003, señalaba que la cifra oscilaba en los 11.000.

³⁸ BRUCET ANAYA, *“El Crimen Organizado”*, Edit. Porrúa, Méjico, 2001. Pág. 687. Según este autor mejicano, los transplantes más solicitados suelen ser los de riñón y de córnea, y entre los más difíciles, los de médula ósea, existiendo al menos en los centros hospitalarios gubernamentales mejicanos más de 2,500 pacientes en la lista de espera de un riñón y 5000 a una córnea. Ahora bien, el referirse al tráfico de órganos y tejidos, no puede olvidarse que ello “toda una organización bien estructurada con capacidad de mantener una tecnología médica de punta y contar con el personal médico adecuadamente capacitado para realizar dichas operaciones”.

Schwartzenberg, en su informe ante la Comisión de Medio Ambiente, Salud Pública y Protección al Consumidor del Parlamento Europeo del 16 de octubre de 1991: “...El tráfico ilegal de órganos existe, lo mismo que el tráfico de drogas, y con frecuencia está organizado por las mismas personas. Este tráfico es tanto más monstruoso puesto que se basa en la condena a muerte de personas vivas para extraer de ellas los órganos que se venden con beneficio”³⁹.

C. El rol protagónico de las organizaciones criminales.

Es imprescindible estudiar la relación que existe entre la trata de personas y las organizaciones criminales, sean estas nacionales o transnacionales. En efecto, como se ha visto en líneas atrás, actualmente la trata de personas se desarrolla primordialmente por medio de circuitos criminales perfectamente organizados y armados, los cuales tienen una alta capacidad intimidante no sólo con relación a las víctimas, su grupo familiar o vecinal; sino también ante los organismos de persecución penal. Según la ONU, estos grupos reciben millonarias ganancias derivadas de la trata y que según cálculos probables oscilan entre los 7.000 y 10.000 millones de dólares anuales⁴⁰.

Siguiendo una perspectiva eminentemente criminológica y descriptiva⁴¹, la

³⁹ Al respecto, puede consultarse el artículo de Carlos Machado: “*Un negocio aterrador: el tráfico de órganos*”, en www.avizora.com/atajo. El mismo autor destaca el caso acontecido en una colonia sanitaria denominada Montes de la Oca, de la cual desaparecieron 315 internos, y a la que no tuvo acceso la prensa en la fecha de los hechos. Destaca el periodista Machado, que únicamente pudo ingresar el diputado Héctor Polino, quien comprobó que la Colonia está asentada sobre 640 hectáreas propias de las cuales 180 están conformadas por un bosque impenetrable, donde se han hallado restos óseos humanos. A Polino se le dijo que los pacientes salen libremente a caminar y que muchos de ellos se fugan. Sólo que los supuestos “fugados” en lugar de aparecer en las casas de sus familiares o al menos en la calle, no vuelven a aparecer jamás. De acuerdo con la nota periodística, se encontraron en el lugar, cinco cadáveres en el predio de la Colonia y las causas de esos decesos sigue siendo investigada hasta el momento. Ha sido tanto el impacto social de este hecho en la nación argentina, que motivó un proyecto de resolución en la Cámara de Diputados, dirigiéndose al Poder Ejecutivo Nacional, para que a través del organismo que corresponda informe sobre las irregularidades cometidas en dicha Colonia entre enero y abril del 2005.

⁴⁰ De acuerdo con datos de la revista de la Policía Nacional Colombiana “Criminalidad”. Véase al respecto, la edición N° 43 del año 2000 de la mencionada Revista.

⁴¹ Otro análisis de las distintas organizaciones criminales es el que realiza: HERRERO HERRERO, quien distingue los siguientes grupos: a) *Organizaciones criminales de naturaleza mafiosa*, situando dentro de este grupo a las mafias italianas, las triadas chinas y los Boryokudan japoneses. Dentro de las mafias italianas, la camorra, la Ndragenta y la mafia siciliana, en particular, la Cosa Nostra; b) *Organizaciones criminales flexiblemente mafiosas*, como los Cárteles colombianos; c) *Organizaciones criminales funcionalmente mafiosas*, situando en este grupo, por ejemplo, al GRAPO español, o el Ejército Rojo alemán; d) *organizaciones criminales ambiguamente constituidas*, que fundamentalmente persiguen fines económicos. Al respecto, puede verse su *Criminología*, Parte General y Especial, Madrid, Edit. Dykinson, Madrid, 1997, Pág. 484 y ss.

delincuencia organizada actual presenta al menos las siguientes características⁴²:

- a. una mayor profesionalización, donde sin renunciar a métodos violentos, predomina la actividad metodológica,
- b. cambios estructurales y diversificación de estrategias, con dedicación a diferentes tráfico ilegales (en especial drogas, personas, armas) e incluso actividades productivas legales, instrumentalizadas, aunque no siempre a blanquear sus ilícitas ganancias⁴³,
- c. flexibilidad en sus estructuras, al abrirse la hermética integración clásica a la incorporación de colectivos tan genéricos como los de tipo étnico o geográfico,
- d. frecuentes alianzas entre estos grupos, fundamentalmente de tipo comercial donde intercambian y optimizan recursos,
- e. una rápida capacidad de reconstrucción cuando son parcialmente desarticuladas,
- f. una gran capacidad de adaptación para aprovechar las debilidades técnicas de los sistemas legales, judiciales y policiales; y también personales (fenómeno de la corrupción), y
- g. la notoria transnacionalidad de sus actividades.

Un primer intento de realizar una definición normativa en el Derecho

⁴² Se toman las características expuestas del excelente trabajo de Andrés PALOMO DEL ARCO, “*Criminalidad organizada y la inmigración ilegal*”, citado, Pág. 193 y 194.

⁴³ La diversificación o el abandono de algunas actividades criminales por otras, es una característica fundamental del crimen como “negocio organizado”. Con relación a ello, basta escuchar a Carlos Castresana Fernández –representante de la Oficina de la ONU contra la Droga y el Delito– cuando en una conferencia en el Congreso Internacional de Seguridad, Narcotráfico y Delincuencia Organizada celebrado en Monterrey –Méjico– aseguró: que las organizaciones criminales que operan del sur al norte de América están dejando de lado el negocio de la droga, para dedicarse al tráfico de personas, el cual les reporta ganancias por 32.000 millones de dólares anuales. Así mismo, aseguro que los medios de transporte, los automóviles o aeronaves que antes eran utilizados para el tráfico de drogas, ahora se utilizan para traficar con personas “ya que ese es el negocio del futuro”. De acuerdo con este funcionario, la Agencia Central de Inteligencia de E.E.U.U. (CIA) ha calculado que 50.000 mujeres y niños fueron introducidos ilegalmente a Estados Unidos desde la frontera con Méjico. Al respecto, puede verse la nota periodística del 09 de septiembre de 2007 suscrita por la agencia noticiosa EFE.

Internacional, lo proporciona el art. 2 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, cuando en su artículo 2 establece –para los fines de la mencionada Convención– qué debe entenderse por “*grupo delictivo organizado*”, esto es: “*un grupo estructurado por tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material*”.

Igualmente se entiende por “*grupo estructurado*” un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada”.

Del tenor anterior, puede definirse como características básicas de un grupo delictivo organizado:

- a. agrupación de tres o más personas.
- b. de naturaleza permanente –no transitoria o eventual–.
- c. actuación coordinada –aunque no necesariamente rígidamente determinadas–.
- d. que tengan como fin o propósito cometer delitos graves –*ad exemplum* como los que señala la Convención–
- e. y percibir u obtener por ello un beneficio económico u otro de orden material.

Tal definición resulta válida tanto para la comprensión de los grupos organizados que operan dentro de los límites territoriales de un país, como en el exterior⁴⁴. Pero para tal efecto, deben concurrir de forma subsecuente las cinco

⁴⁴ La definición se muestra igualmente coincidente con la definida en el Plan de Acción Común para luchar contra la delincuencia organizada del Consejo de la Unión Europea relativa la tipificación penal de la participación en una organización delictiva. En tal sentido, se entiende por “*organización delictiva*” una asociación estructurada, de más de dos o más personas, establecida durante un cierto tiempo y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con

características reseñadas para poder afirmar sin ambages que nos encontramos ante esta forma de criminalidad compleja⁴⁵.

A esas características, se les agrega la nota de transnacionalidad –de conformidad al Art. 3 numeral 2– cuando cualquier delito grave o de los estipulados en la Convención:

- a. Se comete en más de un Estado;
- b. Se comete dentro de un solo Estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado;
- c. Se comete dentro de un solo Estado pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o
- d. Se comete en un solo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.

Un dato que conviene ser resaltado, es que junto a esta Convención de Palermo, existen tres Protocolos adicionales que se relacionan inexorablemente con la forma de operar de estas organizaciones en la actualidad, estos son: el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños (2000); el Protocolo contra el Tráfico Ilícitos de Migrantes por Tierra, Mar y Aire (2000), y el Protocolo contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, sus Piezas y Componentes y Municiones (2001)⁴⁶.

La definición expresada en la Convención de Palermo, inspiró de alguna manera la reforma efectuada al Código penal por medio del D.L. N° 457, publicada

independencia de que estos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública”. Al respecto, PALOMO DEL ARCO, “*Criminalidad organizada*”, citado, Pág. 197.

⁴⁵ A esta conclusión igualmente ha llegado la contada doctrina nacional. En efecto, para SALAZAR GRANDE, para que un grupo delictivo organizado sea considerado como tal, será necesario que todos los elementos arriba descritos concurren acumulativamente. Confr.: “*Civitas maxima*” contra la *Delincuencia Organizada Transnacional*”, Revista Justicia de Paz N° 11, CSJ-AECI, Enero-Abril, 2002, Pág. 51. Comparto dicho opinión.

⁴⁶ Establece este último protocolo citado, en su artículo 4.1: “... A menos que contenga una disposición en contrario, el presente Protocolo se aplicará a la prevención de la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones y a la investigación y el enjuiciamiento de los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado”.

en el D.O. el 08 de noviembre de 2004, la cual introdujo una definición de crimen organizado en su art. 22-A; sin embargo, el radio de acción de esta última disposición es mucho más amplio que el de la Convención.

La disposición establecía: “*Se considera crimen organizado aquella forma de delincuencia que se caracteriza por provenir de un conjunto de personas dedicadas a mantener una estructura jerarquizada, con el propósito de planificar y ejecutar hechos antijurídicos con la finalidad de lucrarse con bienes y servicios ilegales o realizar actividades de terrorismo*”.

La norma penal en comento, consideraba igualmente crimen organizado, todas aquellas conductas que por sí o unidas a otras, cometidas por dos o más personas, tenían como fin cometer cualquiera de los delitos contemplados en el inciso 2 del art. 22-A (homicidio simple y agravado, privación de libertad, secuestro, extorsión, robo, entre otros.). Con relación a nuestro tema, de ese listado de figuras delictivas se destacan: pornografía, utilización de personas menores de dieciocho años de edad e incapaces o deficientes mentales en pornografía, comercio de personas, tráfico ilegal de personas y trata de personas.

El art. 22-A fue derogado por la promulgación de la Ley contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja del 20 de abril del 2006.

En su art. 1, esta nueva Ley considera crimen organizado “aquella forma de delincuencia que se caracteriza por provenir de un grupo estructurado de dos o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos⁴⁷”. Con dicha definición, se abandona el sistema de enumeración taxativa de todas aquellas figuras delictivas que pueden ser cometidas por el colectivo delictivo, y se pone el acento en las características más pronunciadas que tiene el fenómeno (dos o más personas, grupo estructurado con cierta permanencia y actuación concertada con el propósito de cometer delitos), pudiendo entonces ser considerado crimen organizado cualquier delito cometido bajo estos parámetros.

⁴⁷ Conviene dejar de lado, la definición de delitos de realización compleja que plantea la ley, es decir aquellos delitos de homicidio simple o agravado, secuestro y extorsión que han sido realizado por dos o más personas, o bien que la acción recaiga sobre dos o más víctimas o, que en su perpetración provoquen alarma u conmoción social. Y Ello es evidente, porque cuando el delito es realizado por una red criminal, quedará comprendido dentro de la definición de crimen organizado que se establece en el inciso primero.

Sin embargo, conviene recordar en este punto, que la definición tiene sus efectos más pronunciados en el ámbito procesal penal y particularmente en el ámbito de la jurisdicción especial creada para tal efecto. Tal dato, no puede llevar a desconocer, que la respuesta legal básica a la delincuencia organizada, ha sido, sigue y seguirá siendo el delito de asociaciones ilícitas contemplado en el art. 345 del Código penal –cuyo *nome iuris* ha sido modificado por una reciente reforma penal a “agrupaciones ilícitas”–⁴⁸.

A ello, se le añade el hecho de que el complejo delictivo ya resulta contemplado en la redacción del 367-B cuando establece: “[e]l que por sí o como miembro de una organización nacional o internacional”. Lo cual no obsta como veremos más adelante, para establecer un concurso de delitos entre ambas figuras⁴⁹.

2. La evolución legal de la trata de personas en el Derecho internacional.

Como hemos advertido en líneas atrás, unos de los instrumentos internacionales más importantes en la materia, ha sido el ***Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena de 1949***.

Sin embargo, la incesante evolución del fenómeno delictivo de la trata ha determinado su replanteamiento por parte de los organismos internacionales, y ello se ha efectuado en recientes instrumentos normativos, siendo el más significativo el *Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de mujeres y niños*, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Este instrumento, al igual que la Convención citada, fueron ratificados por el gobierno salvadoreño el 8 de marzo de 2004, y publicados en el Diario Oficial N° 65, Tomo 363, del 02 de abril de 2004.

El mismo consta de cuatro capítulos (disposiciones generales, protección de las víctimas de trata de personas, medidas de prevención, cooperación y otras, disposiciones finales) y de veinte artículos

⁴⁸ Conuerdo en este sentido, con lo señalado por GONZÁLEZ RUS al afirmar: “Es indudable que el delito de asociación para delinquir constituye un instrumento realmente adecuado para combatir la delincuencia organizada”. Al respecto, puede verse su artículo: “Asociación para delinquir y criminalidad organizada (sobre la propuesta de desaparición del delito basada en una peculiar interpretación de la STS de 23 de octubre de 1997 –Caso Filesa–), Actualidad Penal N° 27, Julio 2000. Pág. 584. Con más detalles, puede verse el capítulo tercero de la presente monografía.

⁴⁹ Al efecto, ver el Capítulo II del presente trabajo.

El Protocolo parte del convencimiento de que la prevención y el combate eficaz de la trata de personas requiere un enfoque amplio e internacional en los países de origen, tránsito y destino. Por este motivo, busca ser un instrumento integral y minucioso que aborde todos los aspectos relativos a la trata de personas. Así que de acuerdo a tales razones, sus finalidades son: *A)* prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y los niños; *B)* proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos; y, *C)* promover la cooperación entre los Estados Parte para lograr los dos anteriores fines.

El punto de inicio de las consideraciones penales, es la definición de que se entiende por “trata de personas”, brindando la siguiente definición normativa en su artículo 3:

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

Sin duda, se trata de una definición altamente exhaustiva y en algún sentido complicada, en la medida que intenta abarcar el sinnúmero de variantes del fenómeno delictivo; en particular, en cuanto sus medios y sus fines.

Pero pese a estas objeciones, el mencionado artículo es enfático en dos aspectos esenciales relativos a la trata: el consentimiento en tales prácticas, y el caso relativo a los menores de edad.

b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado.

c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;

d) Por “**niño**” se entenderá toda persona menor de 18 años.

De igual forma, se fijan algunas condiciones que los ordenamientos legales de los Estados Partes han de tomar en cuenta en la tipificación interna del mencionado delito (art. 5):

- a. La tipificación del delito de trata, ha de efectuarse de acuerdo a las estipulaciones señaladas en el art. 3 del Protocolo, siempre y cuando sea cometido “intencionalmente”.
- b. En caso de ser posible de acuerdo a las reglas del derecho interno, debe sancionarse igualmente la tentativa.
- c. En materia de participación criminal, la legislación ha de contemplar penas para cualquier forma de complicidad, así como para los organizadores y directores de este delito.

Más allá del imperativo de tipificación que impone el protocolo, su articulado desarrolla igualmente otras consideraciones relativas a la asistencia y protección a las víctimas de la trata de personas, entre ellas y de forma muy sucinta:

- a. La protección estatal de su privacidad e identidad, previendo igualmente la confidencialidad de las actuaciones judiciales relativas al mencionado delito.
- b. Proporcionarles información sobre aquellos procedimientos judiciales y administrativos pertinentes, e igualmente, brindarles asistencia encaminada a su intervención en el respectivo proceso penal, sin que ello menoscabe el derecho de defensa de los inculcados.
- c. Prever la posibilidad en el derecho interno, de obtener indemnización por los daños sufridos.
- d. Aplicar medidas destinadas a su recuperación física y social, lo que puede efectuarlo el Estado, en cooperación con organizaciones civiles no gubernamentales o de cualquier otra naturaleza. Entre ellas se destacan: el establecimiento de un alojamiento adecuado, asesoramiento e información en un idioma que puedan comprenderlo, asistencia médica, psicológica y material, así como oportunidades de empleo, educación y capacitación. Todo ello, de acuerdo a la edad, sexo y las necesidades especiales de la víctima como en el caso de los niños.
- e. Asegurar la seguridad física de las víctimas mientras se encuentre en su territorio, y considerar su permanencia temporal o permanentemente cuando

proceda, tomando las medidas legislativas al efecto.

- f. La repatriación de las víctimas teniendo en cuenta debidamente su seguridad.

Con relación a las medidas de prevención, el instrumento internacional es muy claro en obligar a los Estados Partes a establecer políticas, programas o medidas de carácter amplio para combatir el fenómeno de la trata, entre ellas: actividades de investigación, campañas de información y difusión, medidas educativas, sociales y culturales, recurriendo al efecto, a la cooperación bilateral y multilateral, a fin de desalentar la demanda que propicia cualquier forma de explotación conducente a la trata de personas, especialmente de mujeres y niños.

Ahora bien, dentro de estas medidas de prevención y detección, el texto comentado desarrolla entre otros: *a)* intercambio de información y capacitación entre las autoridades gubernamentales –en particular de inmigración– ; *b)* el reforzamiento de los controles fronterizos que sean necesarios para prevenir y detectar la trata de personas, así como el control de los transportistas comerciales en general y la revocación de visas a personas implicadas en la trata; y *c)* la seguridad y el control de los documentos.

3) La respuesta normativa en la legislación comparada.

Luego de haber sido ratificado el Protocolo adicional por diversos Estados, algunos decidieron incorporar –con mayor o menor exactitud–, la definición brindada en el art. 3.

No obstante lo anterior, ya con anterioridad existían algunas legislaciones en el Derecho comparado que comprendían tal conducta como una variante afín de los delitos contra la libertad sexual, así por ejemplo el Código penal alemán vigente (StGB) regula la trata de personas (*Menschenhandel*) en los arts. 180b. y 181 de la siguiente manera:

- (1) Quien influya en otra persona, para beneficiarse patrimonialmente, conociendo una situación de necesidad, y para determinarla a la aceptación o prosecución del ejercicio de la prostitución, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa. Igualmente será castigado quien influya en otra persona, para beneficiarse patrimonialmente, conociendo la situación de precariedad asistencial a la que va ligada su estancia en una tierra extranjera, llevándola a realizar actos sexuales que debe llevar a cabo con o delante de una tercera persona o permitir a

una tercera persona que los realice con ella.

- (2) Será castigado con pena privativa de libertad de seis meses a diez años quien influya
 1. en otra persona, conociendo la situación de precariedad asistencial a la que va ligada su estancia en una tierra extranjera, o
 2. en una persona menor de veintiún años.Para determinarla a la aceptación o prosecución del ejercicio de la prostitución, o la lleva a aceptarla o proseguirla.
- (3) En los casos del inciso 2, la tentativa es punible.

181. Tráfico de personas grave (*Schwerer Menschenhandel*)

- (1) Quien
 1. disponga a otra persona con violencia por medio de amenaza de un mal considerable o por medio de engaño a la aceptación o continuación de la prostitución.
 2. la atraiga con engaño o con violencia contra su voluntad por medio de amenaza de un mal considerable o la secuestre con engaño bajo conocimiento de su desamparo que está relacionado con su permanencia en un país extraño, para inducirla a hechos sexuales que ella deba practicar en o ante una tercera persona o que deba permitir que los practique una tercera persona en ella, o
 3. la reclute profesionalmente bajo conocimiento de su desamparo que está relacionado con su permanencia en un país extraño, para disponerla a la aceptación o continuación de la prostitución, será castigada con pena privativa de la libertad de uno hasta diez años.
- (2) En casos menos graves el castigo es pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años.

Como se observa, la disposición contempla únicamente la explotación sexual comercial como finalidad de la trata y con una clara referencia al ejercicio de la prostitución en algunos incisos, dejando de lado otros fines o modalidades que la trata puede perseguir –por ejemplo, la explotación laboral, servidumbre, etc.– .

Pero pese a ello, se trata de una definición sumamente exhaustiva, que comprende no sólo las conductas de rufianismo (§ 180.1.), sino también el uso de violencia, amenazas, engaño y secuestro para conllevar a alguien en situación de desamparo a realizar actos de connotación sexual, y esto puede acontecer lejos de su país de origen. Asimismo, castiga el reclutamiento para fines de prostitución (§ 181).

Un caso interesante en el derecho comparado, es el del Código penal español en vigencia desde 1995, el cual –al igual que el StGB alemán– castiga la trata con fines eminentemente sexuales, pero también la explotación laboral y la introducción ilegal de migrantes. Así, en el primer caso, tenemos la figura contemplada en el art. 188 numeral

segundo y que se relaciona con los otros tres incisos que contempla tal norma:

1. El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.
2. Será castigado con las mismas penas el que directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima.
3. Se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior, y además la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años, a los que realicen las conductas descritas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, prevaleciendo de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.
4. Si las mencionadas conductas se realizaren sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena superior en grado a la que corresponda según los apartados anteriores.
5. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida.

En el segundo caso, cuando la trata tenga fines de explotación laboral, nos encontraremos ante una afectación a los derechos de los trabajadores, comprendida en los arts. 312 y 313

Artículo 312.

1. Serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra.
2. En la misma pena incurrirán quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.

Artículo 313.

1. El que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior.
2. Con la misma pena será castigado el que, simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país.

Por último, y como cláusula de cierre, en concordancia con la disposición final de la Ley Orgánica 4/2000 se incorporó un nuevo título al Código Penal, el XV bis, denominado: “*Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*,” el cual incluye el art. 318 bis, el cual establece:

Artículo 318 bis.

1. Los que promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.
2. Los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro, o empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de necesidad de la víctima, serán castigados con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.
3. Se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior a las previstas en los apartados anteriores, cuando en la comisión de los hechos se hubiere puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas o la víctima sea menor de edad.
4. En las mismas penas del apartado anterior y además en la inhabilitación absoluta de seis a doce años incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.
5. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio que se dedique a la realización de tales actividades.

Como afirma Andrés PALOMO DEL ARCO, el legislador español ha sido muy reacio a regular una tipificación “genérica” de la trata de personas, ya que algunas de sus manifestaciones pueden quedar perfectamente comprendidas tanto en los arts. 188.2, 312 y 313. Por ello, el 318 bis busca regular conductas propias de tráfico ilegal de migrantes con algunas de la trata en sentido estricto. Y es por este motivo, que los bienes jurídicos protegidos por el tipo penal últimamente citado sean ***la regulación del flujo emigratorio y la evitación de la explotación del extranjero en su concreta actividad de emigración, con especial atención combativa cuando medien grupos delictivos organizados***⁵⁰.

La forma de regulación es muy sugerente, en la medida que es el bien jurídico afectado el que determina la ubicación sistemática de los tipos, quedando el art. 318 bis, como una forma residual de conductas que no podrían quedar comprendidas en las modalidades de explotación sexual o laboral. Aparte de ello,

⁵⁰ PALOMO DEL ARCO, “*Criminalidad organizada y la inmigración ilegal*”, citado, Pág. 177.

esta última figura no exige finalidad alguna por parte del agente delictivo, sino que basta que se realicen algunas de las conductas establecidas en el tipo para su castigo, así como su castigo agravado al poner en peligro la vida, la salud, la integridad de las personas o sea el migrante un menor de edad.

Empero, al igual que el StGB alemán, no se comprenden otras variedades de trata como pueden ser la relativa al tráfico de órganos. Aún más, la técnica legislativa en la redacción del art. 318 bis podría considerarse discutible en la medida que comprende tanto verdaderos supuestos de trata (numeral 2º), y que resultan aparejados con los de tráfico ilegal de migrantes (numeral 1º), siendo ambas situaciones relativamente distintas, y que merecen al menos una mención separada⁵¹.

En efecto, el último supuesto citado comprende esencialmente el traslado transfronterizo de un migrante por parte de un traficante que cobra una cierta cantidad de dinero por ello, afectando de esa manera el control migratorio estatal del país receptor; a diferencia de lo anterior, la trata determina una serie de vejaciones y atropellos que van desde la captación de la víctima y que prosiguen en las diversas formas de explotación.

Entrando en el ámbito latinoamericano, conviene hacer referencia a las nuevas regulaciones penales que derivan del Protocolo, entre ellas las de Colombia, Méjico y Nicaragua.

En la legislación penal colombiana, el delito de trata se establece en el art. 188 A del CP, el cual fue modificado por la Ley 985 del año 2005 quedando de la siguiente forma:

Artículo 188 A. Trata de Personas. El que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación, incurrirá en prisión de trece (13) a veintitrés (23) años y una multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Para efectos de este artículo se entenderá por explotación el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante 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, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación. El consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación definida en este artículo no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal.

⁵¹ Al respecto, ver lo señalado en el Capítulo IV sobre dicha referencia.

Como se desprende de la redacción, nos encontramos ante una descripción típica muy acorde con lo expresado en el Protocolo pertinente, y que ha tomado en cuenta entre otros aspectos: *a)* tanto la trata interna como la externa; *b)* establece una definición normativa de lo que debe entenderse como explotación; *c)* ha considerado exhaustivamente cualquiera de los fines que la trata puede perseguir, inclusive los más novedosos; y *d)* regula la irrelevancia del consentimiento en estos casos.

De forma añadida, el estatuto penal colombiano castiga de forma autónoma el turismo sexual en su artículo 219, consiguiendo con ello una regulación bastante satisfactoria en lo que concierne a la materia.

Artículo 219. Turismo sexual. El que dirija, organice o promueva actividades turísticas que incluyan la utilización sexual de menores de edad incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años.

La pena se aumentará en la mitad cuando la conducta se realizare con menor de doce (12) años.

Por su parte en Méjico, los legisladores decidieron reformar el Código penal federal por medio del Decreto Legislativo del 20 de febrero de 2007, incluyendo un capítulo entero denominado: *“Trata de Personas Menores de Dieciocho años de edad o de Personas que no tienen Capacidad para comprender el Significado del Hecho o de Personas que no tienen Capacidad para Resistirlo”* (VI). Así, como un capítulo entero para regular la trata de personas adultas y el lenocinio (VII). La regulación se encuentra de la siguiente manera⁵²:

Artículo 205.-Comete el delito de trata de persona menor de dieciocho años

⁵² De forma muy similar al sistema legislativo penal colombiano, la legislación penal mejicana también castiga el turismo sexual por medio de los arts. 203 y 203 BIS. Cuya redacción es la siguiente:

Artículo 203.- Comete el delito de turismo sexual quien promueva, publicite, invite, facilite o gestione por cualquier medio a que una o más personas viajen al interior o exterior del territorio nacional con la finalidad de que realice cualquier tipo de actos sexuales reales o simulados con una o varias personas menores de dieciocho años de edad, o con una o varias personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o con una o varias personas que no tienen capacidad para resistirlo. Al autor de este delito se le impondrá una pena de siete a doce años de prisión y de ochocientos a dos mil días multa.

Artículo 203 BIS.- A quien realice cualquier tipo de actos sexuales reales o simulados con una o varias personas menores de dieciocho años de edad, o con una o varias personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o con una o varias personas que no tienen capacidad para resistirlo, en virtud del turismo sexual, se le impondrá una pena de doce a dieciséis años de prisión y de dos mil a tres mil días multa, asimismo, estará sujeto al tratamiento psiquiátrico especializado.

de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, quien promueva, facilite, consiga, traslade, entregue o reciba a una de estas personas para someterla a cualquier forma de explotación, ya sea explotación sexual, trabajos o servicios impuestos de manera coercitiva o para que le sea extirpado cualquiera de sus órganos, tejidos o sus componentes, dentro o fuera del territorio nacional, a quien cometa este delito se le impondrá prisión de ocho a quince años y de mil a dos mil quinientos días de multa.

205 BIS.- Las sanciones señaladas en los artículos 200, 201, 202, 203, 204 y 205 se aumentarán el doble de la que corresponda cuando el autor tuviere para con la víctima, alguna de las siguientes relaciones:

- a) Los que ejerzan la patria potestad, guarda o custodia;
- b) Ascendientes o descendientes sin límite de grado;
- c) Familiares en línea colateral hasta cuarto grado;
- d) Tutores o curadores;
- e) Aquel que ejerza sobre la víctima en virtud de una relación laboral, docente, doméstica, médica o cualquier otra que implique una subordinación de la víctima;
- f) Quien se valga de función pública para cometer el delito;
- g) Quien habite en el mismo domicilio de la víctima;
- h) Al ministro de un culto religioso;
- i) Cuando el autor emplee violencia física, psicológica o moral en contra de la víctima; y
- j) Quien esté ligado con la víctima por un lazo afectivo o de amistad, de gratitud, o algún otro que pueda influir en obtener la confianza de ésta.

En los casos de los incisos a), b), c) y d) además de las sanciones señaladas, los autores del delito perderán la patria potestad, tutela o curatela, según sea el caso, respecto de todos sus descendientes, el derecho a alimentos que pudiera corresponderle por su relación con la víctima y el derecho que pudiera tener respeto de los bienes de esta.

En los casos de los incisos e), f), y h) además de las sanciones señaladas, se castigará con destitución e inhabilitación para desempeñar el cargo o comisión o cualquiera otro de carácter público o similar, hasta por un tiempo igual a la pena impuesta.

En todos los casos el juez acordará las medidas pertinentes para que se le prohíba permanentemente al ofensor tener cualquier tipo de contacto o relación con la víctima.

Artículo 207.- Comete el delito de trata de personas quien promueva, facilite, consiga, traslade, entregue o reciba a una persona para someterla a cualquier forma

de explotación, ya sea explotación sexual, trabajos o servicios impuestos de manera coercitiva, o para que le sean extirpados cualquiera de sus órganos, tejidos, o sus componentes, dentro o fuera del territorio nacional.

Al autor de este delito se le impondrá pena de cuatro a nueve años y de cuatrocientos a novecientos días multa.

Dentro de los comentarios que pueden efectuarse a los presentes tipos, es la distinción para efectos penológicos entre la trata que comprenda la utilización de menores de edad e incapaces (art. 205), de la que corresponde a los adultos (art. 207), teniendo por obvias razones la primera una sanción más elevada que la segunda. Aparte de ello, y al igual que el Código penal colombiano, quedan comprendidas dentro de la descripción legal tanto la *trata interna* como la *externa*, así como las diversas finalidades que la trata puede comprender.

Es interesante resaltar en este ordenamiento, que en cuanto a la extracción de órganos, el radio de acción de la conducta típica abarca a los tejidos o cualquiera de sus componentes. Y en materia de consecuencias jurídicas, no sólo se impone la pena de prisión sino que ella va aparejada con la de multa.

Otro apunte que se destaca grandemente, es el que comprende la diversidad de circunstancias agravantes que se regulan en el art. 205 BIS, que permitirían la imposición hasta el doble de la pena correspondiente, además de penas accesorias como la destitución o la inhabilitación especial en algunos supuestos, u otras medidas como la pérdida de contacto entre la víctima y el agresor en algunos supuestos que medie la relación parental o filial.

En último término, conviene citar la adición efectuada al Proyecto de Código penal de Nicaragua, por el cual se introduce en el art. 181 el delito titulado “*Trata de personas con fines de esclavitud o explotación sexual*”.

Art. 181.- Quien en ejercicio de poder o valiéndose de amenazas, ofrecimientos, engaños, promueva, facilite, induzca o ejecute la captación, reclutamiento, contratación, transporte, traslado, retención, acogida o recepción de personas, con fines de esclavitud o explotación sexual, para que la misma sea ejercida dentro o fuera del territorio nacional, aún con el consentimiento de la víctima será sancionado en prisión de siete a diez años.

No obstante, si la víctima es una persona menor de dieciocho años, o con discapacidad, o el hecho fuere cometido por familiares, tutor, encargado de la educación, guarda, o custodia, guía espiritual o comparta el hogar familiar de la víctima, o medie una relación de confianza, la pena será de diez a doce años de

prisión.

Quien venda, ofrezca, entregue, transfiera o acepte a una niña, niño o adolescente en la que medie o no, pago o recompensa con fines de explotación sexual, será sancionado con pena de ocho a doce años de prisión. Igual pena se aplicará a quien venda, posea, adquiera o acepte la venta de una niña, niño o adolescente como adopción ilegítima.

Efectuando un somero análisis, podemos ver en lo concerniente a los fines de la trata que únicamente la disposición en comento, se refiere a la esclavitud o la explotación sexual, dejando de lado otras posibilidades, que quizás por medio de un ejercicio de alto grado de abstracción interpretativa podrían quedar comprendidas en el texto legal –aunque es difícil en relación a la extracción de órganos–. De forma similar a los ordenamientos antes estudiados, el inciso primero establece qué debe entenderse por trata a efectos penales, para posteriormente agravar la sanción penal a supuestos donde existe una cierta afinidad o acercamiento con la víctima, lo cual la vuelve más vulnerable a su captación.

Un aspecto sobresaliente de la regulación, es la determinación de responsabilidad penal tanto del que venda, ofrezca, entregue o acepte una niña, niño o adolescente, como del adquiera, acepte la venta de una niña, niño o adolescente en adopción ilegítima. Con ello, la legislación nicaragüense se vuelve novedosa al tocar un tópico que no resultaba comprendido expresamente en la regulación de otros países.

Luego de haber efectuado, este sintético recorrido criminológico y político-criminal comparado, hemos de proceder a desgranar detenidamente la regulación contenida en el art. 367-B del Código penal salvadoreño vigente, así como de las formas agravadas contempladas en el art. 367-C.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS EN EL CÓDIGO PENAL

Conviene referirnos ahora, a la regulación que tiene nuestro Código penal vigente desde 1997, y que ha incluido el delito de trata de personas por medio de la reforma legislativa del 25 de noviembre del año 2003.

Como se advierte, es una regulación normativa posterior, a la promulgación del Protocolo pertinente y de su ratificación por parte del Estado salvadoreño. Por ello, se adscribe a una tipificación muy cercana al tenor literal del texto internacional.

Empecemos entonces el análisis dogmático legal del tipo, por el bien jurídico protegido.

1. El bien jurídico protegido.

Los bienes jurídicos son *todas aquellas condiciones existenciales que aseguran la satisfacción de las necesidades humanas y cuyo menoscabo anula o limita las posibilidades de desarrollo personal dentro del marco social contemplado por la Constitución*⁵³.

En una forma más sintética, bien jurídico es todo aquella entidad socialmente valiosa que el Derecho penal somete a su tutela, y cuya afectación constituye la esencia de cualquier conducta delictiva.

Específicamente en el delito de trata de personas, existe una pluralidad de bienes jurídicos que resultan afectados; y ello puede acontecer en relación a una

⁵³ Sobre lo anterior, puede verse el artículo: “*La protección de bienes jurídicos en el Derecho penal*”, *Revista Actualidad*, Año 6, N° 2, Comisión Coordinadora del Sector de Justicia, 2006. Págs. 1/23.

sola víctima como respecto a varias. Es por esta razón, que podemos caracterizarlo como un tipo de naturaleza *pluriofensiva*. Tal intelección, es independiente del convencimiento que en términos globales, la trata menoscaba primordialmente la dignidad personal del individuo entendida como en pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo⁵⁴.

En efecto, en el presente tipo delictivo se afectan una infinidad de facetas del ser humano como la libertad ambulatoria, libertad sexual, la salud física y mental, la libertad de auto-determinación personal, la seguridad laboral entre otros. Añadido a lo anterior, en el caso de los menores, se pone en peligro el normal desarrollo de su sexualidad, y en cuanto los incapaces su posible instrumentalización (indemnidad sexual).

De todo lo anterior, podemos concluir que la trata puede cometerse tanto con relación a los bienes jurídicos de la persona como en atención al de varias, existiendo en consecuencia una pluralidad de bienes jurídicos afectados; aunque a efectos de la aplicación del 367 B CP todas ellas darán lugar a la aplicación única del precepto al constatarse alguna de las acciones estipuladas en el mismo.

2. El tipo penal.

A. La tipicidad objetiva.

a. Los sujetos.

El art. 367-B CP, establece como sujetos activos del delito al que “*por sí*” o “*como miembro de una organización nacional o internacional*” realizare cualquiera de las conductas descritas en el inciso primero. Como se desprende de una fácil intelección interpretativa, estamos en presencia de un delito común y por tanto, puede ser cometido por cualquier persona.

Ahora bien, dentro del tenor del tipo penal, podemos ubicar como sujeto activo tanto al tratante individual como al tratante organizado. En este último caso, la ley habla de que el sujeto debe pertenecer a una organización salvadoreña o extranjera, pero no distingue si tal organización tiene que ser reconocida por el Derecho salvadoreño o si su carácter ha de ser ilícito.

⁵⁴ Sobre este concepto constitucional de la dignidad personal, véase la sentencia de inconstitucionalidad (Inc. 4-97) del 26-VIII-1998, Considerando III A.

En razón de ello, quedarían englobados dentro del tipo tanto los miembros de una sociedad u organización con fines lícitos como todas aquellas formas delictivas complejas.

En el primer caso se comprenderían por ejemplo: aquellas empresas extranjeras que obtienen autorización gubernamental, para operar en el mercado salvadoreño, con la finalidad aparente de contratar mano de obra para actividades laborales en otros países; pero que en realidad, lo que buscan es captar víctimas para la trata de personas. Así quedarían comprendidas, las agencias de colocación de empleo (ventanillas) u otro tipo de servicios de contratación. En el segundo caso, nos estaremos refiriendo a bandas criminales organizadas, y que obviamente se encuentran fuera de la ley.

En realidad, la participación de una persona como componente o miembro de una agrupación sea o no delictiva *prima facie*, no debiera ser un dato relevante; aún cuando tome parte de una de las fases del proceso delictivo de la trata. Pero es posible, que el legislador quisiera enfatizar esto para entender que cualquier intervención dentro del plan común de la organización, de ninguna forma va a descalificar su contribución a la hora de responsabilizarlo penalmente.

b. Las conductas o modalidades comisivas.

El tipo penal establece al menos cuatro modalidades comisivas que pueden acontecer dentro o fuera del territorio salvadoreño: *el reclutamiento*, *el transporte*, *el acogimiento* o *la recepción*. A las mismas se agregan dos conductas más que se encuentran en el inciso tercero: *promover* y *favorecer*. Con ello se parte del entendimiento, que nuestro país puede constituirse en un lugar de origen, tránsito y/o destino de la trata.

Ahora bien, debe advertirse, que nos encontramos ante un tipo penal que estipula modalidades *alternativas* de conductas. Lo cual es muy importante a efectos de la consumación, *pues basta la realización de cualquiera de los verbos señalados para que pueda ser aplicado el presente tipo*. V. gr. quien realiza únicamente actividades de reclutamiento o captación, ya que por ese sólo hecho puede serle aplicado el art. 367-B CP.

Conviene entonces, estudiar cada uno de estos verbos típicos conforme a su acepción literal y normativo-teleológica⁵⁵:

b.1. reclutar. De acuerdo con el Diccionario de la RAE, consiste en la acción “*reunir gente para un propósito determinado*”. El término es distinto al utilizado en el Protocolo, cual es *captación*, y que puede ser definido como *recibir o recoger*. Sin embargo, el término *reclutamiento* puede haber sido preferido por el legislador salvadoreño, pues ha sido utilizado en otros instrumentos internacionales como la Convención de los Derechos del Niño (art. 38.3), donde es usado en lo relativo a la prohibición específica de reclutar a menores de edad para su incorporación a las fuerzas armadas.

En términos más amplios que el anterior, el Convenio 182 de la OIT referido a las peores formas de trabajo infantil, considera el término “reclutamiento” más allá de su formulación para el ámbito castrense, y lo hace en un sentido amplio. Por ello, puede reclutarse a niñas, niños y adolescentes para la prostitución, la producción de pornografía, exhibicionismo sexual, realización de actividades ilícitas entre otros fines⁵⁶.

Por ello, el verbo típico “reclutar” debe ser entendido en su acepción más amplia, es decir como el *alistamiento de personas* –hombres, mujeres, niños o niñas– con miras a su posterior explotación por medio de la trata.

Bajo esta modalidad, pueden ser castigados penalmente todas aquellas personas que se encargan de atraer a las potenciales víctimas del delito de trata, por medio del engaño a través de negocios de fachada como las agencias de colocación laboral (modelaje, servicio doméstico en otro país). También quedarían comprendidos, los que efectúan el enlistamiento de forma individual –una por una– por medio

⁵⁵ Sobre la definición puramente gramatical de estos términos, puede consultarse el Diccionario de la Lengua Española, versión 1992, elaborado por la Real Academia Española (RAE). De éste se hará uso en las siguientes páginas.

⁵⁶ El art. 3 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil establece: 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 el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

de amistades u otros contactos personales o por internet. Y aún más, quedarían igualmente comprendidas, las personas que buscan –mediante el ofrecimiento o no de una compensación económica– la cesión de una niña, niño o adolescente por parte de sus familiares o allegados cercanos.

b.2. transportar o trasladar. En su acepción más gramatical consiste en “llevar cosas o personas de un lugar a otro”. En el delito que nos ocupa, supone el desplazamiento de una persona desde su lugar de origen o residencia, hasta otro donde tendrá lugar su explotación, y el cual puede ser dentro del mismo país (*trata interna*) o en otro (*trata externa*). V gr. quien traslada mujeres o menores de edad a zonas turísticas para su posterior explotación sexual, cabe dentro de esta modalidad típica.

Como se ha reiterado, a efectos del tenor legal, no se requiere necesariamente el cruce de fronteras para castigar por esta modalidad –aunque suele ser una de las formas más corrientes– sino que basta el traslado de un lugar a otro de la(s) víctima(s). Por esto, cabría el castigo por esta modalidad con relación a los conductores del transporte colectivo o particular que se encargaran de realizar tal movilización, y que conocen efectivamente el destino al cual serán conducidos los sujetos pasivos de la figura. También, caben dentro de la acción típica de transportar, todos aquellos que escoltan a las víctimas en su viaje por vía aérea, terrestre o marítima, siendo su función entregar a la víctima en su lugar de destino.

b.3. acoger y recibir. El Código penal en el artículo referido utiliza tanto el término “acoger” como el de “recibir”. El primero significa “*servir de refugio o albergue a alguien*”, y el segundo “*admitir*”. Aquí quedarían comprendidas las personas que brindan alojamiento en cada uno de los países de tránsito, como también de quienes realizan la recepción final en el país de destino. Por ello, pueden quedar comprendidas aquellas personas que les brinden una residencia temporal a las víctimas para su explotación, pero que sean distintas a las que ejecutan tales actos, ya que su comportamiento estaría cubierto por otros tipos penales del Código penal –por ejemplo, los arts. 169, 170 y 173 en el caso de la explotación sexual–.

b.4. promover y favorecer. Tanto en la “*promoción*” como en el “*favorecimiento*”, quedarían comprendidas todas aquellas acciones conexas a los cuatro verbos típicos relacionados anteriormente. Por tanto, se trata de formas residuales donde pueden quedar comprendidas otras acciones de carácter indirecto o secundario del complejo fenómeno de la trata.

Siguiendo a PALOMO DEL ARCO, tales términos pueden ser empleados en su acepción más literal posible. Desde esta óptica, “*promover*” equivaldría a iniciar la acción que da lugar a la comisión del delito, y “*favorecer*” implicaría ayudar o servir para una determinada finalidad⁵⁷. Por tanto, su connotación resulta bastante amplia⁵⁸.

Se ubicaría en este apartado, las acciones de conseguir el visado, documentos de viaje o personales de las víctimas. Igualmente, quienes se encargan de las sesiones fotográficas, enseñanza básica del idioma del país de destino o establecen los contactos entre diversos países para efectuar el negocio de la trata. En suma, cabe cualquier actividad de carácter significativo y que se relacione directa o indirectamente con la trata.

Es importante resaltar, que todas aquellas conductas relativas a la promoción y el favorecimiento suponen en esencia diversas formas de complicidad; pero que a efectos del presente tipo, han sido elevadas a formas autónomas de autoría. Con ello, se excluye la aplicación en estos casos de las reglas contempladas en el art. 66 CP relativas a la complicidad.

c) El resultado.

De acuerdo con la redacción del inciso primero del art. 367-B CP, tales conductas anteceden a la explotación de las víctimas. Por tanto, nos encontraremos ante un delito de peligro abstracto, donde basta para la consumación el ejercicio de cualquiera de las actividades relacionadas en su tenor literal.

Por ello, la realización de actividades de reclutamiento de menores de edad para ser utilizados en turismo sexual por ejemplo, dará lugar a la aplicación del tipo, no requiriéndose para tales efectos una puesta en peligro efectiva como acontece en los delitos de peligro concreto, ni tampoco su lesión.

Por ello, tiene razón HERNÁNDEZ PLASCENCIA cuando al referirse a una figura delictiva análoga al 367-B –el 188.2 del CP español–, plantea que cuando se favorece la entrada, permanencia o salida del territorio nacional “la libertad sexual no está necesaria e inmediatamente puesta en peligro ni lesionada mediante estos

⁵⁷ DEL ARCO, “*Criminalidad organizada y la inmigración ilegal*”, citado, Pág. 179.

⁵⁸ Tal aseveración resulta válida para todos aquellos tipos que comprendan ambos verbos como conductas típicas, como por ejemplo el 318 bis del Código penal español. Confr. SERRANO PIEDECASAS, “*Los delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros*”, en la obra colectiva anteriormente citada: “*Tráfico e inmigración ilegal*”. Pág. 335.

comportamientos”⁵⁹. De acuerdo a las anteriores consideraciones, podemos concluir que el legislador penal ha decidido adelantar la barrera de protección penal, a todas aquellas actividades por su peligrosidad intrínseca podríamos considerar lesivas para la dignidad humana, así como otros derechos personales inalienables.

Los delitos de peligro se justifican político-criminalmente, en la medida que se corresponden con el grado de complejidad alcanzado por la sociedad actual. Con su utilización se busca satisfacer las demandas colectivas de protección a bienes jurídicos, particularmente de carácter supra-individual, utilizando el efecto preventivo que ostenta el Derecho penal. Por consiguiente, constituyen *un estadio previo de protección penal al menoscabo efectivo de los mismos a través de la lesión*. Y por dicha función, su configuración y ampliación dentro de las modernas legislaciones penales es *irreversible*. Ahora bien, por peligro ha de entenderse *la probabilidad objetiva y disvaliosa de lesión a un bien jurídico o a un conjunto de ellos*. Por ello, el peligro se constituye en la antesala de la lesión a un bien jurídico. Dicha posibilidad o probabilidad potencial de lesión se determina de acuerdo a un “juicio de peligrosidad”, el cual es un *juicio objetivo-normativo* de carácter judicial. Ahora bien, existen dos tipos básicos de delitos de peligro, los de peligro abstracto y los de peligro concreto. En particular los delitos de peligro concreto, suponen tanto la comprobación de una acción peligrosa, como la producción de una situación de riesgo no permitido en el cual se encuentra inmerso el bien jurídico, y donde las medidas normales de salvación propias del ámbito organizativo en cuestión no han podido asegurar el bien. Ello no acontece en los delitos de peligro abstracto, pues aquí nos encontramos en un estado previo al peligro concreto, es decir, referido a la aptitud o idoneidad *ex ante* de la conducta conforme a la corroboración de las reglas generales de experiencia que ha tomado el legislador como base. Para el caso, que nos ocupa, basta entonces la realización de alguna de las conductas estipuladas en la norma para la efectiva consumación; sin que sea necesario al efecto lesión efectiva alguna⁶⁰.

Empero, cabe la pregunta, que sucede cuando durante alguna de las fases de la trata existe un menoscabo efectivo a un bien jurídico, por ejemplo ha sufrido lesiones la víctima o se le ha privado de su libertad. En estos casos, caben dos posibilidades: *la primera*, la utilización de las reglas generales relativas al concurso de delitos; o como *segunda opción*, la aplicación de la circunstancia agravante contemplada en el numeral cuarto del art. 367-C (*“Si como consecuencia de la comisión del delito anterior los sujetos pasivos sufren privaciones de libertad en el extranjero, fueren víctimas de delitos de cualquier orden o fallecieren por causas de naturaleza dolosa o culposa”*).

⁵⁹ HERNÁNDEZ PLASCESCIA, “El delito de tráfico de personas para su explotación sexual”, citado, Pág. 242.

⁶⁰ Sobre los delitos de peligro, in extenso: ESCRIVÁ GREGORI, “La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal”, Edit. Bosch, Barcelona, 1976. CORCOY BIDASOLO, “Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales”, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 1999. HIRSCH, “Peligro y peligrosidad,” en: Derecho penal, obras completas, Tomo I, Edit. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1999. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, “Delitos de peligro, dolo e imprudencia”, Edit. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004.

Sólo que, en este último supuesto, la trata ha de constituir siempre el hecho antecedente y conexo al ulterior desenlace penado. Lo cual nos permite deducir, que la intención del legislador es mantener la consideración de la trata de personas como un delito de peligro abstracto, agravándose la pena cuando exista una lesión o puesta en peligro efectiva.

B. La tipicidad subjetiva.

a. El dolo.

Existe un amplio consenso doctrinario, en referencia a como puede ser definido el dolo en el Derecho penal, y es entendido como conocimiento y voluntad de realizar cada uno de los elementos objetivos de la descripción penal⁶¹. En el presente caso, el dolo consistiría en conocer y querer realizar cualquiera de las acciones de reclutamiento, transporte, traslado, acogimiento o recepción con miras a una posterior utilización de la víctima para los fines que estipula el artículo.

Conforme a lo anterior, el presente tipo únicamente admite en su realización dolo directo, aunque es posible que en contadas hipótesis de favorecimiento pueda existir un dolo eventual. (la madre u otro familiar a cargo de la crianza de un menor, lo cede para que realice actividades laborales, pero admite la posibilidad de que pueda ser utilizado para explotación sexual comercial o a la servidumbre forzosa). Ahora bien, por esta misma naturaleza dolosa de la conducta penal así como por su finalidad, resulta improbable que pueda existir una trata imprudente.

b. Los elementos subjetivos del injusto.

Como ha señalado muy bien BACIGALUPO, existen delitos donde la tipicidad subjetiva no se agota únicamente con el dolo, sino que además se requiere que el autor haya realizado el hecho típico con una determinada intención, una determinada motivación o un impulso⁶². Así, existen delitos, donde el sujeto busca una meta que va más allá de la realización del tipo, y uno de estos es el 367-B CP.

⁶¹ Por todos: MIR PUIG, “*Derecho penal*”, parte general, 5^o Edición, Edit. Reppertor, Barcelona, 1998. Pág. 240.

⁶² BACIGALUPO, “*Manual de Derecho penal*”, Edit, Temis, Bogotá, 1996, Pág. 114.

En efecto, el artículo es claro en que el sujeto debe buscar un beneficio económico –aunque no lo obtenga de forma actual– con base en cualquiera de las conductas descritas en el inciso primero. Además de ello, debe perseguir con la trata cualquiera de las siguientes finalidades: explotación sexual, trabajos o servicios forzados, prácticas análogas a la esclavitud, extracción de órganos, adopciones fraudulentas o celebración de matrimonios forzados.

El problema de esta dualidad de metas, es su dificultad probatoria de dentro del proceso penal. Si bien las situaciones de carácter subjetivo únicamente pueden resultar comprobadas por medio de una construcción hipotética efectuada por medio de las inferencias lógicas derivadas del marco de los hechos objetivos, la situación en el caso del art. 367-B CP se complica grandemente al ser dos los elementos que han de comprobarse (propósito de obtener un beneficio económico/ para ejecutar cualquier actividad de explotación). Esto nos lleva a la conclusión, de que si no resulta plenamente establecido alguno de los dos, la disposición en comento no podría ser aplicada.

Por ejemplo, en una situación hipotética –pero perfectamente posible– alguien puede trasladar a una persona de un país a otro para realizar con ella una determinada forma análoga de esclavitud como es la servidumbre doméstica o sexual como sucede en los matrimonios forzados. Como se advierte en este caso, el provecho o beneficio económico no es el que prevalece en forma directa, sino de otro tipo, y no por ello debiera ser considerado como un elemento tan esencial a la hora de calificar el hecho como trata.

Volviendo a la realidad, ya que el 367-B CP lo exige, el órgano acusador está obligado a comprobar cada uno de estos dos extremos subjetivos además del dolo, lo cual ya de por sí conlleva su propia fatiga probatoria.

3. Causas de exclusión de responsabilidad penal.

La única causa posible de exclusión de responsabilidad penal, ya que no existe *a priori* alguna causa de justificación o inculpabilidad que pueda servir de eximente de pena, es quizás el consentimiento de la víctima como una posible causa de atipicidad.

Al respecto, conviene resaltar que por la entidad de las afectaciones que

comprende la trata, el consentimiento que la víctima puede otorgar a tales prácticas resulta irrelevante bajo ciertas condiciones como lo ha puesto de relieve el art. 3 del Protocolo. “...**el consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar 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**”.

El consentimiento es una figura jurídica, por la cual, el titular de un bien jurídico permite o aprueba la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, provocando con ello, la no punición de la conducta. En otras palabras, y como bien exponen COBO/VIVES, algunos delitos exigen, explícita o implícitamente para su concurrencia, que la conducta en ellos descrita se lleve a cabo sin la voluntad del que sufre del ataque. En tales hipótesis, la anuencia del atacado convierte la acción, no ya en justificada, sino en atípica⁶³. En el Derecho penal, el consentimiento suele jugar dos papeles, como causa de atipicidad o como causa de justificación. El segundo de los casos, se da por ejemplo en el art. 147 inciso segundo del Código penal vigente⁶⁴; mientras que el primero, opera en la interpretación de aquellos delitos que atentan contra la libertad ambulatoria (privación de libertad) o el patrimonio (hurto, robo), y en los cuales se requiere que la acción típica se realice en contra de la voluntad de la víctima. En suma, el consentimiento es relevante es aquellos casos donde la víctima está facultada para *disponer* del bien, y *siempre que la ley lo permita*⁶⁵. Por ello, el consentimiento es totalmente irrelevante en los casos de bienes jurídicos supra-individuales o difusos, donde existe una titularidad colectiva de imposible división. Igualmente, y en el caso relativo a la trata, no es posible consentir afectaciones a bienes jurídicos de carácter irrenunciable como la dignidad humana. Ahora bien, el Protocolo ha establecido que siempre y cuando se hayan utilizado amenazas, uso de la fuerza, raptó, fraude, engaño, abuso de poder y otras formas de coacción, tal consentimiento será inválido. *A contrario sensu*, al no existir tales elementos, pues existe una libre determinación de la persona a ser explotada, no nos encontraríamos ante un supuesto de trata sino ante otra conducta que podríamos encardinar en otro tipo como el de tráfico ilegal de migrantes o en ejercicio libre y voluntario de la prostitución. Pero bien, tal interpretación debe ser matizada por dos razones: 1º) será necesario comprobar probatoriamente que la víctima ha dado su consentimiento de forma previa, libre, espontánea y terminante, lo cual significa la inexistencia de cualquier vicio de voluntad como el error, la fuerza o el engaño. Pero aún, tal hipótesis de libre voluntariedad, resultará difícil concederle efectos destipificadores cuando existe detrás todo un aparato de control y presión

⁶³ COBO/VIVES, *Derecho penal, parte general*, 4º edición, Valencia, 1996, Pág. 450.

⁶⁴ Art. 147.- (...) El consentimiento, exime de responsabilidad penal en los supuestos de donación o trasplante de órganos o tejidos humanos, esterilizaciones y cirugía transexual, ejecutadas con arreglo al Código de Salud y por facultativo”.

⁶⁵ CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte General*, Teoría Jurídica del delito, 6º Edición, Edit. Tecnos, Madrid. 2001. Pág. 327.

sobre la víctima como acontece en la explotación sexual comercial organizada; por tanto, el consentimiento en tales coordenadas será un aspecto muy discutible. 2º) Por otra parte, en el caso de los menores e incapaces, tal consentimiento siempre será irrelevante; en la medida que en el primer caso el Derecho no les concede hasta su mayoría de edad la capacidad legal de autodeterminación responsable sobre sus actos (como los referidos a la sexualidad); y con relación a los últimos –los incapaces–, tal autodeterminación no la tienen o la tienen disminuida en razón de su desarrollo síquico tardío, volviéndose perfectamente vulnerables a cualquier tipo de explotación. Y es por ello, que aunque el Protocolo no se refiera expresamente a la irrelevancia del consentimiento en estos casos, es posible deducirla de la interpretación del literal c) del artículo 3 que establece “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño [es decir, persona menor de 18 años] se considerará trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo”.

Si bien, la figura regulada en el art. 367-B CP no especifica el papel del consentimiento como lo hacen otros Códigos penales latinoamericanos, podemos deducir su irrelevancia con base a su ubicación sistemática dentro del articulado. Conforme a ello, estamos en presencia de un delito que hace referencia –además de los bienes personalísimos de las víctimas– a un bien jurídico *supra* individual o difuso, y que por ese solo hecho la permisión expresa que la víctima pueda otorgar resulta indiferente.

Aunado a lo anterior, la aplicación de las diversas formas coactivas estipuladas en el inciso primero del 367-B CP, pone en entredicho cualquier eficacia eximente que el consentimiento pudiera ostentar, o al menos lo va a revelar como viciado, y por ello, será irrelevante.⁶⁶

4. Formas imperfectas de ejecución.

El delito contemplado en el art. 367-B CP, puede ser clasificado como un delito *de mera actividad*, es decir, que basta la realización de alguna de las conductas estipuladas en la descripción típica para que acaezca la consumación⁶⁷. Por tanto, es difícil hablar de tentativa, ya que todas aquellas conductas del *iter delictivo* son castigadas de forma autónoma. Y aún las formas previas al reclutamiento o la

⁶⁶ Un apunte criminológico interesante, pero muy importante a la hora de examinar a las víctimas de estos delitos, lo constituye el denominado “*síndrome de Estocolmo*”, el cual consiste en la cierta afinidad psicológica y sentimental que la víctima desarrolla con relación a su explotador, y que puede llegar hasta el enamoramiento. Los efectos judiciales de tal actitud son predecibles, como por ejemplo, que las víctimas declaren a favor de sus mismos tratantes o, que en ningún momento se consideren afectadas en sus derechos más elementales.

⁶⁷ Al respecto, MUÑOZ CONDE, “*Derecho penal*”, parte general, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, Pág. 291.

captación, ya quedan comprendidas como actos de promoción o favorecimiento conforme a lo señalado en el inciso tercero.

Tales conclusiones derivan de la misma naturaleza del tipo, ya que en esencia –y como se ha dicho anteriormente– se busca el castigo penal a conductas preparatorias a las diferentes formas de explotación, y por su alto nivel de peligrosidad se castigan de forma independiente.

5. Autoría y participación.

Es en la sede de autoría y participación, donde pueden darse las mayores dificultades en la persecución y castigo de la presente figura; pues, precisamente cuando nos encontramos ante una maraña de intervinientes que colaboran de forma fraccionada en cada una de las diferentes fases, puede sobre llevarnos la duda sobre la calificación jurídica que ha de otorgárseles.

Con respecto al tratante individual, no tenemos problema alguno, pues él ostentará el título de actor directo ya que realiza de forma total cada una de las conductas comprendidas en el art. 367-B. Ahora bien, cuando la conducta es realizada por una pluralidad de personas quienes concurren hacia la consecución de un mismo fin común, cabría distinguir entre aquellas que tienen el dominio del hecho, y las que sólo realizan actos de favorecimiento o facilitación.

Es evidente, que ante la existencia de un co-dominio funcional del hecho estaremos en presencia de una coautoría. Y ello acontece cuando existe un plan común y un aporte esencial de cada uno de los intervinientes dentro de la fase ejecutiva del delito (*coautoría ejecutiva parcial o en referencia a una parte esencial del hecho que es llevada a cabo por uno de los intervinientes*).

No obstante ello, es posible afirmar que los problemas de coautoría así como los de autoría directa se simplifican grandemente, pues en la medida que se realice cualquiera de los verbos típicos estipulados en la norma, cabrá aplicar alguno de tales títulos de imputación.

De forma similar, los actos de facilitación a la trata –que generalmente pudieran quedar comprendidos en la complicidad o la instigación– quedan englobados en el inciso tercero del 367-B CP, que los eleva de forma autónoma al grado de autores con relación a la *promoción* o al *favorecimiento*.

Otro problema importante en esta sede, es sin duda la adscripción penal que merece el organizador de todo el proceso de la trata. En otras palabras, los “cabecillas” o “cerebros” de la organización criminal que regularmente se mantienen fuera de los actos ejecutivos o de consumación del delito, pero que tienen el control integral de todo el proceso de la trata. Es evidente entonces, que en muchos casos no podrán ser considerados autores directos pues no “captan”, “trasladan”, “acogen” o “reciben”.

Tampoco podrán ser considerados –en principio– autores mediatos, ya que no se puede aseverar que los ejecutores directos dolosos, efectúen el complejo delictivo adoleciendo de alguna causal de justificación, exculpatoria o de error por las cuales se convierten en “instrumentos” por parte de los “hombres de atrás”.

Por último, aunque la instigación o inducción se muestre como la más idónea, debe tenerse en cuenta que ella se agota con la puesta en marcha de la idea criminal por parte del instigado sin un control posterior alguno por parte del inductor; y en el caso de la organización criminal, existe un control estructurado jerárquicamente, ejercido de forma total hasta en los últimos detalles, trascendiendo entonces los ámbitos de la instigación.

En principio, para la solución de este caso, podría echarse mano de lo expuesto por Hans WELZEL hace muchos años atrás, de considerar al preparador-organizador –o el “cerebro” de la banda– como un coautor más, al igual que los ejecutores directos del hecho. Así, el insigne autor alemán sostiene que es coautor quien efectúa una acción de ejecución en sentido técnico sobre la base del plan común en relación al hecho. Pero también, el que objetivamente sólo realiza actos preparatorios de ayuda, cuando es co-portador de la decisión común al hecho. Por ello, en este último caso, tiene que comprobársele en forma especial la participación en la decisión delictiva, para lo cual se invocarán como indicios el conjunto de circunstancias objetivas y subjetivas del hecho⁶⁸. En pocas palabras, “el *minus* de coparticipación objetiva en la realización típica tiene que ser compensado con el *plus* de coparticipación especial en el planeamiento del delito”⁶⁹.

⁶⁸ WELZEL, “*Derecho penal alemán*”, 4° Edición castellana, Edit. Jurídica de Chile, 4° Edición castellana, 1997, Pág. 132.

⁶⁹ Adiciona WELZEL que esto vale sobre todo para el “jefe de la banda”, así: “...quien proyecta el plan del hecho, distribuye los ejecutores del hecho y dirige sus obras también es coautor, aun cuando él mismo no participe en parte alguna de las acciones de ejecución. Por eso el problema de la coautoría sólo puede ser discernido por una indagación cuidadosa de todo el complot delictivo y del grado de participación objetiva y subjetiva de todos los partícipes, pero no a través de fórmulas a base de lemas”. *Íbid.* Pág. 133.

Actualmente ha cobrado un mayor predicamento en la doctrina, la tesis de considerar al “cerebro” o “jefe” de la organización como un autor mediato de los hechos cometidos por los ejecutores materiales, dolosos y responsables. Se trata de la figura del “autor detrás del autor” y que ha sido resuelta por medio de la tesis propuesta por ROXIN de la “*autoría mediata por medio de los aparatos organizados de poder*”⁷⁰. Estos “autores de escritorio” –como los denomina STRATENWERTH– en sí mismos no colaboran en la ejecución del hecho, pero tienen propiamente el dominio del suceso ya que “al disponer de la organización cuentan también con la posibilidad de convertir las órdenes del “aparato” en la ejecución del hecho”⁷¹. Y dado además, que el sujeto que lleva a cabo la ejecución puede ser reemplazado por otro cualquiera, el “autor de escritorio” no necesita de la coacción, ni del error con relación al ejecutor directo. De este modo, la estructura criminal se muestra en su más completa y efectiva forma. Por tanto, ROXIN propone resolver estos casos aplicando una autoría directa al intermediario ejecutor responsable, y al hombre de atrás por estar a cargo de la cadena de mando⁷². Tal tesis, exceptuando quizás la crítica muy certera de la difuminación de las fronteras entre la autoría y la instigación⁷³, se muestra a mi modo de ver como otra forma muy sugerente de atribuir responsabilidad penal tanto al ejecutor directo de los actos de trata, como a las personas que dirigen o controlan en forma total la actividad. Y por ese motivo, que debe ser tomada en cuenta –igual que la de WELZEL– a la hora de resolver los problemas de participación que el delito estudiado puede presentar en la práctica.

6. Cuestiones concursales.

El delito de trata de personas, puede tener relación con un sinnúmero de figuras penales, lo cual hace que su tratamiento tenga que ser estudiado de forma minuciosa. Por ello, el próximo capítulo versará sobre estas relaciones típicas y sus posibles soluciones dogmáticas.

⁷⁰ ROXIN, “*Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*”, 1° Edición, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1988, Págs. 267 y ss.

⁷¹ STRATENWERTH, “*Derecho penal*”, parte general, 4° Edición, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, Págs. 393 y 394.

⁷² ROXIN plantea: “Cabe afirmar, pues, en general, que quien es empleado en una maquinaria organizativa en cualquier lugar, de una manera tal que puede impartir órdenes a subordinados, es autor mediato en virtud del dominio de voluntad que le corresponde si utiliza sus competencias para que se cometan acciones punibles. Que lo haga por propia iniciativa o en interés de instancias superiores y a órdenes suyas es irrelevante, pues para su autoría lo único decisivo es la circunstancia de que puede dirigir la parte de la organización que le está subordinada sin tener que dejar a criterio de otros la realización del delito”. *Autoría y dominio del hecho*, citado, Págs. 273 y 274.

⁷³ Véase un resumen de las críticas en FIERRO, “*Teoría de la participación criminal*”, 2° Edición, Edit. Astrea, Buenos Aires, 2001, Págs. 393 y 394.

7. Las circunstancias agravantes.

El artículo 367-C contempla cuatro circunstancias agravantes del delito de trata, que permitirían aumentar la pena máxima hasta en una tercera parte. Estas son:

- 1.- Si fuere realizado por funcionarios, empleados públicos y municipales, autoridad pública, agente de autoridad y los agentes de la Policía Nacional Civil.
- 2.- Cuando la víctima sea menor de dieciocho años de edad o incapaz.
- 3.- Si fuere realizado por personas prevaleciéndose de la superioridad originada por relaciones de confianza, doméstica, educativa, de trabajo o cualquier otra relación.
- 4.- Si como consecuencia de la comisión del delito anterior los sujetos pasivos sufren privaciones de libertad en el extranjero, fueren víctimas de delitos de cualquier orden o fallecieren por causas de naturaleza dolosa o culposa.

La primera atiende al especial deber que tienen los servidores públicos, así como los miembros de la Policía Nacional Civil de salvaguardar tanto la vida, como la integridad física, síquica y moral de cada uno de los ciudadanos salvadoreños, y todas aquellas personas de nacionalidad extranjera.

El segundo atiende a las circunstancias personales de la víctima que pueden actuar como condiciones de vulnerabilidad en relación con la trata; en particular su edad o el grado de desarrollo mental o volitivo en el caso del incapaz. Recuérdese, que particularmente el tráfico de menores para fines de explotación sexual constituye la variante más pronunciada del fenómeno de trata.

El tercero castiga más severamente, a los sujetos que se valgan de una situación de prevalimiento respecto de la víctima, derivada de cualquier tipo de relaciones como son las de confianza, domésticas, educativas, laborales, etc. En este sentido, el prevalimiento debe ser entendido como una posición de superioridad que se ostenta sobre la víctima, lo cual permite determinarla o manipularla hacia los fines que escoja quien ejerce el control.

El cuarto, constituye una cualificación por el resultado; en otras palabras, cuando en el devenir de la trata, se genere alguna lesión o puesta en peligro efectivo de alguno de los bienes jurídicos puestos en juego en el delito de trata, será de aplicación el presente numeral, pero con ciertos matices derivados del principio de culpabilidad contemplado en el art. 4 CP.

En efecto, únicamente se podría responder de tales afectaciones, si al menos han sido realizadas con dolo o culpa, quedando excluida la aplicación cuando se

debieran a condiciones fortuitas o imprevisibles o no dominables por parte del sujeto activo.

Bajo esta óptica, este numeral, eliminará la posibilidad de un concurso de delitos, cuando de la trata de personas como figura antecedente se origine de forma posterior y en forma conexas, la privación de libertad así como cualquier otro delito. Sin embargo, ante su posible confrontación constitucional con el principio de culpabilidad penal, las reglas concursales generales pueden en determinado momento entrar en aplicación ⁷⁴.

8. La problemática de las consecuencias accesorias.

El art. 367 B *in fine*, plantea la consecuencia accesoria derivada del delito de trata, cuando estipula: “...[c]uando las acciones descritas se realizaren en locales comerciales o de cualquier naturaleza que requiera permiso de autoridad competente, ésta deberá revocarlo procediendo al cierre inmediato del mismo”.

En primer lugar, cabría plantearse cuál es la naturaleza de esta sanción, ya que no se establece si su carácter es eminentemente penal o administrativo. En efecto, si tiene la virtualidad de ser una sanción penal, ella tendría como fundamento la realización de un hecho antijurídico y culpable por parte de los dueños o arrendantes del lugar, *eo ipso* en el caso de que ello no aconteciera no podría ser impuesta. Tampoco, podría ser entendida como una medida de seguridad, ya que se requeriría una peligrosidad objetiva del medio, y un establecimiento comercial está lejos de compararse con un arma. Por último, quizás cabría la intelección de ser una medida netamente administrativa, cuyo ejercicio corresponde al órgano de la Administración Pública que autorizó tal negocio, quien –previo el debido proceso– debe decidir sobre la clausura del mismo.

En efecto, la última hipótesis apuntada sería la más adecuada según el mismo tenor literal del inciso, pues éste expresa que si el establecimiento requiere un determinado permiso para su funcionamiento, es la misma *autoridad competente que lo otorgó la que debe revocarlo* –y por ello utiliza el pronombre “ésta”–.

Siguiendo tal línea de argumentación, la judicatura penal o los representantes del ministerio público fiscal –al dictarse sentencia o dentro del transcurso del

⁷⁴ Sobre lo anterior, véanse las consideraciones efectuadas en el capítulo III del presente trabajo.

proceso penal– tendrán que remitir copia del informativo criminal respectivo al ente municipal u otra autoridad administrativa que haya concedido la respectiva licencia de funcionamiento del local, sea para su revocación o su no concesión posterior, previo cumplimiento del proceso administrativo sancionador y de la garantía constitucional de audiencia. Por tanto, no estamos en presencia de una medida netamente jurisdiccional; sino mixta, ya que requiere inicialmente de un impulso judicial o fiscal, y en su conclusión de un pronunciamiento administrativo.

En realidad, la redacción de este inciso es poco afortunada, ya que estipula una regla propia para la Administración, y cuyos presupuestos de aplicación obligadamente deben ser regulados conforme a su potestad reglamentaria –v. gr. ordenanzas municipales–, excluyéndose entonces que un Juez pueda aplicarlos. Esta técnica es sumamente distinta, por ejemplo a la utilizada en el art. 64 de la LRARD en lo que se refiere al cierre temporal y definitivo de establecimientos. Así, el cierre temporal total o parcial puede ser autorizado por el Fiscal General de la República o su delegado, por el tiempo y en referencia a las áreas estrictamente necesarias para la investigación. En caso de autorizarse su cierre definitivo, es el Juez penal quien mediante resolución razonada decidirá sobre su procedencia con base a las justificaciones presentadas por la parte interesada o su representante legal, pudiendo en sentencia definitiva “decretar el decomiso del inmueble”. Estas discordancias legislativas expuestas y resaltadas en la comparación, enturbian aún más el ya problemático campo de las consecuencias accesorias derivadas del delito en el Derecho penal salvadoreño, pues no existe en la parte general del Código penal un catálogo claro de las mismas, y que determine fehacientemente su naturaleza. Aún más, en este último caso no existe una ley de procedimientos administrativos que garantice una correcta aplicación de este tipo de sanciones, quedando entonces su ejecución al arbitrio del sinnúmero de regulaciones infra-legales que existen en cada circunscripción territorial nacional.

Efectuando una crítica de la regulación vigente, y desde el plano del principio constitucional de la seguridad jurídica, hubiera sido conveniente distinguir en esta materia entre las medidas de ***clausura temporal*** y la ***clausura definitiva de establecimientos, las cuales debieron quedar comprendidas dentro de las facultades jurisdiccionales***, a fin de que se garantizara de mejor forma los derechos constitucionales puestos en juego –por ejemplo: la propiedad, posesión, trabajo, etc. –.

Desde esta óptica, la clausura definitiva no sería más que una consecuencia accesoria que debería ser regulada junto con el comiso dentro del Código Penal (art. 126 y 127). En cuanto a la clausura temporal, bien pudiera ser regulada como una medida cautelar de carácter real como las que contempla el Código Procesal Penal.

En suma, lo que conviene resaltar es que se trata de medidas muy convenientes *para prevenir la continuidad de la actividad delictiva y los efectos derivados de la misma*⁷⁵; logrando con ello proteger a las víctimas actuales o potenciales de cualquier tipo de explotación que tenga lugar en tales establecimientos; pero que en una detallada reforma legal, deben ser sometidas al exclusivo conocimiento jurisdiccional para su pronto dictado, ya que un procedimiento administrativo puede resultar tardío.

9. El comiso.

El comiso es una consecuencia accesorias, que comprende medidas de carácter administrativo o de naturaleza civil, cuyo presupuesto es la peligrosidad objetiva de determinadas cosas materiales y que se orienta para prevenir la utilización de las mismas en el futuro para la comisión de nuevos delitos⁷⁶.

Doctrinariamente, el comiso comprende la pérdida de los efectos, instrumentos y ganancias derivadas de la realización delictiva. Esta distinción, ha resultado dividida en el estatuto penal vigente en una regulación específica de las ganancias, productos u otras ventajas (126 CP), y en otra referida a los objetos e instrumentos (127 CP), llamando a esta última auténticamente como comiso.

Al respecto, por “*efectos*” se han entendido los objetos creados, transformados o manipulados a través de la realización de la propia infracción –documentos falsificados–. Por “*instrumentos*”, a los útiles o medios empleados para la ejecución del acto criminal –armas, explosivos, etc.– y por último, las “*ganancias*” provenientes de la infracción, las cuales a tenor del art. 126 CP comprenderán valores, derechos y cosas obtenidas por cualquier título⁷⁷.

Con relación al tema que nos ocupa en la presente monografía, el comiso tal cual está regulado no presenta ningún tipo de problemas en su aplicación. Al contrario, resulta sumamente claro que todas las ganancias derivadas de este

⁷⁵ Sobre lo anterior. BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, “*Lecciones de Derecho penal*”, Vol. I, Edit. Trotta, 1997, Pág. 245.

⁷⁶ Sobre esta excelente definición, véase: GRACIA MARTÍN/BOLDOVA PASAMAR/ALASTUEY DOBON, “*Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*”, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, Págs. 446/447.

⁷⁷ Véase al respecto: LANDROVE DÍAZ, “*Las consecuencias Jurídicas del Delito*”, 4º Edición, Edit. Tecnos, Madrid, 1996, Págs. 126/127.

“negocio” podrán ser sujetas a comiso, e igualmente todos los instrumentos utilizados en el mismo –buses, coches, avionetas, barcos, lanchas, armas, etc.–. Y tal pérdida, alcanza hasta el tercero que los hubiesen adquirido a título gratuito, siempre y cuando conozca su procedencia delictiva. Por último, en el dado caso que se haya utilizado documentación fraudulenta, ésta también podrá ser decomisada.

A efectos procesales, conviene tener en cuenta la figura de secuestro de objetos, contemplada en el art. 180 del CPP. Esta es una medida de coerción real, consistente en la aprehensión judicial de objetos o cosas relacionados con el delito, bienes sujetos a comiso o cualquier otro elemento que pudiera ser de importancia para la investigación. En este sentido, el art. 180 CPP establece que “el Juez dispondrá que sean recogidos y conservados los objetos relacionados con el delito, los sujetos a comiso y aquéllos que puedan servir como medios de prueba; para ello, cuando sea necesario, ordenará su secuestro”. Así, pueden ser objetos de secuestro: *a)* los objetos relacionados con el delito, que son aquellos sobre los que se realiza la conducta delictiva (v. gr.: el dinero en el robo) o intrínsecamente son ilegales (v. gr.: el arma no registrada). *b)* los instrumentos del delito o cosas que sirvieron para realizarlo, como suelen ser por ejemplo el cuchillo utilizado en el homicidio o las lesiones, o el vehículo automotor que atropelló a un transeúnte. Y *c)* los efectos del delito, que son los objetos obtenidos en virtud de la conducta delictiva o que contienen signos de la realización, como suele acontecer con los bienes obtenidos mediante el tráfico ilícito de drogas o el lavado de dinero. De acuerdo a lo anterior, en el específico caso de la trata de personas –desde el inicio de las diligencias de investigación– el fiscal o el policía pueden solicitar al Juez –o pedir su ratificación– el secuestro de todos aquellos objetos relacionados con esta figura delictiva; y de los cuales exista una probabilidad positiva que estarán sujetos a comiso.

10. La responsabilidad civil derivada del delito.

De acuerdo al art. 114 CP, la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta, no origina únicamente una responsabilidad penal, sino también una obligación civil de resarcir los daños y perjuicios producidos. Esto es lo que se conoce como la *responsabilidad civil ex delicto*.

En efecto, y tal como sostiene MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, mientras que con la pena el responsable criminal responde frente al Estado y la colectividad, con la responsabilidad civil se pretende, a grandes rasgos, reparar o compensar los efectos que el delito ha tenido sobre la víctima o los perjudicados del mismo⁷⁸.

⁷⁸ Confr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, “*Derecho penal*”, parte general, 3ª edición, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 1998, Págs 651/652.

Por ello, y conforme a razones de economía procesal, es que la acción penal y la acción civil se ejercen conjuntamente en el mismo proceso y, en éste son resueltas de acuerdo a lo que estipula el art. 42 del Código Procesal penal⁷⁹.

Art. 42.- La acción civil se ejercerá por regla general dentro del proceso penal, contra los partícipes del delito y en su caso contra el civilmente responsable.
Civilmente responsable será la persona que de acuerdo con el Código Penal deba responder por el imputado de los daños y perjuicios causados.

También, conviene recordar de acuerdo al art. 118 CP, que tanto los autores como los cómplices responden solidariamente en esta sede, y cada uno “en proporción a su contribución al resultado”, existiendo únicamente contados casos donde se admite la subsidiariedad de tales obligaciones de acuerdo a lo expresado en los arts. 119, 120 y 121 CP.

Ahora bien, de acuerdo al art. 115 CP, las consecuencias civiles *ex delicto* que contempla la legislación penal salvadoreña son: a) **la restitución**; b) **la reparación**; c) **La indemnización a la víctima o a su familia por los perjuicios causados por daños materiales o morales**; y d) **las costas procesales**⁸⁰.

Con relación al delito de trata de personas, nos interesa destacar la contemplada en el numeral 3° del art. 115 CP, cual es la *indemnización de los perjuicios materiales y morales*, la cual no sólo comprende los que se hubieren causado a las víctimas, sino también a los que se hubieren irrogado a sus familiares. Y esta abarca: los daños actuales –daños emergentes–, los que dejaron de percibir –lucro cesante– y la compensación de los perjuicios morales. Dentro de tales rubros podemos enumerar ejemplificativamente: las cantidades gastadas en la repatriación de las víctimas, los gastos médicos derivados de la curación de heridas, medicinas, asistencia psicológica, los sueldos dejados de percibir ya que la víctima abandonó su trabajo con la falsa promesa de una mejor ocupación laboral, el consiguiente desamparo económico en que quedaron los hijos, etc.

El que requiere mayor atención, es el denominado *daño moral*, y del cual hace mención expresa el referido numeral. Esto ha sido dividido por la doctrina científica entre el daño moral *puro* y el daño moral de *repercusión económica*. El

⁷⁹ La única excepción opera con los delitos de acción privada. En estos facultativamente, puede ejercerse la acción civil en el proceso penal o únicamente en la jurisdicción civil o mercantil (art. 44 CPP).

⁸⁰ Un análisis conciso de las mismas: LANDROVE DÍAZ, “*Las consecuencias Jurídicas del Delito*”, citado, Págs. 147/150

primero, sin una relación directa con efectos patrimoniales a diferencia del segundo –v. gr. la afectación al honor ha producido una disminución en la clientela en el negocio de la víctima–⁸¹.

Los recaudos para su establecimiento en el primer caso –el daño moral puro– deben ser a lo sumo cuidadosamente delimitados por el juez, y deben valorarse aspectos como los sufrimientos físicos y morales causados a las víctimas, así como los procesos de estigmatización social y re-victimización producidos de forma posterior entre otros posibles supuestos.

Debe tenerse siempre en cuenta, la severa advertencia formulada por QUINTANO RIPOLLÉS, y es la posibilidad de que el perjuicio moral se convierta paradójicamente en el más inmoral de los tráficos, incluso provocando actividades delictivas con el incentivo de obtener ventajas económicas. Por ello, se requiere tener un tacto muy especial, acordándose indemnizaciones por perjuicios morales solamente cuando sea factible un quebranto económico valorable, aun cuando éste sea remoto como acontece en el daño moral puro⁸². En la misma línea restrictiva, debe plantearse con relación al término “familiares” que utiliza el referido numeral 3°. En efecto, sólo pueden entenderse como “perjudicados” quienes resulten directamente afectados –padres, hijos o personas que convivan directamente con la víctima –, y no cualquier otro pariente menos próximo a ellos. De no ser así, se estaría abriendo una peligrosa portilla que daría entrada a cualquier persona, so pena de hallarse ligada por supuestos vínculos parentales o afectivos.

En conclusión, la responsabilidad civil vía indemnización de daños y perjuicios es no sólo posible, sino también viable en el enjuiciamiento de los delitos relativos a la trata de personas.

⁸¹ MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BOSOCO, *“Las Consecuencias Jurídicas del Delito”*, 3° Edición, Edit. Civitas, Madrid, 1996, Pág. 241.

⁸² LANDROVE DÍAZ, *“Las consecuencias Jurídicas del Delito”*, citado, Pág. 149.

CAPÍTULO TERCERO

LAS FIGURAS DELICTIVAS RELACIONADAS CON EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS Y LOS PROBLEMAS CONCURSALES.

La realización de cada uno de los eslabones que constituyen el fenómeno delictivo de la trata de personas, puede conllevar igualmente conductas como el cruce de fronteras, la falsificación y el uso de documentos de identidad, las lesiones y puesta en peligro de la integridad física de las víctimas o el ejercicio de violencia en contra de ellas. Puede acontecer además, que el desenlace de todo el proceso criminal, culmine con alguna forma de explotación sexual comercial o laboral, por parte de alguna asociación criminal constituida de antemano para tales fines.

Como se advierte entonces, podemos encontrarnos ante supuestos concretos, donde la realización del delito de trata, comprenda o se relacione con otras conductas punibles contempladas en el Código penal, generando problemas interpretativos que pueden consistir en un concurso de leyes o de delitos.

Las soluciones a tales disyuntivas hermenéuticas, parten inicialmente de fijar con precisión los alcances de cada disposición legal, para luego colegir si estamos en presencia de alguna de las dos modalidades a las que nos referimos en el párrafo anterior.

De inicio, conviene precisar, que el concurso de leyes es ante todo un problema de naturaleza interpretativa que tiene como base la escogitación de *una sola norma* como la más correcta para la resolución del caso, pues lo engloba cabalmente⁸³. Mientras que el concurso de delitos, supone *un hecho* o *varios* que pueden ser contenidos *en una* o *en varias normas*.

⁸³ Sobre las reglas que rigen la interpretación penal, se muestra muy detallado: VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “*Derecho penal*”, parte general, 2° Edición, Edit. Temis, Bogotá, 2005, Págs. 119/120.

De acuerdo con MIR PUIG, cuando uno o varios hechos constituyen varios delitos conjuntamente estimables, existe un concurso (ideal o real) de delitos. Se habla en cambio, de concurso de leyes cuando uno o varios hechos son incluibles en varios preceptos penales de los que sólo uno puede aplicarse, puesto que su estimación conjunta supondría un *ne bis in idem*⁸⁴. Respecto a este último caso, el art. 7 CP regula los tres criterios que generalmente suelen ser interpretados para resolver tales antinomias interpretativas: *el de especialidad, el de subsidiariedad y el de consunción*. Al efecto, existe relación de *especialidad* cuando entre varios tipos penales, uno de ellos contiene todos los elementos del otro, y además, de un *plus* que lo hace especial o específico (“*la ley especial se aplica con preferencia a la general*”). La *subsidiariedad* acontece, cuando un tipo penal es auxiliar o subsidiario respecto de otro, según los términos que la ley establece. Por último, la *consunción* cuando el contenido de un tipo penal, ya se encuentra comprendido en otro (“*la aplicación del tipo que consume impide la aplicación del consumido*”)⁸⁵. En relación al concurso de delitos, conviene tener en cuenta sus dos formas básicas: el concurso real (art. 41 CP) y el ideal (art. 40 CP). El primero, es el más simple, pues hay varios hechos y varios delitos; mientras que en el segundo, existe un solo hecho y varios delitos⁸⁶. Por último, vale la pena hacer una referencia, al delito continuado como una pluralidad de acciones que por razones probatorias se unifican como un hecho singular⁸⁷.

En la materia particular de este trabajo, es imprescindible tener claro, si estamos en presencia tanto de un concurso de leyes o de delitos en relación con la trata de personas, pues ello conllevará un tratamiento penológico diferente.

Así, en los supuestos de concurso de leyes se impondrá la pena respectiva señalada en la descripción legal escogida como la más adecuada al caso; mientras que en los concursos delictivos, la sanción penal se regirá por los principios de acumulación de penas o de su exasperación dependiendo del tipo de concurso que se trate (real, ideal o continuado).

⁸⁴ MIR PUIG, “*Derecho penal*”, parte general, citado, Pág. 675.

⁸⁵ Muy detalladamente. ZUGALDÍA ESPINAR, “*Fundamentos de Derecho penal*”, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, Págs. 304 y ss.

⁸⁶ Al respecto, BUSTOS RAMÍREZ, “*Manual de Derecho penal*”, Parte general, 3° Edición, Edit. Ariel, Barcelona, 1989, Págs. 300 y ss.

⁸⁷ De acuerdo con BERDUGO y otros (“*Lecciones de Derecho penal*”, citado, Pág. 307): “Cuando un mismo sujeto comete sucesivamente varias infracciones entre las cuales existe una determinada homogeneidad, el legislador recurre a la ficción de considerar que desde un punto de vista jurídico existe una sola, calificándola de continuada (...). No cabe duda de que cada acción cotidiana reviste los caracteres de una infracción punible, siendo por consiguiente un caso claro de concurso real. Pero el ordenamiento jurídico prefiere unificar su tratamiento por diversas razones y, entre ellas, porque resulta más sencillo demostrar en juicio una actividad continuada que descender al detalle de cada uno de los hechos”.

Ahora bien, conviene estudiar los delitos con los cuales, el tipo penal contemplado en el art. 367-B CP tiene una mayor relación y en los que pueden suscitarse dudas interpretativas.

1. El tráfico ilegal de personas (migrantes).

Por medio del Decreto Legislativo N° 568 del año 2001 –publicado en el Diario Oficial del 12 de octubre del mismo año–, fue introducido al Código penal el delito de tráfico de personas contemplado en el art. 367-A, el cual quedó redactado de la siguiente manera:

“La persona que por sí o por medio de otra u otras, en contravención a la ley, intentare introducir o introduzca extranjeros al territorio nacional, los albergue, transporte o guíe, con el propósito de evadir los controles migratorios del país u otros países, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años.

Con igual pena, será sancionada la persona que albergue, transporte o guíe a nacionales con el propósito de evadir los controles migratorios del país o de otros países.

En igual sanción incurrirán las personas que con documentación falsa o fraudulenta traten de hacer o hicieren salir del país a salvadoreños o ciudadanos de cualquier otra nacionalidad; o los que utilizaren documentación auténtica, cuyo titular es otra persona.

Si como consecuencia de la comisión de este delito los sujetos pasivos sufren privaciones de libertad en el extranjero, fueren víctimas de delitos de cualquier orden o fallecieren por causas violentas, o de naturaleza culposa, la pena se incrementará en las dos terceras partes.

Estamos en presencia de una figura tan novedosa en el Derecho penal salvadoreño, como lo es la misma trata de personas; encontrándose ambas reguladas en los delitos contra la humanidad.

Sin embargo, aunque dentro de las mismas puedan encontrarse semejanzas –v. gr.: que exista una *transmigración* en el tráfico, la cual requiere un aparataje logístico muy similar al de la trata externa– existen ciertas diferencias respecto a los contenidos de cada uno de los tipos; y aún hasta del bien jurídico que se intenta proteger. Así, es palpable observar, las siguientes diferencias:

A) Tal como lo han puesto de relieve las diferentes decisiones de la justicia salvadoreña, el bien jurídico protegido en el tráfico de migrantes es el control migratorio que el Estado ejerce, y el cual permite que el flujo de personas con rumbo hacia otro país o que tengan como destino el nuestro, se produzca

conforme a los mecanismos legales determinados⁸⁸. En palabras más sencillas, el mantenimiento controlado del flujo migratorio y en el mismo plano también, la protección de los derechos de los migrantes⁸⁹. Sin embargo, en la trata, el bien jurídico protegido es en suma la dignidad y la integridad personal de las víctimas las cuales resultan lesionadas o puestas en peligro en todo el lapso que transcurre en cada una de sus fases.

B) Por otra parte, el tráfico ilícito de migrantes supone generalmente y en todos los casos la característica de transnacionalidad o de cruce de fronteras nacionales, como fin que da contenido al referido tipo de injusto. Mientras que la trata de personas, puede efectuarse en el mismo país (trata interna), y por ello sólo significar un cambio del domicilio de la víctima.

C) Refiriéndonos siempre a la finalidad perseguida –que es en realidad el elemento más importante de distinción– la trata siempre perseguirá la ulterior explotación de la víctima⁹⁰; mientras que el tráfico ilegal de migrantes, la gratificación monetaria por el paso de fronteras o por la consecución exitosa del traslado clandestino.

La distinción entre ambas figuras, es aún más clara, cuando se confrontan las definiciones internacionales brindadas en los dos protocolos facultativos que complementan la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Así por ejemplo, el literal a) del artículo 3 del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, define el “tráfico ilícito de migrantes” como 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”. Mientras, que en el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, se define esta figura criminal como “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o

⁸⁸ Al respecto, MORENO/RUEDA, “Código Penal de El Salvador comentado”, 2º Edición, Edit. AECI/CNJ, San Salvador, s/f, Pág. 1190-1191.

⁸⁹ Sobre la mencionada tesis, puede verse: PALOMO DEL ARCO, “Criminalidad organizada y la inmigración ilegal”, artículo citado, Pág. 175.

⁹⁰ De acuerdo con MUNTARBHORN, la explotación es el elemento esencial de la trata de personas. Así en términos muy gráficos expresa: “[s]i cruza una frontera y llega a un burdel, eso es trata; si cruza la frontera con la ayuda de alguien y no llega a un burdel, eso es trata; si cruza la frontera con la ayuda de alguien y no llega a un burdel y está muy feliz de haber cruzado la frontera, eso es tráfico. Así que para la trata, debemos enfocarnos y acercarnos más al elemento explotación que la hace diferente de traficar. Al respecto véase su artículo: “Leyes Penales contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes: ¿Buenas prácticas alrededor del mundo?”, Revista: ¡Ya es hora!, N°3, OIT/IPEC, Abril 2005, Pág. 5.

beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación”. Contrastando ambas definiciones, podemos concluir que estamos en presencia de fenómenos criminales con singulares diferencias, y que merecen una regulación independiente en los estatutos criminales.

D) Existe una última diferencia de carácter victimológico, y es la relativa a la anuencia que otorga la víctima en el tráfico de migrantes con relación a las actividades que efectuará conjuntamente con la persona encargada de su transporte, y aún conociendo que ellas pueden reportarle una efectiva puesta en peligro a su integridad⁹¹. Por tanto, el delito de tráfico, puede ser caracterizado como un *delito de convergencia*, donde tanto el traficante como el migrante se ponen de acuerdo con relación a tópicos como el traslado internacional y su precio. En cambio, en la trata –en razón de las diversas modalidades de captación en las que opera el engaño, la violencia, el sometimiento a un patrón de autoridad o prevalimiento– es muy difícil hablar de una convergencia para “ser explotado voluntariamente”. Por tanto, es muy difícil hablar de un consentimiento libre, espontáneo y expreso en estos casos.

En realidad, lo que va a definir la calificación por uno o por otro delito, será la finalidad que se persigue; y esto probatoriamente ha de deducirse de las circunstancias objetivas que el caso reviste. Por ejemplo: la creación de expectativas de colocación laboral en otro país por medio de agencias que tienen “contactos” con otros países, la custodia que se le brinda a la víctima por medio de personas armadas o su acompañamiento entre diferentes aeropuertos, así como también su prolongado encierro o detención en algún lugar diferente al de su país de origen, son datos importantes que deben tenerse en cuenta a la hora de precisar el tipo a aplicar.

Igualmente, pueden acontecer hechos que inicien como un delito de tráfico, para posteriormente ser calificados como trata. Por ejemplo, cuando el traficante no reciba la cantidad acordada en el país de origen, y decida cederla a otra persona para que la explota. Aquí estaremos en presencia de un concurso real de delitos entre el delito contemplado en el 367-A con el 367-B; ya que, la finalidad inicial era el cometimiento de un delito de tráfico ilegal de migrantes, y el cual se consumó con el cruce de fronteras. A éste habría que añadirle el propósito de una ulterior explotación para la aplicación del 367-B CP. Pudiera acontecer igualmente que el “coyote” decida explotar él mismo a la víctima, en este caso cabría un concurso entre el delito de tráfico ilegal de personas, y el que regule de forma autónoma la explotación –por ejemplo, si es el relativo a la prostitución–.

⁹¹ Surge una interrogante que no puede ser contestada en el presente trabajo y es la siguiente: ¿nos encontraremos en el tráfico ilegal de personas (migrantes) en una autopuesta en peligro consentida por la propia víctima?, y bajo tal perspectiva: ¿ostenta relevancia alguna el consentimiento a efectos despenalizadores?.

2. El comercio de personas.

Luego de la inclusión del delito de tráfico de personas en el Código penal, el delito de comercio de personas –incluido desde el Proyecto– se mantiene tal y cual ha sido su redacción desde la promulgación del referido estatuto criminal:

Art. 367.- El que por sí o como miembro de una organización internacional, se dedicare al comercio de personas con cualquier fin, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años.

Si el comercio se realizare con mujeres o niños salvadoreños, la sanción podrá aumentarse hasta en una tercera parte del máximo señalado.

Efectuando una interpretación sumamente literalista del precepto, por comercio se entiende en términos gramaticales la “*negociación que se hace comprando y vendiendo o permutando géneros o mercancías*”⁹². En dicho sentido, lo ha entendido la contada doctrina nacional, existiendo “cuando haya un trato en relación con el comercio, discutiéndose precios y condiciones, en cuyo caso, todos los tratantes, como vendedores, compradores, intermediarios o por cualquier intervención, incurrir en autoría de este delito”⁹³.

En efecto, la disposición penal citada castiga todo tipo de transacción económica en la que se encuentre inmersa una persona; y aún más, se castiga al que ordinariamente se dedica a ello. Ello conlleva de alguna manera un aparente conflicto interpretativo con el delito de trata.

Ambos tipos hacen referencia como sujetos activos, tanto los que realicen de forma individual cualquiera de las conductas reguladas, como también a los que pertenezcan a una organización nacional o internacional.

En realidad, la trata, tal y como ha quedado regulada en el Código penal vigente, pudiera albergar perfectamente al comercio de personas; pues ella presupone en una variedad de casos una actividad mercantil, sólo que con fines de explotación; y por ello, es mucho más amplia que el mismo comercio.

Con relación a este último punto, de acuerdo a su redacción legal, el delito de comercio de personas se consume con el sólo “contrato” o “negociación”, mientras que en la trata de personas se buscaría un fin trascendente más allá del pago.

⁹² RAE, “*Diccionario de la Lengua Española*”, 1992, Pág. 365.

⁹³ MORENO RUEDA, “*Código penal comentado*”, 2° edición, citado, Pág. 1188.

Ahora bien, de *lege lata*, puede deducirse que el legislador –al no haber derogado expresamente el delito de comercio de personas– ha querido reservar el castigo contemplado en el 367 CP, a quienes efectúen materialmente una transacción monetaria (compraventa) o de otra naturaleza (p. ej. permuta) con personas; pudiendo quedar englobados, todos aquellos intervinientes en el proceso posterior de envío, recepción, albergue y explotación en el delito de trata de personas. Por tanto, estaríamos ante una relación de especialidad entre ambos tipos, donde la existencia o no de una transacción comercial es el elemento clave.

Conviene advertir, que nos encontramos ante un terreno muy difuso, pues regularmente cada una de las personas que intervienen en el proceso de la trata efectuada por una organización criminal, colaboran en razón de obtener una gratificación económica. Pero en estos casos, la aplicación del 367-B CP pone el acento en conductas que se inspiren en un móvil de explotación. En base a lo anterior, si el autor ha efectuado alguna de las conductas descritas en el 367-B (reclute, transporte, traslade, acoja o recepte personas) con finalidad de explotación, este tipo será aplicable y no el de comercio de personas. Este último, entrará en consideración únicamente, cuando estemos ante un acto concreto de “comercio” en su sentido más gramatical, teniendo entonces una naturaleza subsidiaria con relación a la trata de personas. Al respecto, no conviene dejar de lado, que el tipo del 367 CP tiene una importante ventaja probatoria con relación al delito de trata, pues no se requiere probar en juicio que el autor o los autores del comercio perseguían algún objetivo diverso, más allá del de la mera transacción comercial.

3. Los delitos sexuales, especial referencia a los relativos a la explotación sexual comercial.

A. Estado de la cuestión a nivel legal y una breve consideración crítica.

La importancia de los delitos sexuales con el tema de la trata de personas radica esencialmente en su íntima conexión con la fase última de la trata relativa a la explotación sexual de la víctima, la cual puede converger con algunos de los delitos relativos a la prostitución, pornografía y exhibicionismo. Y ello sin descartar que podamos encontrarnos en algunos casos, ante graves atentados a la libertad sexual como pueden ser la violación y la agresión sexual, los cuales pueden entrar en concurso con el delito de trata de personas como tendremos ocasión de ver.

Aparte de lo anterior, el Decreto Legislativo 210 del 2003, ha efectuado una sustancial transformación en la mayor parte de los delitos relativos al Título IV del Código penal, así también de forma subsecuente al Código de familia y a la Ley

Procesal de familia. Tales reformas han incidido directamente en materias relativas a la protección de menores e incapaces, y donde la intervención del Derecho penal se ha vuelto más intensa. Es por ello que podemos afirmar, que el legislador penal ha tenido como objetivo de la reforma, el otorgar una protección sexual de la indemnidad sexual de la niñez bajo todos los frentes⁹⁴.

Empero, conviene plantear si la forma en que ha efectuado tal reforma legislativa ha sido la correcta, pues al menos existen *cuatro* puntos que requieren una profunda discusión: (1) las nuevas escalas penales de la mayor parte de los tipos referidos a la libertad sexual; (2) la utilización de conceptos normativos demasiado indeterminados (obscenidad, indecoroso, lúbrico, material pornográfico, deficiente mental), los cuales abren una portilla para una excesiva interpretación de lo que podría comprenderse dentro de los tipos⁹⁵; y (3) la distorsión aplicativa entre los mismos tipos, pues en algunos casos la misma conducta ya se encontraba regulada en otro⁹⁶; y, (4) el castigo a situaciones carentes de relevancia con relación a la

⁹⁴ En este sentido, de acuerdo a uno de los considerandos de los referidos Decretos Legislativos, se establece: “...brindar una mayor protección para la niñez y adolescencia (...), la explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes es una violación a sus derechos fundamentales, sancionar la irresponsabilidad en el cumplimiento de los deberes de asistencia económica a favor de las hijas e hijos, etc.”

⁹⁵ A la entrada en vigencia del Código Penal, algunos delitos ya suscitaban cierto escozor con relación al mandado constitucional de certeza de los tipos penales contenido del principio de legalidad; uno de ellos, era el relativo al término “corrupción” contemplado en el art. 167 CP el cual con base a una variedad de malabarismos interpretativos puede ser objetivamente delimitado, salvando así posiblemente su confrontación constitucional. Sin embargo, las recientes reformas legislativas han utilizado de forma incesante conceptos sumamente vagos e imprecisos como las que se encuentra en los arts. 165 –conducta sexual indeseada, conducta inequívoca de naturaleza o contenido sexual–, 169 y 169-A –actos sexuales o eróticos–, 171 –actos lúbricos o de exhibición obscena o indecorosa–, 172 –material pornográfico, inadecuado–, 173 –actividades sexuales eróticas o inequívocas de naturaleza sexual, explícitas o no, 173-A –actividades pornográficas o eróticas–, donde su acertada comprensión interpretativa depende en muchos casos de una libre intelección judicial, entendida en el más amplio sentido de la palabra, pudiendo desembocar ello en una absoluta inseguridad jurídica para el justiciable, y para el mismo ejercicio del Derecho penal.

⁹⁶ Por ejemplo, el art. 169 CP reformado castiga a todo aquel que promueva, facilite, administre, financie, instigue u organice “de cualquier forma” la utilización de menores de dieciocho años en actos sexuales o eróticos, sean estos públicos o privados. En similares términos, el art. 173 CP no sólo castiga quien utilice a un menor o incapaz –peyorativamente también llamado: “deficiente mental” según el texto de la ley– en cualquier medio en el que se exhiban “en actividades sexuales eróticas o inequívocas de naturaleza sexual, explícitas o no, reales o simuladas”; sino también a “quien organizare o participare en espectáculos, públicos o privados, en los que se hace participar a las personas señaladas en el inciso anterior –persona menor de 18 años, incapaz o deficiente mental– en acciones pornográficas o eróticas. Como se advierte, la organización de un evento de clara connotación erótica, y el cual tenga como base la utilización de un menor de 18, y que no se trate de la elaboración de material pornográfico, puede quedar comprendido tanto en el 169 como en el 173 inciso segundo. A menos que se entienda que un espectáculo público o privado, es distinto de un acto público o privado, lo cual ameritaba al menos una interpretación auténtica en tal sentido. En realidad, el problema no radica tanto en la descuidada técnica legislativa utilizada –la cual no puso el acento en el art. 173 exclusivamente en la pornografía para dejar los demás casos para el art. 169– sino que las escalas penales para una misma conducta son distintas; y por cierto una –la del 173 inciso segundo–, es más grave que la otra –169

libertad sexual y a la indemnidad sexual de menores e incapaces (v gr. oferta y demanda de prostitución ajena entre adultos, art. 170-A CP).

Es preciso entonces, a partir de tales aristas, estudiar los aspectos esenciales de estas figuras –empezando por el bien jurídico tutelado– así como la sistemática tomada por el Código penal en la materia, para luego ponerlas en relación con la trata de personas en sus distintas posibilidades concursales

B. El bien jurídico protegido y la sistemática legal en los delitos sexuales.

De acuerdo a la rúbrica que ostenta el título IV del Código penal, puede establecerse con facilidad que es la libertad sexual el bien jurídico protegido por cada uno de los veintiún tipos contentivos en tal articulado. El mismo, ha sido entendido como aquella faceta de la libertad cuyo contenido esencial son las facultades de autodeterminación sexual, esto es: *a)* la posibilidad de elegir y practicar la opción sexual pretendida en cada momento; *b)* la posibilidad de elegir y servirse del propio cuerpo sin más limitaciones que las derivadas del obligado respeto a la libertad ajena; *c)* escoger compañero o compañera sin consentimiento; y *d)* rechazar las proposiciones indeseadas, así como repeler los ataques a tal libertad; buscando la protección penal, castigar conductas que obstaculicen cada una de estas opciones⁹⁷.

Sin embargo, y de acuerdo a un amplio consenso doctrinario, se ha advertido que en algunos de estos delitos, el bien jurídico protegido no resulta ser necesariamente la libertad sexual, pues la protección penal, en muchos casos, se dispensa a personas que no la han desarrollado totalmente (menores) o, tienen escasa conciencia de la misma de forma permanente (incapaces). Es así, que junto a la libertad sexual, aparece de igual forma protegida la ***indemnidad sexual de los menores y de los incapaces***⁹⁸.

En estos casos, con relación al menor, lo que se pretende es proteger su libertad futura o más bien, la normal evolución y desarrollo de su personalidad, para que cuando sea adulto decida en libertad su comportamiento sexual. En el

inciso primero–; pudiendo en este caso, el Juez escoger la más grave o la más leve para un mismo hecho.

⁹⁷ Sobre lo anterior, ORTS BERENGUER, en: VIVES ANTÓN y otros, “*Derecho penal, parte especial*”, citado, Pág. 222/223.

⁹⁸ Véase al respecto: MUÑOZ CONDE, “*Derecho Penal*”, Parte Especial, citado, Pág. 196/197.

caso del incapaz o deficiente mental, evitar que sea utilizado como objeto sexual de terceras personas, las cuales se aprovechen de tal situación para satisfacer sus deseos sexuales⁹⁹.

De acuerdo a tal clasificación, podríamos dividir el articulado correspondiente al título IV del Código penal, en aquellos tipos penales que protegen la **libertad sexual propiamente dicha**, y los que protegen **la indemnidad sexual de menores e incapaces**.

Desde esta perspectiva, dentro de los delitos que afectan directamente a la libertad sexual, nos encontramos tanto con las agresiones sexuales –entre ellas la violación–, y los abusos sexuales –como el estupro propiamente dicho y el acto sexual diverso– teniendo como cláusula de cierre el acoso sexual, que pese a su deficiente redacción, puede considerarse como un acto preparatorio de la agresión sexual¹⁰⁰. Más allá de los anteriores, podríamos encontrar igualmente el delito de determinación a la prostitución entre adultos como una forma de afectación a la libertad sexual (art. 170 CP).

Con relación a la indemnidad sexual de menores e incapaces, esta resulta protegida por medio de los tipos relativos a la corrupción de menores e incapaces, prostitución, exhibiciones obscenas y pornografía; de los cuales algunos de ellos, han sido reformados recientemente como: inducción, promoción y favorecimiento de actos sexuales o eróticos (art. 169 CP), y la remuneración por efectuar tales actos (art. 169 A CP).

Inicialmente, el Código penal tipificaba en esta materia, la inducción promoción y favorecimiento de la prostitución de un menor, e incrementada la pena cuando se determinaba coactivamente a un menor para tal práctica. Asimismo, se castigaban las exhibiciones de contenido obsceno como también la difusión, venta y exhibición de material pornográfico ante menores e incapaces. Por último, se sancionaba la utilización de los mismos en la elaboración de pornografía y actividades de exhibicionismo erótico. Actualmente, por medio de las sucesivas reformas legales, el primer delito cambió su *nomen iuris* como inducción, promoción y favorecimiento de actos sexuales o eróticos, con lo que se amplía su alcance a cualquier actividad que suponga la satisfacción de libido lascivo más allá de la prostitución; aunado al mismo, se añadió al CP el delito de remuneración por actos sexuales o eróticos,

⁹⁹ *Íbid.*

¹⁰⁰ Con objeciones sumamente válidas relativas al acoso sexual, puede consultarse a ORTS BERENQUER, en: VIVES ANTÓN y otros, “*Derecho penal*”, parte especial, citado, Pág. 222/223.

como complemento del anterior y el cual busca castigar al “cliente” de estos actos¹⁰¹. En materia de exhibiciones obscenas, igualmente se amplía el horizonte de punibilidad castigando también cualquier incitación sexual que se realice en lugar público o expuesto al mismo. Igualmente, se realizan sendas adiciones casuísticas a los delitos de pornografía y utilización de menores e incapaces o deficientes mentales en pornografía, así como se agrega un nuevo tipo relativo a la posesión de pornografía de personas menores de 18 años e incapaces. Como conclusión, se reportan en el art. 173-B, circunstancias agravantes que permiten llegar a aplicar hasta una tercera parte del máximo de la pena, además de la pena accesoria de inhabilitación por el ejercicio de la profesión durante el tiempo que dure la condena.

C. Las relaciones del delito de la trata de personas con los delitos contra la libertad sexual.

Lo que distingue esencialmente a las agresiones sexuales de los abusos sexuales, es que el contacto carnal –vaginal, rectal, bucal o por introducción de objetos– se realiza en el primero de los casos por medio de la violencia física o la intimidación; mientras que en los segundos, el uso de medios fraudulentos es el camino que el agente utiliza para acceder a la víctima. Ahora bien, con relación al tema estudiado de la trata, particular interés merecen las agresiones sexuales, pues pueden constituir algunas de las tantas vejaciones y humillaciones añadidas que sufren las víctimas antes y durante su explotación.

En efecto, cuando el autor o los autores de la trata –además de efectuar el resguardo o custodia de la víctima en contra de su voluntad– acceden sexualmente a ella por medio de la violencia o intimidación, estaremos en presencia de un concurso real de delitos entre la trata y una violación o agresión sexual –dependiendo en este último caso, si ha existido acceso carnal–. Y esto resulta sumamente claro, en la medida que constituyen dos ejercicios de *vis compulsiva* con finalidades

¹⁰¹ En realidad, valdría hacerse la pregunta, si la remuneración efectuada por el “cliente” a la víctima o al rufián que la explota, no podría considerarse como una financiación a la actividad, y por ende, quedar ya comprendida en la letra del art. 169 CP en su reciente redacción. En realidad, esta hipótesis se muestra en consonancia con la clara interpretación del término “financiar”, y valdría para eliminar de un plumazo el art. 169-A CP, siendo aplicable el primero de los citados. Sin embargo, al existir un tipo explícito para el aporte dinerario a cambio de algún tipo de actividad erótico-sexual, más de alguna razón se tuvo que haber tenido para ello. La razón vendría de la mano quizás, porque el legislador decidió enfocar el mayor efecto intimidatorio y disuasivo de la pena en estos casos, y para ello decidió crear un precepto específico. Así, conforme al principio de especialidad, éste sería de preferente aplicación. Conviene agregar, que situación similar se observa por ejemplo en Costa Rica, donde fue adicionado al Código penal una disposición legal similar a la nuestra. Al respecto: RIVERA, “*El delito de relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad*”, Boletín Temático “Ya es hora”, N° 5, OIT/IPEC, San José, Abril, 2006, Págs. 24/29.

diferentes –una para su posterior explotación y otra para lograr doblegar su voluntad y perpetrar su agresión–.

Aceptando esta tesis del concurso, entre el delito contemplado en el 367-B del CP y las agresiones sexuales, la aplicación de las circunstancias agravantes que acompañan a estas últimas se muestra más que factible. De inicio, pueden ser perfectamente aplicable alguna de las expresadas en el 162 CP como las contempladas en el numeral 3° -cuando la víctima fuere menor de dieciocho años de edad-, numeral 5° -cuando se ejecutare con el concurso de dos o más personas-; y numeral 6° -cuando se hiciera uso de medios, modos, o instrumentos especialmente brutales, degradantes o vejatorios. Sin embargo, es discutible la aplicación de la agravante relativa a los vínculos de custodia, guarda o protección entre el agente y la víctima –numeral 4°-. Pues en tales casos, la relación tiene como base una posición de garantía dimanante de una relación reconocida por el derecho o al menos de una asunción unilateral de una obligación de cuidado. Sin embargo, resultará posible la aplicación de la contemplada en el numeral 2° –por cualquier otra persona que tuviere bajo su custodia a la víctima–.

En términos similares, al enfocarse primordialmente la opción de un tipo o del otro, con base al ejercicio de la violencia física o la intimidación para lograr el yacimiento con la víctima, cabría igualmente apreciar otro posible concurso ideal o real de delitos entre la remuneración de actos sexuales o eróticos y la violación o agresión sexual.

El cliente que decide pagar al regente de una “barra para adultos” para acceder carnalmente con un adolescente de dieciséis años, a quien necesariamente se le tiene que aplicar fuerza o intimidación para lograr tener acceso carnal, comete tanto el delito contemplado en el art. 169-A con cualquiera de los estipulados en el 158 o 160 del Código Penal, pudiendo acontecer que el primero sea un medio para lograr el segundo (concurso ideal medial). También, podemos encontrarnos ante la variante de un concurso real, cuando el precio acordado es únicamente para un “baile privado”, pero posteriormente el cliente decide violar o agredir sexualmente a la víctima. Sin embargo, conviene advertir que en el primer caso, la cualificante referida a la edad de la víctima –menor de dieciocho años– sólo será tomada en cuenta en relación al 169-A, no pudiéndose tomar en cuenta respecto a las agresiones sexuales, so pena de infringir el principio constitucional relativo al *ne bis in idem* –tomar un hecho y darle al mismo diversos efectos agravatorios-. En el segundo, por ser un concurso real, al ser hechos distintos puede aplicarse la cualificante de la edad tanto en uno como en el otro, tal y como aparece regulada en el 169-A y en el 162.

Con relación a las conductas fraudulentas, que podríamos englobar dentro

de los abusos sexuales, quizás pudiera acaecer alguna confusión con la trata en relación al factor “engaño”; empero, éste adquiere un contenido distinto en ambas figuras. Así en tipos como el estupro, el engaño busca al menos el yacimiento único o reiterado con la víctima; y aún, puede buscar promover la corrupción del menor.

En cambio, en la trata, se constituye en un medio para lograr la anuencia o consentimiento de la víctima, para su posterior explotación sexual. Como se advierte, tanto la finalidad que el agente persigue como el sometimiento permanente de la víctima es lo que distinguen ambos tipos, siendo su naturaleza dogmática claramente distinta.

D. El delito de trata de personas con los delitos relativos a la indemnidad sexual.

En esencia, y como se ha dicho anteriormente, la indemnidad o intangibilidad del normal desarrollo del menor y, el resguardo del incapaz ante su instrumentalización es lo que da sentido a los tipos contemplados del art. 167 hasta el 173-B del Código penal. Y particularmente, tal protección se relaciona con las actividades de exhibicionismo sexual, pornografía y prostitución.

Ahora bien, a efectos del tema, los que revelan una íntima conexión con la trata de personas, son en puridad aquellos delitos que se relacionan con la utilización de menores y adolescentes en espectáculos de exhibicionismo sexual tanto públicos como privados, en la elaboración de pornografía, y en relación a la prostitución. Todo lo anterior, actualmente englobado bajo el término de la ***explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes***¹⁰².

Empezando con el primero, el involucramiento de los referidos sujetos pasivos con relación a actividades exhibicionistas de carácter erótico-sexual por parte de terceros a fin de lograr con ello un provecho económico— es decir, aquellas que suponen la demostración de los órganos genitales, vgr. bailes “topless”, “barra show”, y aún la prostitución, etc. — quedarían comprendidas o bien dentro de los

¹⁰² Descartamos de este estudio el delito de exhibiciones obscenas (art. 171 CP), en la medida que éste, supone —en principio y más allá de la letra de la reforma— la ejecución pública de actos de contenido obsceno ante menores e incapaces, que pueda afectar de esa forma su intangibilidad sexual. En este caso, su contenido con la trata es muy lejano, a menos, que se utilicen personas menores de dieciocho años o incapaces para tales actos. Aquí, ya entraríamos al terreno o bien del 169 o del 173 del CP, que si son relevantes con relación a la trata de personas como lo veremos más adelante.

arts. 169 o 173 –que igualmente los contempla junto con la pornografía–.

De acuerdo con lo anterior, los actos finales de la trata que comprenden la explotación sexual comercial bajo esta modalidad de exhibicionismo, quedarían englobados bajo el presente tipo y no del 367-B CP, por encontrarse expresamente tipificado este último eslabón como tipo autónomo.

Por este motivo, lo que quedará comprendido en el 367-B del Código penal, ***serán los actos preparatorios para las diversas formas de explotación, pero cuando esta tenga lugar, entrarán en juego los diversos tipos que ya las contemplan de forma autónoma.*** En este caso, y en razón del principio de especialidad contemplado en el art. 7 numeral 1° CP, será de preferente aplicación tanto el 169 o el 173 del CP.

La aseveración de que el delito de trata de personas, no son más que diversos actos preparatorios para una ulterior finalidad de explotación y que han sido elevados de forma autónoma a un tipo penal por el legislador, es una conclusión que deriva a mi parecer de la más superficial interpretación literal del art. 367-B, cuando establece: “El que por sí (...) reclute, transporte, traslade, acoja o recepte personas (...) *para* ejecutar cualquier actividad de explotación sexual”. Como se observa, la proposición “*para*” –entendible como un sinónimo de “con el fin”– señala esa ulterior finalidad, la cual si se encuentra tipificada plenamente en otros tipos (utilización para pornografía, explotación laboral), estos son los que serán aplicables. De acuerdo con ello, los diversos intervinientes relacionados en los actos ejecutivos de explotación de menores de dieciocho años en barras de adultos, aún con el consentimiento de ellas, tendrán que ser procesados bien por el art. 169 o 173. Si se trata de actos preparatorios para ello, deberán ser procesados por el art. 367-B CP. Lo que no podría hacerse, es procesar por ambas figuras, ya que estaríamos ante un mismo supuesto, al que corresponde una sola calificación legal; y en este caso, debe utilizarse la más específica.

La anterior conclusión es válida, igualmente con la utilización de menores en pornografía. Así, la ejecución de actos de filmación, grabación, fotografía u otros directamente relacionados con la producción de material de connotación pornográfica –es decir, aquellos que inciten o más exciten sexualmente a terceros lo cual es en esencia esta práctica– desplazarían la aplicación del 367-B CP, y darían lugar a la aplicación preferente del art. 173 CP, sí y sólo sí nos encontramos ante la realización de actos ejecutivos o consumativos de estos delitos¹⁰³. Reiterando

¹⁰³ Cabe señalar las posibles incongruencias que el tipo relativo a la prostitución presenta, tal y cual han quedado en su modificación. En realidad, lo que en esencia aparecía regulado anterior a su reforma, era el castigo por los *actos directos de difusión, venta o exhibición de material pornográfico entre menores de dieciocho años*, lo cual se encon-

entonces, que los actos preparatorios a lo anterior, quedarían englobados en el 367-B CP.

Esto igualmente, permitiría la aplicación de un sinnúmero de relaciones concursales con algunos delitos contra la autonomía personal (amenazas y coacciones), así como también con los relativos a la libertad ambulatoria como la privación de libertad.

En efecto, al concurrir algún tipo de constreñimiento físico o de carácter psicológico, para que el menor aparezca –obviamente en contra de su voluntad– ejecutando algún tipo de actuación de esta naturaleza, serán de aplicación en concurso ideal medial los tipos de coacciones o amenazas con cualquiera de los contemplados en los arts. 169 y 173 CP elevándose la pena del delito más grave.

En realidad, y tal como han quedado las escalas penológicas de los tres tipos penales comentados, nos encontramos ante castigos penales sumamente severos, y donde la escala penal más leve aparece en el art. 169 CP en tres años y la máxima en el art. 173 CP con doce años. En medio, aparece la penalidad del 367-B CP, que va de cuatro a ocho años de prisión. De acuerdo con ello, resultará en algunos casos un tratamiento más gravoso para el imputado la calificación de su conducta conforme al art. 173 que conforme a la trata de personas, pudiendo recibir con ello mayor *quantum* de sanción de la que le correspondería de acuerdo al 367-B del Código Penal.

En conclusión, dentro del Código penal se pueden distinguir claramente aquellas modalidades delictivas directamente relacionadas con la explotación sexual comercial, así como todas aquellas actividades preparatorias para tal fin, quedando estas últimas comprendidas dentro del delito de trata de personas. En uno y otro caso, convergen figuras distintas las cuales en su aplicación excluyen a las otras dependiendo del momento en que nos encontremos.

traba en consonancia con el espíritu de protección de la indemnidad sexual de menores y de los incapaces, como también del principio constitucional de intervención mínima que preside al Derecho penal en la actualidad. Por lo anterior, se trataba de conductas cercanas a la exposición inmediata ante dichas víctimas como en realidad correspondería (Un comentario interesante al respecto, efectúan MORALES PRATS/GARCÍA ALBERO, en QUINTERO OLIVARES y otros, *“Comentarios a la parte especial del Derecho penal”*, citado, Págs. 262/263). Sin embargo, el nuevo 172 CP plantea el castigo de actos muy distantes todavía como son la fabricación y la distribución, los cuales no se entiende como pueden considerarse “medios directos” conforme la nueva redacción legal. Aunado a lo anterior, parece excesivo a tenor del mismo principio constitucional de mínima intervención, castigar penalmente a quien no advirtiere en forma visible sobre el contenido erótico sexual, de productos como videos, revistas, pasquines, etc., cuando lo más conveniente era hacer uso del derecho administrativo sancionador, retirando de circulación tales objetos e imponiendo una multa proporcional a la entidad del hecho, cuando no otra medida de carácter más o menos similar. En realidad, es un exceso punitivo equiparar las penas tanto del inciso primero como del inciso segundo, cuando se trata de hechos de diferente gravedad.

E. El delito de trata de personas y su relación con los delitos relativos a la prostitución.

Si entendemos en general, la prostitución como el logro de la satisfacción sexual a cambio de un precio, la inducción así como la explotación en tal rubro de un menor de dieciocho años, quedaría comprendida dentro del alcance del artículo 169 CP en su tenor literal actual, y en similares términos cualquier otro acto de connotación sexual¹⁰⁴.

Sin embargo, la situación es distinta, en el caso de la determinación de la prostitución contemplada en el art. 170 CP.

Art. 170.- El que determinare, coactivamente o abusando de una situación de necesidad, a una persona para que ejerciere la prostitución o se mantuviere en ella, será sancionado con prisión de seis a diez años.

La pena de prisión será de ocho a doce años cuando la víctima fuere menor de dieciocho años de edad.

Cuando cualquiera de estas modalidades fuere ejecutada prevaleciendo de la superioridad originada por cualquier relación, la pena se agravará hasta en una tercera parte del límite máximo.

De acuerdo con la definición legal, la conducta penalmente castigada se agota en el ejercicio de fuerza física o intimidación para obligar a una persona a ejecutar actos relativos a la prostitución, violentando con ello en última instancia su libertad sexual, y por qué no decirlo, su ámbito de libre determinación personal¹⁰⁵; e igualmente, cuando se tome como excusa la existencia de una situación de necesidad para obligar a la víctima a emplearse en tales actividades.

Por tanto, el tipo no exige la existencia de un claro ánimo de lucro. Lo cual no obsta para excluir de su aplicación a los sujetos que viven a costa de la

¹⁰⁴ En realidad, es difícil hablar en este sentido de delitos relativos a la prostitución, pues en realidad lo que existe es una explotación sexual comercial de naturaleza eminentemente coactiva, y por ende, sumamente grave desde el punto de vista penal. Sin embargo, el Código penal subsiste en mantener tal denominación en el art. 170, y por ende, así debe ser relacionada hasta que ello no se modifique. Un comentario sobre lo anterior: QUERALT JÍMENEZ, *“Derecho penal español”*, parte especial, 3^o Edición, Edit. Bosch, Barcelona, 1996, Pág. 157.

¹⁰⁵ Siguiendo a QUERALT JÍMENEZ, la utilización del término “coactivamente” no resulta muy afortunada; pues, si fuera rectamente entendido sólo haría referencia a las coacciones, lo que es a todas luces tan insuficiente como impropio. Difícilmente puede coaccionarse a alguien a prostituirse o a no salir de tal medio. Más bien –asegura este autor– parece que se ha utilizado dicho término en su variante coloquial haciendo referencia a violencia o intimidación, lo cual, por otro lado, suele ser lo ordinario en esta parcela de la vida. Al respecto, véase su: *“Derecho penal español”*, parte especial, citado, Pág. 160.

prostitución (*rufianismo*), y que utilizan cualquiera de los medios indicados en los tipos con relación a “sus trabajadoras”, quedando perfectamente comprendidos en el presente tipo.

Si bien es un delito que puede perjudicar a personas mayores de edad, tal situación resulta agravada, cuando la víctima sea menor de edad o exista una situación de prevalimiento por sobre ella respecto al autor del delito (incisos segundo y tercero).

Con relación a la trata, pueden presentarse problemas similares a los vistos en los párrafos anteriores, y que deben ser resueltos conforme a las mismas reglas del concurso aparente de normas –en este caso del principio de especialidad–.

En este orden:

- a) El ejercicio directo de un constreñimiento material o moral sobre la víctima para su explotación sexual comercial, dará lugar a la aplicación de este tipo, y no el de la trata de personas, que siempre podrá ser aplicado a las fases anteriores y directamente relacionadas con los actos de prostitución, pero no cuando estos se estén ejecutando.
- b) Los sujetos que no imprimen la determinación, o más bien el ejercicio de la fuerza moral o psíquica sobre la misma; sino que colaboran con la gestión o administración del lupanar, en el caso de que utilicen personas menores de dieciocho años de edad o incapaces, podrán ser comprendidas o bien dentro del art. 169 CP o del 173 CP.
- c) Sin embargo, las personas que recluten, consigan o lleven personas para su explotación sexual a esos lugares bajo la modalidad de prostitución –y ello es independientemente de la edad de la víctima– quedarán comprendidas dentro del art. 367-B inciso primero del Código penal.
- d) Cuando los actos coactivos sobre la víctima supongan una afectación igualmente grave a su libertad ambulatoria, estaremos en presencia de un concurso ideal medial de delitos, entre el delito contemplado en el art. 170 CP con el de privación de libertad contemplado en el art. 148 CP, constituyéndose en este caso, el encierro como un medio para alcanzar de mejor forma la

explotación sexual¹⁰⁶.

- e) Lo específicamente castigado por este tipo, es la determinación al ejercicio de la prostitución y no a un acto sexual en específico. En este último caso, entrarán a funcionar cualquiera de las modalidades delictivas relativas a las agresiones o abusos sexuales en concurso con el art. 170 CP.
- f) En el caso de aquellas personas que ostenten una estrecha relación con la víctima, y que esto las dote de una posición de superioridad sobre ella, obligándolas a prostituirse –padres u otras personas con quien conviven dentro de su núcleo familiar, tutores, etc.– será de aplicación la cualificante establecida en el inciso tercero, optándose también en aplicar el tratamiento agravatorio del inciso segundo, cuando el sujeto pasivo tuviere menos de dieciocho años de edad.

F. El turismo sexual.

En términos sencillos, el turismo sexual es la promoción de un país –o de un lugar del mismo– como un sitio accesible para el ejercicio de actividades de clara connotación sexual, y en cuya práctica resultan involucradas tanto personas mayores como menores de edad –residentes u oriundas de la zona–, las cuales regularmente obtienen una contraprestación económica por su explotación.

De ahí que, la característica principal del turismo sexual sea la captación de turistas extranjeros –en mayor grado que los nacionales–, interesados en obtener o recibir diferentes formas de servicios sexuales que les son ofrecidos, los cuales resultan demasiado onerosos para su bolsillo en su país de origen o que pueden encontrarse penalizadas gravemente. Por este motivo, la impunidad derivada de la salida al exterior, hacia un lugar con nulos o inexistentes contactos personales y, donde el sistema de persecución penal pública se muestre tolerante e indiferente a tales prácticas, constituye el mejor aliciente de esta forma de explotación sexual comercial.

Además de la promoción, igualmente debemos considerar incluidas dentro del turismo sexual, aquellas actividades relativas a la organización del mismo, y que podrían comprender la selección del alojamiento, transporte, diversión y seguridad

¹⁰⁶ En este sentido, ORTS BERENQUER afirma: “[t]ambién puede darse un concurso de delitos con las detenciones ilegales si se retiene a una persona contra su voluntad, impidiéndole físicamente marcharse”. Al respecto: VIVES ANTÓN y otros, “*Derecho penal*”, parte especial, citado, Pág. 237.

de los turistas entre otras cosas.

Los diversos ordenamientos jurídicos que han regulado de forma autónoma esta figura criminológica, generalmente han establecido su frontera de punibilidad, en la promoción y organización de actividades con menores de dieciocho años e incapaces. Y ello, en consonancia, con la protección integral que debe merecer la indemnidad sexual de ambos grupos sociales.

De acuerdo con ello, el turismo sexual como una forma más de explotación sexual tiene la virtualidad de poder afectar el normal desarrollo de la sexualidad de los menores de dieciocho años, o servir para la instrumentalización del incapaz, siendo estas sobradas razones para justificar su castigo penal.

Ahora bien, desglosada en sus conductas fundamentales –promoción y organización–, conviene señalar: que al tratarse de personas menores de dieciocho años, las conductas de promoción y podrían quedar comprendidas dentro del Código penal en el art. 169 CP, pues el mismo castiga “cualquier forma” de “utilización de personas menores de dieciocho años en actos sexuales o eróticos”.

La disposición comentada, tiene un alcance sumamente amplio, el cual permite abarcar todas aquellas actividades que pueden considerarse de clara connotación sexual; y por esto, puede abarcar al turismo sexual que tiene como base el ofrecimiento de actos lúbricos con menores.

Aquellos casos, donde exista una difusión vía internet (página web, correos electrónicos) de “paquetes vacacionales” en algún lugar del país, y cuando los servicios ofrecidos se relacionen con actividades sexuales remuneradas con personas menores de dieciocho años; sus autores quedarán comprendidos dentro del art. 169 CP, en la medida en que se encuentran “promoviendo” la utilización de menores de dieciocho años en actos sexuales o eróticos. Y tal conclusión resulta aceptable, aún cuando se trate de actos sumamente lejanos todavía a una clara y directa explotación de las víctimas. Por ello, la creación de un delito de turismo sexual tendría sentido, sólo respecto a los actos específicos de *promoción*, es decir, de *ofrecimiento* de servicios sexuales en una determinada playa o lugar del país. Un acto, que aún a todas luces, se encuentra todavía distante a la explotación concreta de las víctimas. En cuanto a la “organización”, quedaría comprendida dentro del actual 169 CP.

Más difícil, resulta el caso de los incapaces. De acuerdo a lo señalado en el

art. 173 CP, en su inciso primero castiga la utilización de un incapaz –imágenes, voz y cualquier otra forma– en actividades de carácter netamente pornográfico. En cambio, en el inciso segundo se castiga, el hacerlos intervenir en “espectáculos, públicos o privados (...) en acciones sexuales pornográficas o eróticas”.

En éste último caso, la sanción recae únicamente con relación a los que desarrollan la puesta de marcha del “espectáculo” o en los que participen en el mismo, pero no se efectúa mención alguna a quienes lo “promocionan” como sucede en el art. 169 CP. Sería muy difícil, equiparar interpretativamente “participar” con “promocionar, y por ello nos encontramos en presencia de una laguna de impunidad que conviene pronto cerrar.

4. El delito de explotación a la mendicidad.

Otro de los delitos, con los que la trata puede entrar en una relación concursal es el relativo a la explotación de la mendicidad contemplado en el art. 205 del Código penal.

Art. 205.- El que utilizare o prestare a un menor de dieciocho años de edad para la práctica de la mendicidad, será sancionado con quince a treinta jornadas semanales de trabajo de utilidad pública.

Si para este mismo fin se traficare con menores de dieciocho años, se empleare con ellos violencia o se les suministrare sustancias perjudiciales para la salud, la sanción será de uno a tres años de prisión.

Haciendo un breve análisis del tipo, por mendicidad –en su acepción más gramatical– deriva del verbo “mendigar” el cual significa “pedir limosna de puerta en puerta”¹⁰⁷. De acuerdo con ello, el presente delito castiga tanto al que utiliza un menor para dichas prácticas como a aquel que lo cede a los mismos efectos.

Con relación al sujeto pasivo, éste necesariamente debe ser un menor de dieciocho años, excluyéndose del castigo de forma insólita y carente de toda lógica la utilización de los incapaces para tales efectos.

Ahora bien, dilucidando el bien jurídico protegido, podemos afirmar que la inclusión del presente tipo del Código penal intenta proteger a la dignidad personal del menor que resulta afectada al ser instrumentalizado en la práctica de la mendicidad¹⁰⁸. Pero de igual forma, se protegen otros aspectos relacionados indiscutiblemente con

¹⁰⁷ RAE, *Diccionario de la Lengua Española*, Pág. 958.

¹⁰⁸ Al respecto: PRATS CANUT, en QUINTERO OLIVARES y otros, “*Comentarios*”, citado, Pág. 413.

su mismo desarrollo como son su educación, libertad y otros.

Por otra parte, y en cuanto a su tipicidad subjetiva, es una figura eminentemente dolosa, pues ha requerirse el conocimiento de la utilización o dejación de un menor para la práctica de la mendicidad. Además, ha de comprobarse el elemento subjetivo de lo injusto, el cual consiste en el ánimo de sacar un provecho económico a costa del menor.

A efectos del presente trabajo, nos interesa particularmente el inciso segundo el cual establece una pena de uno a tres años cuando se trafique con menores de dieciocho años de edad.

En su sentido más literal, “traficar” significa “*comerciar*” o “*negociar con el dinero y las mercancías*”. En el sentido del tipo, se trataría entonces de comerciar con los menores a manera de objetos adquiribles, o realizar actividades que tienen como base la explotación económica del niño o niña por medio de la mendicidad.

En realidad, esto nos reportaría un aparente problema interpretativo con el art. 367 CP, ya que este tipo castiga igualmente el comercio de personas, eso sí, agravando la penalidad cuando se trate de “mujeres o niños salvadoreños”.

La resolución del problema entre ambos tipos conforme al principio de especialidad de insatisfactoria por lo siguiente: el tipo aplicable a los agentes que comercian con infantes o adolescentes para tal fin será el 205 CP y no el 367 CP, ya que el primero por ser específico en la materia, prevalece sobre la disposición general. Por ello, es urgente una modificación legislativa que al menos equipare la pena entre ambos artículos, a fin de no generarse un indeseable tratamiento desigualitario y muy beneficioso de cara al agente que comete este delito.

Sin lugar a dudas, el artículo 205 en su inciso segundo fue la materia olvidada en el reciente proceso de reforma legislativa al Código penal; el cual, por ser igualmente una forma más de explotación económica de niños, niñas y adolescentes, debió haberse al menos modificado en su penalidad para equipararla al 367 CP o haberse establecido una regla supletoria en la cual todos los actos que tengan como base el comercio o la transacción de menores, pudieran ser calificados conforme lo establece el art. 367 CP. Como eso no sucedió, el inciso segundo del art. 205 en su formulación actual, permitiría imponer una pena de hasta tres años por tales actos cuando su fin sea el ejercicio de la mendicidad, lo cual a todas luces es descabellado, al compararse con la escala establecida en el inciso segundo del art. 367

CP. Se reitera adicionalmente, el enorme vacío que existe en cuanto a la protección penal de los incapaces, quienes en reiteradas ocasiones son utilizados en esta nefasta práctica. En realidad, la reforma legislativa es más que urgente, y debe ser tomada con el mismo interés que la efectuada en materia de explotación sexual comercial.

Con relación al delito de personas del art. 367-B CP, deben efectuarse las mismas consideraciones que se han realizado en el acápite relativo a los delitos sexuales, en el sentido, que los actos conclusivos de la trata –esto es la explotación con fines de mendicidad– se encuentra establecida de forma autónoma en el art. 205 CP. Que ya, contempla como una de las dos conductas típicas la “*utilización*” de un menor para tales fines.

La cuestión como se ha advertido en líneas atrás, es que la aplicación de la pena contemplada en el inciso segundo del art. 205, resulta ínfima, y por ende muy favorable para el agente que comete esta modalidad delictiva, en comparación a la que le correspondería por ejemplo con el delito de trata de personas –cuatro a ocho años de prisión–.

Es así que, lo único que podría quedar comprendido dentro del 367-B CP –y en particular de su forma agravada en su numeral 2º del 367-C CP–, son los actos de reclutamiento, transporte, traslado, acogimiento y recepción de menores para fines de mendicidad más no de su explotación en ella.

5. Los delitos contra la integridad personal y libertad ambulatoria.

Si bien, la dignidad de la persona es el bien jurídico fundamental que resulta perjudicado en la trata de personas; debemos tener en cuenta que existen otros bienes jurídicos de igual carácter personal y mucho más concretos, que pueden ser menoscabados como son la integridad síquica y corporal, la libertad ambulatoria y hasta la vida. Tales bienes jurídicos son protegidos en el estatuto punitivo por medio de los delitos de homicidio, lesiones y privación de libertad.

De inicio, cabe tener en cuenta, que la redacción contemplada en el art. 367-B CP no exige que se realice alguno de los medios característicos de la trata (fuerza física, coacción psicológica, privación de libertad); ya que el énfasis legislativo se ha puesto en el proceso criminal y en su finalidad (la explotación).

De ahí, que perfectamente pudiera hablarse de un concurso *ideal propio* –privación de libertad durante todo el proceso delictivo– o *real*–lesiones u homicidio dentro de alguna fase del delito– entre estos delitos y el de trata cuando se realicen de forma conjunta¹⁰⁹.

Tal conclusión deductiva, subsiste a mi modo de ver, aún cuando se lesionen diversas facetas sujetas a protección penal que pueda ostentar una sola persona. Recuérdese, que tanto la dignidad, como la salud o su libertad ambulatoria son diversas facetas que suelen ser protegidas por el Derecho penal aún cuando formen parte de un mismo individuo¹¹⁰.

Sin embargo, con la reforma efectuada por medio del D.L. 457 del año 2004 y la cual introdujo las agravantes al delito de trata de personas, se estableció que la pena se aumentará “**[s]i como consecuencia de la comisión del delito anterior los sujetos pasivos sufren privaciones de libertad en el extranjero, fueren víctimas de delitos de cualquier orden o fallecieron por causas de naturaleza dolosa o culposa**”.

Con dicha disposición, el legislador ha decidido solventar esta problemática, no acudiendo a las reglas generales del concurso ideal o real de delitos; sino con la sola aplicación del delito de trata aunque en forma agravada. Pero ello, acontece de acuerdo a su tenor literal, cuando la trata sea el delito inicial cometido y el ulterior se encuentre en una relación de conexidad con el primero.

Al menos ello se deduce de la redacción del referido numeral cuarto, que claramente establece su aplicación cuando los sujetos pasivos de la trata “**fueren víctimas de delitos de cualquier orden o fallecieron por causas de naturaleza dolosa o culposa**”.

Adicionalmente, tal regulación comprende los casos de privación de libertad en el extranjero como un supuesto que funciona de acuerdo a la misma regla de *consunción*; es decir, que no será aplicable el concurso de delitos entre trata y privación de libertad, sino la figura agravada del 367-C numeral 4° CP que ya

¹⁰⁹ En realidad, la técnica legislativa utilizada no es la de un delito complejo, entendido éste como la fusión de dos hechos punibles bajo uno solo (como la del art. 129 N° 2 CP). Sino la de una sola figura típica, donde preponderan de gran manera los elementos subjetivos del injusto.

¹¹⁰ Ello igualmente acontece en los casos de violación y privación de libertad, cuando esta última subsiste en un tiempo mensurable, y más allá de lo razonable para efectuar el acto carnal violento. Como se ve, además de la afectación a la libertad sexual (una faceta personal) se restringe de forma temporal la libertad de movimiento de la víctima (otra faceta personal vulnerada).

los comprende, pero bajo las consideraciones *supra* relacionadas en los párrafos anteriores.

Es preciso advertir, que tal formulación puede adolecer de serios reparos constitucionales derivados de su confrontación con el principio de culpabilidad penal.

Esta misma fórmula legislativa de consunción y cuyo producto es la creación de un delito cualificado por el resultado, es utilizada también en el inciso final del art. 367-A CP que regula el delito de tráfico ilegal de personas de la siguiente manera: “[s]i como consecuencia de la comisión de este delito los sujetos pasivos sufren privaciones de libertad en el extranjero, fueren víctimas de delitos de cualquier orden o fallecieron por causas violentas, o de naturaleza culposa, la pena se incrementará en las dos terceras partes”. En realidad, la utilización de figuras cualificadas por el resultado, sin atender a la reprochabilidad subjetiva del sujeto activo es más que discutible desde el prisma del principio constitucional de culpabilidad –y en particular como algunos lo llaman de atribución subjetiva del injusto–. De acuerdo, al art. 4 CP, los hechos punibles únicamente podrán ser castigados si son realizados de forma dolosa o culposa. Por tanto, quedan excluidos de la aplicación de la ley penal, aquellos resultados que no hayan sido queridos o previstos objetivamente por el agente. De esta forma, ante supuestos como tráfico ilegal de personas con homicidio o trata de personas con lesiones, la imputación penal subsecuente –homicidio/lesiones– al delito doloso base –tráfico/trata–, únicamente puede atribuirse si al menos ha sido causada de forma dolosa o imprudente; y ello debe ser comprobado fehacientemente en el proceso penal. De ahí que resulte inaceptable efectuar una imputación “de carácter automático” de los delitos conexos, sin ni siquiera comprobar tales baremos subjetivos. Por otra parte, también resulta discutible, atribuir una penalidad agravada claramente dolosa, por hechos ulteriores culposos como lo estipulan las dos normas citadas. Esto supone desconocer la naturaleza claramente político-criminal de las agravantes, como formas cualificadas de penalidad en razón de un mayor desvalor objetivo de la acción o de un mayor desvalor subjetivo anímico por parte del sujeto; no pudiéndose afirmar, que una conexa realización culposa comporte tal entidad que amerite su castigo de forma dolosa. Esto significa yuxtaponer erradamente dos figuras dogmáticas cuyos patrones teóricos son totalmente distintos, y por tales motivos su tratamiento debe ser diferenciado en la magnitud de la pena¹¹¹. De ahí que, conforme a un aplastante consenso doctrinario, ante los casos de un delito

¹¹¹ Conviene recordar de la mano de BACIGALUPO, que “en el delito doloso ese disvalor de acción está dado porque el autor ha querido la realización del hecho típico, del presupuesto de hecho del delito o, dicho en otras palabras, porque ha propuesto como fin de su acción el resultado típico, ha seleccionado los medios para alcanzar ese fin y dado su acción el impulso necesario para ello. Aquí es clara la coincidencia entre lo que el autor *hizo* y lo que el autor *quiso*”. Mientras que en el delito culposos “el autor no ha querido la realización del hecho típico, del supuesto de hecho del delito. El resultado no es producto de su voluntad, sino de su negligencia, del incumplimiento del deber de cuidado en el tráfico”. Véase al respecto, su “*Manual de Derecho penal*”, Edit, Temis, Bogotá, 1996, Págs. 78-79.

inicial doloso cabe atribuir el segundo delito cuando sea culposo conforme a un concurso ideal de delitos (primer delito doloso/segundo delito imprudente). Y en los casos que el delito subsecuente sea doloso (lesiones/homicidio), castigar por la última figura por consumir a la inicial¹¹².

6. Las falsedades documentales.

La importancia del uso ilegítimo o falsificación de documentos de identidad de los que hacen uso autores y víctimas de la trata, se ha constituido en un tema crucial en esta materia. Tan es así, que el Protocolo pertinente, ha establecido en sus artículos 10, 12 y 13 algunas estipulaciones con relación a ello; en especial, la cooperación e información entre Estados sobre los tipos de documentos utilizados –o si no se hace uso de los mismos, así como si pertenecen a otra persona– así como la exigencia sobre la calidad y seguridad de los mismos.

De inicio, la falsedad es la sustitución penada por la ley –ya sea por acciones, palabras o conductas– de las formas genuinas que dan validez en el tráfico jurídico a determinados actos. De acuerdo con ello, los Códigos penales regularmente castigan los actos de falsedad material (acciones), falsedad ideológica o intelectual (palabras), y de falsedad personal (conductas) por medio de las conductas previstas en los arts. 283, 284, 288 y 289¹¹³.

En lo que respecta a las falsedades documentales, las modalidades típicas suelen englobarse en dos grandes grupos: las falsedades materiales que afectan la genuinidad de un documento –confección o modificación del mismo para hacerlo parecer auténtico–, y las ideológicas que atañen a su veracidad pues hacen variar su contenido¹¹⁴. Junto a estas modalidades, se encuentran otras relativas a su destrucción o su uso por quien no ha efectuado el acto de simulación.

Con relación a la trata de personas, los delitos que mayor interés reportan en esta sede son las falsedades documentales; y dentro de estas, la falsedad material de documentos públicos como pasaportes u otros documentos de identidad (art.

¹¹² Por todos, MUÑOZ CONDE, *“Derecho penal”*, parte especial, 12° ed., Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 1999. Págs. 40-42.

¹¹³ Con relación al tema de las falsedades documentales en el Código penal, conviene tener a la mano, el estupendo artículo escrito por SEOANE SPIEGELBERG, denominado: *“Delitos relativos a la fe pública en el Código Penal salvadoreño”*, el cual se encuentra en la Revista Justicia de Paz Año II, Vol. II, Mayo-Agosto 1999. *In extenso*: PANTOJA FERNÁNDEZ, *“El delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil”*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1996.

¹¹⁴ VIVES ANTÓN, *“Derecho penal”*, parte especial”, 2° Edición, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, Pág. 662.

283 inciso primero CP), así como su uso (art. 288 CP).

Art. 283.- El que hiciere un documento público o auténtico, total o parcialmente falso o alterare uno verdadero, será sancionado con prisión de tres a seis años.

Art. 288.- El que usare como propio, pasaporte, o cualquier documento de identidad que no le correspondiere legalmente o el que cediere el propio, para que otro lo utilizare indebidamente, será sancionado con prisión de seis meses a un año.

En primer lugar, y de acuerdo al tenor del art. 283 CP, la falsedad material acaece cuando se crea *ex novo* un documento no auténtico, pero que puede inducir a error con referencia a su genuidad. También, se consideran ubicadas dentro de este tipo, las alteraciones a un elemento o requisito esencial del documento verdadero. Como advierte, MORILLAS CUEVA, las posibilidades de alteración suelen ser múltiples, y van desde fingir la letra, firma o rúbrica, alterar la fecha verdadera, realizar intercalaciones que varíen su sentido, etc¹¹⁵.

La relación más importante, que este delito puede tener con el de la trata, es la elaboración de documentos de identidad –sean por ejemplo: pasaportes– o la falsificación de visados para aquellos países en los cuales sean requeridos y que son utilizados posteriormente por las víctimas.

Tales documentos, regularmente suelen encontrarse en aquellos negocios de colocación laboral en el exterior, y suponen, un importante elemento indiciario con relación al delito contemplado en el 367-B CP.

Por tratarse de un delito de consumación instantánea, es decir, que se consuma con la sola “hechura” o elaboración de tales documentos auténticos, puede quedar perfectamente comprendido en un concurso ideal impropio o medial (art. 40 CP); en donde las falsificaciones materiales, sirven de medio para cometer otro delito como es la trata de personas.

Existen casos que deben ser considerados detenidamente, y son los relativos a la elaboración ilícita de documentos extranjeros pero dentro de nuestro país. Al respecto, nada impide que el sistema penal salvadoreño pueda conocer de tales falsificaciones, en la medida que con su producción se busque incidir en el tráfico jurídico nuestro o el de otro Estado. Basta entonces, que se efectúe en territorio salvadoreño aún y cuando no hayan sido utilizados.

¹¹⁵ Véase, COBO DEL ROSAL (dir.) y otros, “*Compendio de Derecho penal español*”, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2000, Pág. 744.

Con relación al uso, conviene recordar que si es el mismo falsificador quien lo pone en circulación luego de su elaboración, siempre será procesado por la figura contemplada en el art. 283 CP en la medida que su utilización constituye un acto co-penado. Y ello acaece sencillamente, porque la finalidad lógica de la comisión de un delito de falsedad documental es el dar uso posterior a la falsificación, lo cual ha tenido en cuenta el legislador desde la impresión del tipo en el Código penal¹¹⁶.

Desde esta óptica, el delito contemplado en el art. 288 parte de la utilización de un documento identificativo, por quien no ha participado en los actos de elaboración o alteración material propios de la simulación; sino que se sirve de él para mostrarlo o exhibirlo a fin de identificarse con él.

Junto a dicha hipótesis conductual, la disposición en comento también castiga la cesión del documento de identidad propio para que otra persona lo utilice indebidamente.

Volviendo a nuestro tema, la variante relativa a la mera utilización de un documento falso de identidad, puede ser una figura típica en que podrían quedar comprendidas algunas víctimas de la trata, cuando utilicen pasaportes u otros documentos personales análogos fraudulentos. Sin embargo, su exculpación podría venir de la mano, por medio de la comprobación procesal de algún tipo de coerción sobre la víctima, la cual podría ser reconducida al numeral 5° del art. 27 CP que contempla los casos de inexigibilidad de una conducta adecuada a derecho y dentro de la misma los casos de miedo insuperable.

Se echa de menos, que en relación a la trata, no exista un párrafo similar al inciso tercero del 367-A CP, el cual castiga a todas aquellas personas que “con documentación falsa o fraudulenta, traten de hacer o hicieren salir a salvadoreños o ciudadanos de cualquier otra nacionalidad, o los que utilizen documentación auténtica, cuyo titular es otra persona”. En realidad, para colmar esta posible laguna de impunidad en esta materia, hubiera sido preferible establecer una incriminación específica tanto a quienes determinen a otros, como a los que utilicen tales argucias para sacar de forma transfronteriza a las potenciales víctimas de la trata. Por otra parte, la posible apreciación de la autoría mediata por quien ejerce la fuerza sobre la víctima, resulta una calificación válidamente correcta –aunque su comprobación dentro del juicio penal contará con insalvables dificultades de tipo probatorio, y

¹¹⁶ **QUINTERO OLIVARES Y OTROS**, *“Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal”*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996, Págs. 1098 y 1099.

más de algún entendimiento judicial de que tal delito puede considerarse como de propia mano— .

7. Las asociaciones o agrupaciones ilícitas.

De acuerdo a la última reforma efectuada al art. 345 CP, cuando dos o más personas (“que posean algún grado de organización” según el tenor legal) tengan como objetivo —o al menos uno de ellos— la comisión de delitos, estaremos en presencia de una “agrupación ilícita”, siendo punible tanto la participación como la organización y dirección de la misma.

Dentro de estas coordenadas, la definición legal de la asociación ilícita—dentro de los cánones anteriormente citados— se mantiene en relativa consonancia con la brindada por la doctrina hace muchos años atrás. Así por ejemplo, CÓRDOBA RODA la definía como el organismo resultante de la unión de una pluralidad de personas, dotado de una entidad independiente de sus miembros, con una cierta consistencia formal y un esbozo de organización y jerarquía, y dirigido al logro de un determinado fin¹¹⁷. Por ello, es que una de las notas que caracteriza a la asociación ilícita es la de ser un delito de consumación instantánea por el mero acuerdo de voluntades, pero de efectos permanentes mientras no haya sido disuelta¹¹⁸.

Podríamos añadir a la definición mencionada, tal y como lo hace GARCÍA PABLOS¹¹⁹, que esa estructura jerarquizada comporta una cierta división del trabajo y que tal entramado sobrevive y se proyecta más allá de la realización de unos actos delictivos concretos¹²⁰.

En mi opinión, siguiendo a GONZALEZ RUS y a RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ¹²¹, considero que el presente delito constituye el instrumento realmente adecuado para combatir la delincuencia organizada, y en particular, en

¹¹⁷ Al respecto, véase su artículo: “*Libertad de asociación y Ley penal*”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1977, Págs. 7/8.

¹¹⁸ RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, “*Derecho penal español*”, parte especial, Edit. Dykinson, Madrid, 1995, Pág. 756.

¹¹⁹ Confr. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, “*Asociaciones ilícitas en el Código penal*”, Edit. Bosch, Barcelona, 1977, Pág. 222.

¹²⁰ Otra definición, que por su claridad vale la pena transcribir, es la expuesta por GONZALEZ RUS: “Las asociaciones de objeto delictivo son organizaciones que tienen como finalidad esencial, inicial o sobrevenida, la comisión de delitos —nunca faltas—, de manera que el objeto delictivo es o deviene en único o al menos, el más importante de los fines perseguidos por el grupo criminal. El delito se comete con la fundación, dirección o la sola incorporación a la misma, sin necesidad de participar en la ejecución de los hechos criminales previstos”. Al respecto, véase su trabajo: “*Asociación para delinquir y criminalidad organizada*”, *Actualidad penal*, N° 27, 2000. Pág. 563.

¹²¹ RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, “*Derecho Penal español*”, citado, Pág. 752.

relación con las organizaciones criminales encargadas de la trata de personas¹²².

En cuanto a su relación con el delito objeto de la presente monografía, todas aquellas personas que se relacionen con la creación, el mantenimiento, dirección o que participen de una agrupación que opere con la finalidad de cometer el delito de trata de personas, por ese sólo hecho, quedarán comprendidas dentro de la conducta establecida en el art. 345 inciso primero del Código Penal, independiente de los actos relacionados con la trata que efectúen.

En efecto, tal como ha sostenido GARCÍA PABLOS DE MOLINA, la asociación es autónoma e independiente del delito o delitos que a través de ella se cometan, pudiendo apreciarse un concurso entre ella y estos delitos¹²³.

En consecuencia, es perfectamente apreciable un concurso ideal entre los delitos de asociaciones ilícitas y trata de personas, en la medida en que el primero se constituye la plataforma para el segundo.

¹²² Advierte el mencionado profesor GONZALEZ RUS: "...Personalmente, no creo que deba prescindirse en el futuro del delito de asociación criminal. Otra cosa es que se revisen sus términos actuales. Por ejemplo, planteándose la conveniencia de limitar, en atención a su gravedad, a los bienes jurídicos afectados o a la entidad de las penas señaladas, los delitos que se pueden ser objetos de la asociación criminal, de forma semejante a la que se establece, por ejemplo, en la omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución. O que se revise su relación con los tipos cualificados o incluso con los delitos que son objeto del programa criminal de la asociación y que llegan efectivamente a realizarse. Esto es, estimo, lo que debe llenar el debate futuro en torno al delito de asociación para delinquir cuya existencia me parece que debe mantenerse". *Íbid.* Pág. 585.

¹²³ GARCÍA PABLOS DE MOLINA, *Íbid.*, Pág. 222. Seguido por MUÑOZ CONDE, "Derecho penal", parte especial, citado, Pag. 788.

CAPÍTULO CUARTO

CONCLUSIONES

- 1) La trata de personas –desde un punto de vista criminológico– es un proceso complejo delictivo, que tiene como fin la explotación inmisericorde de una persona o de varias, obteniendo con ello un provecho el cual no necesariamente es predominantemente económico. Por ello, es ante todo una forma sucedánea y evolucionada de las diversas formas de esclavitud, que históricamente la sociedad humana ha conocido.
- 2) Actualmente, este fenómeno criminal ha experimentado un salto cualitativo en razón de al menos tres factores: (1) la globalización económica, y por ende, la libre restricción en cuanto la circulación de personas y bienes a nivel global; (2) los nuevos avances tecnológicos, particularmente a nivel comunicacional, y (3) el desarrollo incesantemente evolutivo y profesional que ha presentado la criminalidad organizada nacional y transnacional. A raíz de ello, diferentes organismos internacionales se han mostrado decididos a su prevención y combate, instando a los gobiernos a tomar medidas eficaces para contrarrestarlo.
- 3) El proceso de la trata de personas puede adoptar formas muy diversas y sofisticadas. Sin embargo, en términos esenciales sus fases son las siguientes: (1) el reclutamiento; (2) el traslado –el cual puede implicar un cruce de fronteras o únicamente el desplazamiento de un lugar a otro del mismo país (3) la recepción; y, por último (4) la explotación de las víctimas.
- 4) Dentro de las diversas finalidades que la trata de personas puede perseguir se encuentran: (1) *la explotación sexual comercial*, que comprendería: las prácticas de relaciones sexuales remuneradas, exhibicionismo sexual, la pornografía; (2) *la explotación laboral*, y dentro de ella, caben prácticas como los trabajos y servicios forzados –servidumbre doméstica, el ejercicio de la mendicidad, etc.; (3) el *suministro de combatientes* para conflictos bélicos; y 4) *la extracción de órganos y tejidos humanos*. Cabe afirmar, que la anterior numeración no puede considerarse como un catálogo cerrado, pues las finalidades pueden variar continuamente como lo demuestra el caso de la extracción de órganos y tejidos humanos.

- 5) Diversos estudios victimológicos, coinciden en afirmar que las potenciales víctimas de este delito son en su mayoría infantes, adolescentes, jóvenes y adultos primordialmente del sexo femenino. La mayor parte, provienen de lugares con altos índices de pobreza y desocupación laboral; igualmente revelan un cuadro de maltratos físicos y mentales derivados del ejercicio de violencia intrafamiliar. En algunos ámbitos como en la explotación sexual comercial, la edad promedio de la víctima ronda los veintitrés años de edad.
- 6) En cuanto a los tratantes, si bien es posible la existencia de una persona como autor del delito, las actividades relacionadas al referido proceso criminal regularmente estarán a cargo de una organización criminal que puede ser de carácter nacional o transnacional. De acuerdo a tal perspectiva, estaremos ante un grupo delictivo organizado cuando: (1) se trate de una agrupación de dos o más personas; (2) tal agrupación sea de naturaleza permanente –no transitoria o eventual como en los casos de coautoría–, (3) actúen de forma estructurada o coordinada; (4) que tengan como fin cometer delitos y no faltas; y, (5) que busquen percibir con su actividad un beneficio económico o de otro orden material. De acuerdo con ello, el delito de trata de personas será de privativo conocimiento de la reciente jurisdicción especializada de crimen organizado.
- 7) A nivel del derecho comparado, podemos dividir las regulaciones penales relativas a la trata de personas, en aquellas que lo tipifican de acuerdo al Protocolo complementario a la Convención de Palermo; y otras, que no lo han efectuado de tal manera por ser anteriores al referido documento internacional. De igual forma, en algunos países existen tipos penales que suelen ser muy exhaustivos en la materia de regulación (Código penal del Distrito Federal Mejjicano o el Colombiano) o muy concisos (como el proyecto nicaragüense por ejemplo).
- 8) La regulación que efectúa el Código penal salvadoreño, podemos considerarla de naturaleza “*intermedia*” en comparación a la de otros países, ya que suele ser muy casuística con las circunstancias agravantes, pero incompleta en otros aspectos como el qué debe entenderse como explotación o el papel del consentimiento. Aunado a lo anterior, el legislador otorga mucha relevancia a la realización de alguna de las fases del proceso, independientemente de los medios coactivos que se utilicen con relación

a las víctimas (fuerza física, constreñimiento psíquico, prevalencia, etc.). Aparte de ello, es un tipo “demasiado cargado” de elementos subjetivos, pues además de la comprobación de la finalidad de explotación, se requiere además la determinación procesal del provecho o beneficio económico por parte del agente.

- 9) Sin embargo –de *lege data*–, podemos considerar al 367-B CP, como un delito de naturaleza pluriofensiva, donde se conjugan tanto bienes jurídicos individuales –dignidad personal– como de la humanidad en general, y de ahí la ubicación que esta figura ostenta en el Código penal vigente. Por este motivo, el consentimiento de la víctima es absolutamente irrelevante desde el mismo dato de la ley aparte de otras razones expuestas en el trabajo. En cuanto a la conducta típica, se regulan de forma primordial cuatro actividades (*reclutamiento, transporte, acogimiento o recepción*), y dos de forma residual (*promoción y favorecimiento*) en las que pueden ordinarse todas aquellas intervenciones que no puedan englobarse en las primeras. A efectos de aplicación del tipo, estamos ante una variedad de conductas de *realización alternativa*, y donde basta cometer alguna de ellas para la existencia de responsabilidad penal.
- 10) En cuanto a su naturaleza dogmática, el presente tipo es de peligro abstracto, sin perjuicio de que puedan existir puestas en peligro concretas o lesiones en las víctimas; en cuyo caso, estaremos ante un concurso de delitos o en la aplicación de la agravante contemplada en el 367-C numeral 4° CP. Esta naturaleza de peligro abstracto, da lugar al entendimiento dogmático del delito de trata de personas, como una serie de actos preparatorios para una ulterior explotación de la víctima o víctimas, elevados a un rango penal de forma autónoma.
- 11) En sede de la autoría y la participación criminal, podrían presentarse algunos problemas cuando existen una variedad de intervinientes en la ejecución de los actos de trata de personas. Sin embargo, basta con la realización de alguna de las conductas establecidas en el tipo para afirmar una autoría directa o una coautoría –siempre y cuando se demuestre en este último caso el acuerdo y la aportación esencial al plan–. Por otra parte, las diversas formas de complicidad quedarán englobadas dentro del inciso 3° del 167-CP, regulándose como formas autónomas de autoría.

- 12) En algunas ocasiones, la realización de cada uno de los eslabones de la trata de personas, puede entrar en relación con una variedad de formas delictivas reguladas con el Código penal. Por ello, podemos encontrarnos ante situaciones aplicativas que requerirán determinar si estamos ante un concurso aparente de normas (art. 7 CP) o un concurso de delitos (art. 40 al 42 CP). Lo relevante para resolver esos casos de entrada es, si de entre varias normas *una* es la más adecuada para resolver el caso (*concurso aparente de normas*) o ante varios hechos o bienes jurídicos afectados son varias las normas que resultarán aplicables (*concurso de delitos*).
- 13) Específicamente, el delito de trata de personas se distingue del tráfico ilícito de personas, por varias razones entre ellas: (1) el bien jurídico afectado –en el primer caso la dignidad e indemnidad personal de la víctima, así como la humanidad en general, en cuanto al tráfico de personas el control migratorio estatal y en plano equivalente la integridad física y moral del migrante –; (2) la transnacionalidad –característica general del tráfico de migrantes pero no de todos los supuestos de la trata–; (3) la finalidad – pues en la trata es la explotación, lo cual va más allá del simple cruce de fronteras–; y 4) con relación a la disposición de la víctima, que en ambos casos puede ser diferente.
- 14) Con relación al delito de comercio de personas contemplado en el art. 367 CP. Éste se encuentra en una relación de especialidad con relación al delito de trata de personas. Desde esta perspectiva, el 367 CP será de preferente aplicación cuando se efectúe un acto preciso de transacción mercantil con una persona (por ejemplo: la venta de un ser humano), pudiendo comprenderse todos los actos anteriores a ello (v.gr. la captación de la persona) dentro del delito de trata de personas del 367-B CP.
- 15) Con relación a las agresiones sexuales que las víctimas pudieran sufrir en todo el *iter criminis* de la trata de personas; tales vejaciones darán lugar a aplicación del concurso del delito entre el 367-B CP con cualquiera de las conductas comprendidas en los arts. 158, 159, 160, 161 y 162 del Código penal, en la medida de ser dos acciones que producen resultados distintos. Igualmente, si las agresiones sexuales tienen lugar al efectuarse algún acto de exhibicionismo erótico por parte de un menor de dieciocho años o un incapaz, también habrán concurso de delitos entre el art. 169 o 173 CP con los anteriormente mencionados.

- 16) Tratándose de los delitos contra la indemnidad sexual de menores e incapaces. Si los actos de explotación sexual comercial que se persiguen con la trata (utilización de menores en actos de comercio sexual, exhibicionismo o de elaboración de material pornográfico) han sido regulados de forma autónoma como delitos. Estos serán de preferente aplicación. Sin embargo, los actos preparatorios para tales fines, quedarán comprendidos dentro del 367-B del Código penal.
- 17) En caso de la determinación coactiva de la prostitución en materia de adultos o de menores de dieciocho años, aún cuando sea esta la culminación del proceso de trata, ella dará lugar a la aplicación del art. 170 del CP. Pero todo acto anterior quedará comprendido en el art. 367-B CP.
- 18) El actualmente denominado “**turismo sexual**”, en cuanto a su organización, podría quedar comprendido en el art. 169 CP en su reciente formulación, pero únicamente en relación a los menores de dieciocho años, quedando excluidos los incapaces. En cuanto a la “promoción”, aquí podría ser conveniente la inclusión como un inciso más al mencionado artículo para poder albergarlo convenientemente o crear un tipo penal con la figura.
- 19) Respecto a la explotación a la mendicidad, por encontrarse éste contemplado de forma autónoma en el inciso segundo del art. 205 CP, será de preferente aplicación. Con ello, se estará otorgando un trato privilegiado a este singular tipo de explotador en comparación a la pena que le correspondería al 367-B o 169 del Código penal. En este sentido, debe ser reformulada la escala penológica del inciso segundo de la primera disposición citada.
- 20) El delito de trata de personas puede entrar en una relación concursal con los delitos de falsedad material y uso de documentos falsos. Con el primero de forma medial o concurso ideal impropio (“cuando un medio delictuoso sea medio necesario para cometer otro”), y en cuanto al segundo, cuando se obligue además a la víctima a su uso (autoría mediata respecto al uso falso de documento de identidad contemplado en el art. 288 CP). La víctima puede resultar exculpada, debido a un estado de necesidad disculpante como lo es el miedo insuperable (art. 27 numeral 5° CP).
- 21) El reformado delito de agrupaciones ilícitas, puede entrar perfectamente en concurso con el delito de trata de personas. Pues, como un amplio

sector doctrinal ha sostenido, la asociación criminal es independiente del delito o los delitos que a través de ella se cometan pudiendo apreciarse un concurso entre ella y estos delitos.

- 22) La agravante contenida en el art. 367-C del Código penal, debe ser interpretada desde la óptica constitucional y con estricto respeto del principio de culpabilidad penal. Por tanto, sólo es posible su aplicación, si ha existido al menos querencia (dolo) o previsibilidad (culpa) del agente en el ulterior resultado del delito de la trata. Por ello, no debe ser entendida como de aplicación automática.
- 23) En cuanto a las consecuencias jurídicas del delito, tanto las figuras contempladas en los arts. 126 y 127 CP, como las estipulaciones referidas a la responsabilidad civil son aplicables conforme a las reglas generales. En particular, resulta aplicable la consecuencia civil establecida en el numeral 3º del art. 115 referida a la indemnización de daños y perjuicios de las víctimas sometidas a los vejámenes propios de la trata de personas, así como de todas aquellas formas de explotación. El daño moral puede ser plenamente establecido de acuerdo a nuestra legislación, pero requerirá sumo cuidado en su cuantificación, pues ha de recordarse que estamos en presencia de perjuicios no valuables económicamente de forma directa.
- 24) Por último, y con relación a la consecuencia accesoria relativa a la clausura de establecimientos. De acuerdo al tenor legal del art. 367-B *in fine*, se trata de una medida administrativa pero de claro impulso jurisdiccional o fiscal. Así, requerirá del envío de una copia de autos a la autoridad administrativa que concedió el permiso o la licencia del negocio, para que previo el proceso administrativo respectivo ésta la clausure. En realidad, por la prontitud que estos casos ameritan y en resguardo de las garantías constitucionales respectivas, debió haberse concedido tal potestad a la jurisdicción penal.

CAPÍTULO QUINTO

RECOMENDACIONES

- 1) A nivel legal, deben efectuarse modificaciones a la regulación actual del art. 367-B del Código penal, en lo relativo a: (1) la descripción de la conducta prohibida; (2) así como en relación a sus presupuestos subjetivos. (3) Por otra parte, debe hacerse mención específica tanto de la irrelevancia del consentimiento en estos casos, (4) como de la penalización de la cesión de un menor o un incapaz para los fines de trata. En suma, también debe ser simplificada la redacción.
- 2) Por otra parte, y en cuanto al sujeto activo, debería suprimirse la expresión “como miembro de una organización nacional o internacional”; ya que como se ha visto en la presente monografía, el delito de asociaciones o agrupaciones ilícitas perfectamente puede entrar en un concurso delictivo con la trata, siendo tal referencia sobreabundante.
- 3) Con relación a la consecuencia accesoria regulada en el art. 367-B CP *in fine* relativa al cierre de establecimientos relacionados con el delito de trata de personas. Conviene puntualizar, que esta potestad debe reservarse al ámbito jurisdiccional y dictarse como medida cautelar o definitiva dentro del respectivo proceso penal. Y ello es así, porque se trata de una medida cuyo basamento radica en la realización de un delito, y con la cual puede evitarse eficazmente la continuidad delictiva (prevención especial en un sentido amplio). Esto nos lleva a proponer su viabilidad en todos aquellos tipos penales relativos a la explotación de niños, niñas y adolescentes.
- 4) El inciso cuarto del art. 367-C del Código penal debe ser suprimido, pues constituye un delito cualificado por el resultado. Estos son criticados duramente por la doctrina en la actualidad, al constituirse una reminiscencia del antiguo principio del *versari in re ilícita*, el cual es contrario al principio constitucional de culpabilidad contemplado en el art. 12 de la Constitución y art. 4 del Código penal.

- 5) Los delitos contra la libertad sexual, así como la indemnidad sexual de menores e incapaces, deben ser reformulados por medio de un estudio técnico serio, éste debe tener como objetivos: (1) adecuar la penalidad de los tipos conforme los fines constitucionales que la pena ha de perseguir; (2) descriminalizar y expulsar del Código penal, aquellos tipos penales que no se relacionen de ninguna forma con los dos bienes jurídicos antes citados, como por ejemplo aquellos que tienen que ver con la oferta y demanda de la prostitución entre adultos; (3) Reformular las descripciones típicas, de acuerdo a las exigencias derivadas del mandato de certeza contentivo del principio de legalidad; en este sentido, debe buscarse mayor precisión en el tenor literal de las conductas prohibidas, evitando en lo posible el uso de conceptos jurídicos indeterminados (obscenidad, inmoralidad, etc.); y (4) Evitar la regulación múltiple de una misma conducta, ya que ello afecta, en grado sumo la seguridad jurídica que toda regulación penal debe ostentar.
- 6) La incorporación al Código penal de un delito de “turismo sexual”, es sólo factible si se busca castigar todas aquellas conductas que se relacionen con la “promoción” y “organización” de actividades turísticas que impliquen la utilización o explotación de menores de edad para actividades sexuales. Sin embargo, podría adicionarse un inciso al art. 169 CP para castigar la promoción para ello; ya que, la organización bien pudiera quedar comprendida en lo extenso de su redacción actual.
- 7) El inciso segundo del art. 205 del CP, debe ser modificado en lo concerniente al tráfico de menores con fines de mendicidad. Se trata de un supuesto específicamente regulado de trata, que tiene una penalidad ínfima en comparación a la conducta regulada en el 367-B CP. Al efecto: (1) o bien se regula la pena en concordancia con el último inciso citado; o (2) se suprime tal mención en el art. 205 CP, pasando a ser regulado específicamente en el 367-B CP.
- 8) En cuanto a la violencia o intimidación que se ejerza sobre la víctima para que ésta utilice documentos falsos de identidad, existe la viabilidad de poder regular en el art. 367-B CP este caso de forma autónoma, a fin de dotar de mayor claridad a la prohibición penal.

- 9) Es urgente la elaboración de una obra complementaria a la que en este momento se presenta, dedicada exclusivamente a los tópicos que la trata de personas puede tener en el ámbito procesal penal. Al efecto, es preciso que en esta monografía se toquen aspectos relacionados con la persecución internacional de estos delitos (extradición), el uso de instrumentos procesales como el agente encubierto, el arrepentido, el régimen de protección de las víctimas y testigos; así como otros temas relacionados con la actividad probatoria en el proceso penal.

CAPÍTULO SEXTO

ADECUACIÓN SISTEMÁTICA Y MODIFICATORIA

DE LOS ARTÍCULOS 367-B y 367-C N° 4°

DEL CÓDIGO PENAL

1. Exposición de motivos de una nueva adecuación sistemática y modificatoria de los artículos 367-B y 367-C N° 4° del Código penal.

A. El fenómeno delictivo de la trata de personas en la actualidad.

La trata de personas es una actividad delictiva, sucedánea de las diversas formas de esclavitud que la humanidad ha conocido, y tiene como finalidad la explotación de inmisericorde de seres humanos. En especial, de mujeres, niños y niñas.

En términos sencillos, la trata de personas es un proceso delictivo, compuesto de diferentes fases que van desde la captación o reclutamiento de la víctima, su traslado a una zona diversa de su residencia en el mismo país o hacia otra nación, su recepción y acogimiento por otras personas, y su posterior explotación. En toda esa sucesión delictiva, tienen lugar un sinnúmero de vejámenes a las víctimas como su privación de libertad, afectación a su integridad corporal, constreñimiento psíquico y moral, violaciones, y hasta el homicidio.

De acuerdo con informaciones de diversos organismos internacionales, como la Organización Internacional de Migraciones (OIM), la trata de personas, en sus diversas modalidades, mueve alrededor de 9, 000 millones de dólares anuales en todo el mundo. Así también, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) estima que sólo en los últimos 25 años más de 27 millones de seres humanos han sido víctimas de explotación laboral, sexual y comercial en todo el mundo. Por último, la Organización Mundial del Trabajo (OIT) advierte que en periodo 2001 al 2006 fueron reclutadas alrededor de 2.45 millones de personas para ser explotadas laboral y económicamente. De este número, el 56 % estaría constituido por niñas y mujeres de diferentes edades.

Actualmente, el fenómeno de la trata de personas muestra aristas de complejidad derivadas de la implicación total que tiene la criminalidad organizada en su gestión. En efecto, luego de los negocios relativos al tráfico ilícito de drogas y venta de armas, las mayores ganancias que estas organizaciones reciben, provienen de la trata de personas con fines de explotación¹²⁴.

En virtud de la gravedad de este fenómeno criminal, diferentes organismos internacionales han mostrado una creciente preocupación por el desarrollo que éste ha tenido en las últimas décadas; y junto con los gobiernos de diferentes naciones se ha aprestado a formular recomendaciones y planes de acción para combate y prevención.

De forma reciente, uno de los instrumentos internacionales más importantes sobre el tópico, ha sido sin duda el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños (2000), el cual complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional –esta última conocida también como la Convención de Palermo–.

En sus líneas esenciales, el Protocolo:

- a) Establece una definición jurídico-normativa de la trata de personas, así como relaciona otros tópicos como el consentimiento y el caso de los menores de edad.
- b) Insta a cada Estado a la tipificación del mencionado delito, tomando en cuenta de forma especial a los partícipes, organizadores y directores del delito a efectos de la sanción penal.

¹²⁴ De acuerdo con datos de la revista de la Policía Nacional Colombiana “Criminalidad”, esta actividad le reporta al crimen organizado un aproximado de 7.000 a 10.000 dólares anuales (Véase al respecto, la edición N° 43 del año 2000 de la mencionada Revista). Tales cifras pueden incrementarse con el paso de los años, debido a la diversificación o el abandono de algunas actividades criminales por otras, es una característica fundamental del crimen como “negocio organizado”. Con relación a ello, basta escuchar a Carlos Castresana Fernández –representante de la Oficina de la ONU contra la Droga y el Delito– cuando en una conferencia en el Congreso Internacional de Seguridad, Narcotráfico y Delincuencia Organizada celebrado en Monterrey –Méjico– aseguró: que las organizaciones criminales que operan del sur al norte de América están dejando de lado el negocio de la droga, para dedicarse al tráfico de personas, el cual les reporta ganancias por 32.000 millones de dólares anuales. Así mismo, aseguro que los medios de transporte, los automóviles o aeronaves que antes eran utilizados para el tráfico de drogas, ahora se utilizan para traficar con personas “ya que ese es el negocio del futuro”. De acuerdo con este funcionario, la Agencia Central de Inteligencia de E.E.U.U. (CIA) ha calculado que 50.000 mujeres y niños fueron introducidos ilegalmente a Estados Unidos desde la frontera con Méjico. Al respecto, puede verse la nota periodística del 09 de septiembre de 2007 suscrita por la agencia noticiosa EFE.

- c) Señala las medidas de asistencia y protección, que las víctimas del presente delito deben tener, regulando de forma exhaustiva el proceso de repatriación.
- d) Enumera una variedad de medidas preventivas, entre las cuales se destacan: la cooperación multilateral, medidas de control fronterizo y seguridad y control de documentos.

El mencionado Protocolo se muestra en consonancia con otros pronunciamientos internacionales de indiscutible importancia, relativos a la protección irrestricta de los derechos fundamentales tanto de los menores de edad como de la mujer, como son: la Convención de los Derechos del Niño (1989); Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1994); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (1995); Convención Suplementaria Sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud (1956); Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil (1999); Declaración Sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (1967); Recomendación 190 de la Organización Internacional del Trabajo sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil (1999); y el 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 (2000).

Por otra parte, y como un apunte criminológico que respalde lo anterior, diferentes investigaciones sociológicas han precisado las características sociales de las personas víctimas de la trata: ellas provienen de lugares con altos índices de pobreza y desocupación laboral, así como de insuperables secuelas derivadas de la violencia intrafamiliar. En el preciso caso de la trata con finalidad de explotación sexual comercial, se ha determinado que la edad promedio de las mujeres reclutadas para tal fin ronda los 23 años, encontrándose una edad mínima de 11 y una máxima de 41¹²⁵.

B. El proceso delictivo y las finalidades que se persiguen con la trata de personas.

El proceso complejo delictivo de la trata de personas, está constituido por una serie de actos preparatorios para una posterior explotación de la víctima o

¹²⁵ Al respecto, véase los datos recogidos en la publicación efectuada por la OIM “*Dimensiones de la trata de personas en Colombia*”, Bogotá, 2006, Págs. 36 a la 47.

víctimas. Así, esta figura criminológica está compuesta de los siguientes actos:

1. **El reclutamiento.** Por medio de diferentes actividades se capta a las víctimas del presente delito, sea por medio de la fuerza, el constreñimiento síquico, el engaño o el abuso de poder.
2. **El traslado.** El cual implica desplazar a la víctima o víctimas desde su lugar de residencia a otro donde serán explotadas. Éste puede implicar el cruce de fronteras o únicamente llevarla a un lugar distinto del mismo país como una zona turística.
3. **La recepción.** El cual implica, tanto el acogimiento de las personas reclutadas, como la selección donde brindarán sus servicios.
4. **La explotación.** Es la culminación de todo el proceso, e implica el sometimiento de la persona a los fines que el tratante ha planeado con anterioridad. En esta fase, pueden realizarse todo tipo de prácticas vejatorias a las víctimas como los malos tratos, castigos corporales, encierros, violaciones sexuales reiteradas, torturas, amenazas, y otras.

Este proceso tiene finalidades diversas, y dentro de ellas se encuentran:

1. **La explotación sexual comercial.** Esta ha sido desde sus orígenes, el principal *leiv motiv* de todo el fenómeno de la trata. Y consiste primordialmente, en el involucramiento de mujeres niños y niñas actividades sexuales remuneradas. Dentro de ellas se encuentran: (a) las relaciones sexuales remuneradas y prácticas afines como el exhibicionismo sexual; (b) el turismo sexual; y (c) la pornografía.
2. **La explotación laboral.** Esta radica generalmente en la utilización de mano de obra para trabajos físicos en el mercado formal de trabajo, como en el informal (trabajos en fábricas, construcciones, cultivos, minas u otras actividades).
3. **La servidumbre doméstica.** La cual constituye una variante

específica de la anterior, y se define como la captación forzosa de una persona para su explotación en trabajos domésticos, y para tales efectos pueden establecerse relaciones matrimoniales o filiales fraudulentas.

4. **El ejercicio de la mendicidad.** Podemos definir esta práctica, como la dedicación que tienen las personas a la recaudación económica mediante la solicitud de dadivosidad ajena¹²⁶. Regularmente, la trata en este tipo de casos supone el desplazamiento de niños, niñas y ancianos a centros urbanos para ser utilizados con un adulto que los controla, y lograr así un provecho económico.
5. **El suministro de combatientes para conflictos bélicos.** Esta modalidad, se vincula con el reclutamiento de menores de 18 años para que formen parte de grupos beligerantes armados. Muchos de ellos, reclutados con base a intimidaciones o ejercicio de la fuerza física.
6. **La extracción de órganos.** Se trata que aquellos supuestos de comercialización de personas para extraer de ellas órganos y tejidos (médula ósea, córnea, etc.), así como en algunos casos células sexuales femeninas.

C. Algunas regulaciones legales en el Derecho Comparado.

Luego de haber sido ratificado, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000, algunos de los países suscriptores decidieron incorporar –con mayor o menor exactitud– la definición brindada en su art. 3 como parte de su Derecho penal interno. Así, podemos citar dentro de los países latinoamericanos a Costa Rica, Nicaragua, Colombia y Méjico entre otros.

¹²⁶ Confr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, parte especial, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 1999, Pág. 306.

Citando algunos aspectos de la regulación penal que estos países han efectuado: Colombia modificó el art. 188 de su Código penal para regular el delito de trata de personas en el año 2005¹²⁷. Las características básicas del tipo penal son: (a) regula tanto la trata interna como la externa; (b) brinda una definición auténtica de lo que debe entenderse por explotación; (c) ha considerado exhaustivamente cualquiera de los fines que la trata ha de perseguir, inclusive los más novedosos; y (d) regula la irrelevancia del consentimiento en estos casos.

Por su parte, la reforma legislativa del 2007, efectuada al Código penal del Distrito Federal Mexicano¹²⁸, tiene como puntos importantes que resaltar: (a) brinda una distinción de carácter penológico entre la trata de adultos y la de menores de edad e incapaces; (b) se comprenden dentro de la misma descripción legal tanto la trata interna como la externa, así como los diversos fines a perseguir; (c) en cuanto a la extracción de órganos, el radio de acción del tipo abarca sólo a estos, sino tejidos u otros componentes; (d) en materia de consecuencias jurídicas, la pena de prisión se acompaña con la de multa.

Por último, conviene citar la reciente formulación que se adicionó al Proyecto de Código penal de Nicaragua en el art. 181, cuyo *nomen iuris* es: “*trata de personas con fines de esclavitud o explotación sexual*”¹²⁹. Entre las características más

¹²⁷ Artículo 188 A. Trata de Personas. El que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación, incurrirá en prisión de trece (13) a veintitrés (23) años y una multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para efectos de este artículo se entenderá por explotación el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante 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, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación.

El consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación definida en este artículo no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal.

¹²⁸ Artículo 205.-Comete el delito de trata de persona menor de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, quien promueva, facilite, consiga, traslade, entregue o reciba a una de estas personas para someterla a cualquier forma de explotación, ya sea explotación sexual, trabajos o servicios impuestos de manera coercitiva o para que le sea extirpado cualquiera de sus órganos, tejidos o sus componentes, dentro o fuera del territorio nacional, a quien cometa este delito se le impondrá prisión de ocho a quince años y de mil a dos mil quinientos días de multa.

Artículo 207.- Comete el delito de trata de personas quien promueva, facilite, consiga, traslade, entregue o reciba a una persona para someterla a cualquier forma de explotación, ya sea explotación sexual, trabajos o servicios impuestos de manera coercitiva, o para que le sean extirpados cualquiera de sus órganos, tejidos, o sus componentes, dentro o fuera del territorio nacional. Al autor de este delito se le impondrá pena de cuatro a nueve años y de cuatrocientos a novecientos días multa.

¹²⁹ Art. 181.- Quien en ejercicio de poder o valiéndose de amenazas, ofrecimientos, engaños, promueva, facilite, induzca o ejecute la captación, reclutamiento, contratación, transporte, traslado, retención, acogida o

sobresalientes de esta norma se encuentran: (a) se le da mucho énfasis a los fines de la esclavitud y explotación sexual; tan es así que no menciona a la extracción de órganos; (b) el punto sobresaliente es sin duda, la consideración de trata a aquellas conductas que vendan, ofrezcan, entreguen o acepten una niña, niño o adolescente, como quien les adquiera. Con ello, la legislación nicaragüense se vuelve novedosa al tocar un tópico que no resultaba comprendido expresamente en la regulación de otros países.

D. La regulación actual del 367-B del Código penal.

Inicialmente, el delito de trata de personas fue regulado por medio de la reforma legislativa (Decreto N° 210) del 25 de noviembre del año 2003, la cual lo introdujo en el art. 367-B CP.

Posteriormente, por medio del Decreto Legislativo N° 457 del 2004, se derógo el inciso segundo de la referida disposición, y se incluyó un cuadro de circunstancias agravantes en el 367-C.

Puede afirmarse, que la regulación que efectúa nuestro Código penal en el art. 367-B es sumamente compleja, al igual que la misma regulación que establece el Protocolo internacional pertinente.

Por ello, toda plasmación legal del delito de trata de personas debe buscar ser sencilla, completa, y comprensible para todos los ciudadanos. Con ello se logra el deseable efecto preventivo de delitos que tiene el Derecho penal; y por otra parte, se dota de seguridad jurídica a la aplicación de la ley. Como adición a lo anterior, un tipo redactado claramente en sus elementos objetivos, permite una mejor comprobación del mismo dentro del proceso penal sin una excesiva fatiga probatoria para el órgano acusador. Esto último, es lo que ha acontecido con la aplicación de tal tipo, ya que por su excesiva complejidad ha sido difícil aplicarlo

recepción de personas, con fines de esclavitud o explotación sexual, para que la misma sea ejercida dentro o fuera del territorio nacional, aún con el consentimiento de la víctima será sancionado en prisión de siete a diez años.

No obstante, si la víctima es una persona menor de dieciocho años, o con discapacidad, o el hecho fuere cometido por familiares, tutor, encargado de la educación, guarda, o custodia, guía espiritual o comparta el hogar familiar de la víctima, o medie una relación de confianza, la pena será de diez a doce años de prisión. Quien venda, ofrezca, entregue, transfiera o acepte a una niña, niño o adolescente en la que medie o no, pago o recompensa con fines de explotación sexual, será sancionado con pena de ocho a doce años de prisión. Igual pena se aplicará a quien venda, posea, adquiera o acepte la venta de una niña, niño o adolescente como adopción ilegítima.

en el concreto ámbito judicial.

En esa línea y para salvar tales deficiencias de aplicación, el artículo 367-B CP en su redacción actual, tiene que ser modificado bajo los siguientes tópicos:

1. Suprimir de su articulado, la relación que efectúa a “*miembro de una organización nacional o internacional*” por ser superfluo. Pues, toda forma organizada de crimen, ya queda comprendida en una relación concursal con las asociaciones –agrupaciones– ilícitas, y dentro del art. 1 de la Ley Especial Contra el Crimen Organizado.
2. Suprimir la referencia a “*beneficio económico*”, pues la trata puede perseguir diversos fines – v. gr. servidumbre doméstica o cualquier otra forma de trabajo forzado– y no necesariamente de forma directa uno económico. Quizás lo correcto, sea afirmar “un fin económico u otro diverso, de forma actual o futuro”. Recuérdese, que éste es un elemento subjetivo del injusto penal; y por tanto, debe ser comprobado indefectiblemente dentro del proceso penal. En su defecto, puede dar lugar a una absolución del procesado.
3. Aunado a lo anterior, el tipo cuenta con otro elemento subjetivo, cual es la “*finalidad de explotación*”; y que resulta también de imperativa probanza acusatoria. Esto nos lleva a afirmar que es un tipo demasiado cargado en sus aspectos subjetivos. Ha de recordarse, que estos son difíciles de establecer por prueba directa, y que requieren en algunos casos de costosas construcciones indiciarias.
4. Por otra parte, no se regula la irrelevancia del consentimiento. Y ello, por razones de claridad legislativa y del principio reserva de ley formal para el Derecho penal nacional debiera ser regulado positivamente.
5. Adicionalmente, tampoco es regulada la cesión de un menor, adolescente o incapaz como forma de trata. Sólo se hace mención, del “*reclutamiento*”.
6. Si bien los actos conclusivos de la trata –cuales son las

diversas formas de explotación enumeradas anteriormente–, pueden quedar comprendidas perfectamente en otros artículos del Código. En aquellos casos donde no exista un tipo que los comprenda de forma autónoma, el 367-B CP debiera de ser aplicado en su defecto y en forma subsidiaria, a fin de evitar lagunas de impunidad.

7. Con relación a la consecuencia jurídica establecida en el art. 367-B *in fine* CP, cual es la revocación del permiso de funcionamiento a un establecimiento comercial o de cualquier naturaleza; su redacción debe ser reformulada, en el sentido que sea la autoridad jurisdiccional que tenga la potestad de clausura temporal o definitiva del mismo durante el respectivo proceso penal. Con ello se logra, rapidez en el dictado de la medida y, se salvaguardan de mejor manera los derechos constitucionales que pudieran resultar afectados (propiedad, trabajo, etc.). También esto resulta independiente de las medidas que la Administración pública o municipal crean convenientes.

E. La necesaria modificación del numeral 4° del 367-C del Código penal.

Por otra parte, el numeral cuarto del art. 367-C del Código penal, viene a constituir una resurrección de los “delitos cualificados por el resultado”, los cuales son contrarios al principio constitucional de culpabilidad.

En efecto, el art. 4 del Código penal, así como diferentes fallos de la Sala de lo Constitucional, señalan que únicamente pueden atribuirse resultados, si respecto a los mismos ha existido dolo o culpa. Por tanto, quedan excluidos de la aplicación de la ley penal, aquellos resultados que no hayan sido queridos o previstos objetivamente por el agente.

De esta forma, ante supuestos de trata de personas con homicidio o lesiones, la imputación penal subsecuente –homicidio/lesiones– al delito doloso base –trata de personas–, únicamente puede atribuirse si es al menos dolosa o imprudente; y ello debe ser comprobado fehacientemente en el proceso penal.

De ahí que resulte inaceptable efectuar una imputación “de carácter automático” de los delitos conexos, sin ni siquiera una mínima actividad probatoria

para comprobar tales baremos subjetivos.

Por otra parte, también resulta discutible desde la óptica constitucional, atribuir una penalidad agravada claramente dolosa, por hechos ulteriores culposos como lo estipula la norma citada. Esto supone desconocer la naturaleza claramente político-criminal de las agravantes, como formas cualificadas de penalidad en razón de un mayor desvalor objetivo de la acción o de un mayor desvalor subjetivo anímico por parte del sujeto; no pudiéndose afirmar, que una conexa realización culposa comporte tal entidad que amerite su castigo de forma dolosa. Esto significa yuxtaponer erradamente dos figuras dogmáticas cuyos patrones teóricos son totalmente distintos, y por tales motivos su tratamiento debe ser diferenciado en la magnitud de la pena.

De ahí que, conforme a un aplastante consenso doctrinario, ante los casos de un delito inicial doloso cabe atribuir el segundo delito cuando sea culposo conforme a un concurso ideal de delitos (primer delito doloso/segundo delito imprudente). Y en los casos que el delito subsecuente sea doloso (lesiones/homicidio), castigar por la última figura por consumir a la inicial. Por tanto, se trata de un problema solucionable fácilmente con las reglas generales del concurso de delitos, y donde no era necesaria una solución legislativa expresa.

F. Texto y comentario a la propuesta de reforma.

La propuesta legal que se sugiere, a efecto de superar algunas insuficiencias relacionadas anteriormente, es la siguiente:

“El que promueva, ofrezca, reclute, traslade, entregue o reciba para sí o para un tercero a una persona, con el propósito que dentro o fuera del territorio nacional:

- a) Sea sometida a cualquier forma de explotación de las contempladas en el inciso tercero del presente artículo;*
- b) Le sean extirpados sus órganos o tejidos dentro o fuera del territorio nacional;*
- c) Para la realización de una adopción fraudulenta o de un matrimonio forzado;*

Será sancionado con pena de prisión de cuatro a ocho años de prisión.

Todo aquel que facilitare cualquiera de las conductas anteriores, será sancionado con la pena de prisión de dos a cuatro años”.

Para efectos de este artículo, se entenderá por explotación la obtención de un provecho económico actual o futuro u otro tipo de beneficio para sí u otra persona, mediante el ejercicio coactivo de la prostitución ajena u otras prácticas sexuales como el exhibicionismo sexual y la pornografía, los trabajos o servicios forzados, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, y la mendicidad.

El consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación definida en el inciso anterior, no podrá ser apreciada judicialmente como una causa excluyente ni atenuatoria de la responsabilidad penal.

La venta, cesión o entrega de un menor de edad o incapaz, para la práctica de cualquiera de las modalidades de explotación anteriormente mencionadas, será castigada con prisión de dos a cuatro años.

Si los actos de explotación de la víctima, no estuvieren regulados de forma independiente como tipos penales dentro de este Código u otra ley especial penal, serán sancionados con la pena prevista en el inciso primero del presente artículo.

Los establecimientos que hayan sido utilizados para la práctica de las conductas antes descritas, podrán ser clausurados de forma temporal o definitiva por la autoridad jurisdiccional que conozca del respectivo proceso penal. Al efecto, y previa audiencia a los interesados si los hubiere, resolverá por medio de auto debidamente fundamentado con relación a su procedencia, pudiendo también dictarse en la sentencia cuando sea de forma definitiva.

Las ventajas que tiene la regulación que se sugiere son las siguientes:

- 1) Se regulan de forma autónoma, los supuestos que por regulación legal han de considerarse trata, más allá de si existe explotación no (literales b y c) o un provecho económico.
- 2) Con relación al literal a), se establece una interpretación auténtica de lo que debe entenderse por explotación,

quedando englobada dentro de su tenor literal, actividades como la servidumbre doméstica en la específica referencia los trabajos o servicios forzados o prácticas análogas a la esclavitud.

- 3) Se menciona la irrelevancia del consentimiento; siendo por tanto, una regulación más concordante con las estipulaciones del Protocolo pertinente.
- 4) La venta, cesión o entrega de un menor o incapaz para la práctica de cualquiera de las modalidades de explotación es castigada.
- 5) Los actos de facilitación a la trata, siempre serán castigados como lo hace la redacción ahora vigente.
- 6) Si los actos de explotación no han sido regulados de forma expresa o autónoma en el Código penal, el 367 B podrá ser aplicado de forma supletoria.
- 7) Se otorga mayor claridad con relación a la consecuencia accesoria. Esto es, no se trata ya de la revocación de una licencia, sino de la clausura temporal o definitiva de un establecimiento que ha servido para la realización de un delito de trata de personas. Este queda a cargo de la autoridad jurisdiccional, quien previa audiencia y bajo una resolución motivada, podrá dictar la medida si lo estima pertinente.

2. Proyecto de Decreto Legislativo.

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR

CONSIDERANDO:

- I. Que por Decreto Legislativo N° 1030, de fecha 26 de abril de 1997, publicado en el Diario Oficial N° 105, Tomo 335, del 10 de junio del mismo año, se aprobó el Código Penal actualmente vigente.

- II. Que por medio del Decreto Legislativo N° 210, de fecha 25 de noviembre de 2003, publicado en el Diario Oficial N° 4, Tomo N° 362, del 8 de enero de 2004, se introdujo al Código penal el delito de trata de personas. Asimismo, que por medio del Decreto Legislativo N° 457 del 7 de octubre de 2004, publicado en el Diario Oficial N° 207, Tomo N° 365 del 8 de noviembre de 2004, fue reformada la mencionada disposición y se agregó el artículo 367-C que contempla las circunstancias agravantes relacionadas con el delito de la trata de personas.
- III. Que siendo necesaria la modificación de los artículos 367-B y 367 C, a fin que su tenor literal se adecue a los instrumentos internacionales relativos a la materia, así como a los principios constitucionales relativos al mandato de certeza y de culpabilidad en materia penal; buscando con ello su aplicación efectiva por parte de las diferentes instancias de persecución y juzgamiento penal, y de esta manera salvaguardar la dignidad e integridad moral y física de las personas.

DECRETA:

Las siguientes reformas al Código Penal:

Art. 1.- Refórmase el Art. 367-B, así:

El que promueva, ofrezca, reclute, traslade, entregue o reciba para sí o para un tercero a una persona, con el propósito que dentro o fuera del territorio nacional:

- a) Sea sometida a cualquier forma de explotación de las contempladas en el inciso tercero del presente artículo;
- b) Le sean extirpados sus órganos o tejidos dentro o fuera del territorio nacional;
- c) Para la realización de una adopción fraudulenta o de un matrimonio forzado;

Será sancionado con pena de prisión de cuatro a ocho años de prisión.

Todo aquel que facilitare cualquiera de las conductas anteriores, será sancionado con la pena de prisión de dos a cuatro años.

Para efectos de este artículo, se entenderá por explotación la obtención de

un provecho económico actual o futuro u otro tipo de beneficio para sí u otra persona, mediante el ejercicio coactivo de la prostitución ajena u otras prácticas sexuales como el exhibicionismo sexual y la pornografía, los trabajos o servicios forzados, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, y la mendicidad.

El consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación definida en el inciso anterior, no podrá ser apreciada judicialmente como una causa excluyente ni atenuatoria de la responsabilidad penal.

La venta, cesión o entrega de un menor de edad o incapaz, para la práctica de cualquiera de las modalidades de explotación anteriormente mencionadas, será castigada con prisión de dos a cuatro años.

Si los actos de explotación de la víctima, no estuvieren regulados de forma independiente como tipos penales dentro de este Código u otra ley especial penal, serán sancionados con la pena prevista en el inciso primero del presente artículo.

Los establecimientos que hayan sido utilizados para la práctica de las conductas antes descritas, podrán ser clausurados de forma temporal o definitiva por la autoridad jurisdiccional que conozca del respectivo proceso penal. Al efecto, y previa audiencia a los interesados si los hubiere, resolverá por medio de auto debidamente fundamentado con relación a su procedencia, pudiendo también dictarse en la sentencia cuando sea de forma definitiva.

Art. 2.- Derógase el numeral 4) el Art. 367-C.

Art. 3.- El presente Decreto entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el Diario Oficial.

DADO EN EL PALACIO LEGISLATIVO: San Salvador, a los ____ días del mes de ____ del año dos mil :_____.

BIBLIOGRAFÍA

- ARTOLA, “*El caso de la trata de personas*”. Disponible en: <http://www.oim.int>
- BACIGALUPO, “*Manual de Derecho penal*”, Edit. Temis, Bogotá, 1996.
- BERDUGO Y OTROS, “*Lecciones de Derecho penal*”, 2º Edición, Edit. La Ley, España, 1999.
- BRUCET ANAYA, “*El crimen organizado*”, Edit. Porrúa, Méjico, 2001.
- BUSTOS RAMÍREZ, “*Manual de Derecho penal*”, Parte General, 3º Edición, Edit. Ariel, Barcelona, 1989.
- BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, “*Lecciones de Derecho penal*”, Volumen I, Edit. Trotta, Madrid, 1997.
- CEREZO MIR, “*Curso de Derecho penal español*”, parte general, teoría jurídica del delito, 6º Edición, Edit. TEcnos, Madrid, 2001.
- COBO DEL ROSAL Y OTROS, “*Compendio de Derecho penal español*”, parte especial, Edit, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, “*Derecho penal*”, parte general, 4º Edición, Valencia, 1996.
- CORCOY BIDASOLO, “*Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*”, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- CRUZ MONGE, “*Explotación sexual comercial. Contenidos penales mínimos según las normas internacionales que deben tener los códigos o leyes penales en materia de penalización de la explotación sexual comercial de personas menores de edad. Documento de trabajo con recomendaciones para los países de Centroamérica, Panamá y República Dominicana*”, San José, 2004.
- DE LEÓN VILLALBA, “*Tráfico de personas e inmigración ilegal*”, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- 📖 SCRIVÁ GREGORI, “*La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*”, Edit. Bosch, Barcelona, 1976.
- 📖 FERNÁNDEZ PANTOJA, “*Delitos de falsedad en documento público, oficial y mercantil*”, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1996.
- 📖 FIERRO, “*Teoría de la participación criminal*”, 2º Edición, Edit. Astrea, Buenos Aires, 2001.
- 📖 FONTÁN BALESTRA, “*Tratado de Derecho penal*”, parte especial, Tomo V, Edit. Abeledo-Perrot, s/f.
- 📖 GARCÍA PABLOS DE MOLINA, “*Asociaciones ilícitas en el Código penal*”, Edit. Bosch, Barcelona, 1977.
- 📖 GONZÁLEZ RUS, “*Asociación para delinquir y criminalidad organizada (sobre la propuesta de desaparición del delito basada en una peculiar interpretación de la STS del 23 de octubre de 1997 –Caso Filesa–*”, Actualidad Penal N° 27, Madrid, Julio 2000.
- 📖 GRACIA MARTÍN/BOLDOVA PASAMAR/ALASTUEY DOBON, “*Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*”, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- 📖 HERNÁNDEZ PLASCENCIA, “*El delito de tráfico de personas para su explotación sexual*”, En: En: A.A. V.V., *Inmigración y Derecho penal: Bases para un debate*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- 📖 HERRERO HERRERO, “*Criminología*”, parte general y especial, Edit. Civitas, Madrid, 1997.
- 📖 HIRSCH, “*Derecho penal: obras completas*”, Tomo I, Edit. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1999.
- 📖 LANDROVE DÍAZ, “*Las consecuencias jurídicas del delito*”, 4º edición, Edit. Tecnos, Madrid, 1996.
- 📖 MACHADO, “*Un negocio aterrador: el tráfico de órganos*”, en: www.avizora.com.

- 📖 MAQUEDA ABREU, “*Una nueva forma de esclavitud: el tráfico sexual de personas*”. En: A.A. V.V., *Inmigración y Derecho penal: Bases para un debate*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- 📖 MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, “*Las consecuencias jurídicas del delito*”, 3° Edición, Edit. Civitas, Madrid, 1996.
- 📖 MIR PUIG, “*Derecho penal*”, parte general, 5° Edición, Edit. Reppertor, Barcelona, 1998.
- 📖 MORENO/RUEDA, “*Código penal de El Salvador comentado*”, 2° Edición, AEI/CNJ, San Salvador, s/f.
- 📖 MUNTARBHORN, “*Leyes penales contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes: ¿buenas prácticas alrededor del mundo?*”, Revista ¡Ya es hora!, N° 3, OIT/IPEC, Abril, 2005.
- 📖 MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, “*Derecho penal*”, parte general, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 1998.
- 📖 MUÑOZ CONDE, “*Derecho penal*”, parte especial, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- 📖 OIT/IPEC, “*Documento de información básica sobre la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes*”, San José, Mayo, 2005.
- 📖 PALOMO DEL ARCO, “*Criminalidad organizada e inmigración ilegal*”. En: A.A.V.V., “*La criminalidad organizada: aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*”, CGPJ, Madrid, 2001.
- 📖 PALIERO, “*Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho italiano*”, Anuario de Derecho Penal 96, Lima, 1996.
- 📖 QUERALT JIMENEZ, “*Derecho penal español*”, partes especial, 3° Edición, Edit. Bosch, Barcelona, 1996.
- 📖 QUINTERO OLIVARES Y OTROS, “*Comentarios a la parte especial del Derecho penal*”, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1996.

- 📖 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE), “*Diccionario de la Lengua Española*”, 21^o Edición, España, 1994.
- 📖 RIVERA, “*El delito de relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad*”, Revista ¡Ya es hora!, N° 5, OIT/IPEC, San José, Abril 2006.
- 📖 RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, “*Derecho penal español*”, Edit. Dykinson, Madrid, 1995.
- 📖 RODRÍGUEZ MONTAÑES, “*Delitos de peligro, dolo e imprudencia*”, Edit. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004.
- 📖 ROXIN, “*Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*”, 1^o Edición castellana, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1998.
- 📖 SALAZAR GRANDE, “*Civitas máxima contra la Delincuencia Organizada Transnacional*”, Revista Justicia de Paz, N° 11, CSJ-AECI, Enero-Abril, 2002.
- 📖 SEOANE SPIEGELBERG, “*Delitos relativos a la fe pública en el Código Penal salvadoreño*”, Revista Justicia de Paz, Año II, Vol. II, Mayo-Agosto, 1999.
- 📖 SERRANO PIEDECASAS, “*Los delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros*”, En: A.A. V.V., *Inmigración y Derecho penal: Bases para un debate*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- 📖 SILVA SÁNCHEZ, “*La expansión del Derecho penal*”, Edit. Civitas, Madrid, 1999.
- 📖 STRATENWERTH, *Derecho penal, parte general I, El hecho punible*, 4^o Edición, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- 📖 ULLOA DÍAZ/ULLOA GAVILANO, “*El delito de trata de personas en el Código penal peruano*”, en: www.pensamientopenal.com.ar
- 📖 VIVES ANTÓN Y OTROS, “*Derecho penal*”, parte especial, 2^o Edición, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- 📖 ZUGALDÍA ESPINAR, “*Fundamentos de Derecho penal*”, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 1993.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES CONSULTADOS

- Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000).
- Convenio de las Naciones Unidas para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena (1949).
- Convención de los Derechos del Niño (1989).
- Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas (1910).
- Convención Interamericana sobre tráfico Internacional de Menores (1994).
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (1995).
- Convención Sobre la Esclavitud (1926)
- Convención Suplementaria Sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud (1956).
- Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil (1999)
- Declaración Sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (1967).
- Recomendación 190 de la Organización Internacional del Trabajo Sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil (1999).
- 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 (2000).

- 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 (2000).
- Protocolo contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, sus Piezas, Componentes y Municiones (2001).
- 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 (2000)

ANEXOS

1) GUÍAS DE CONTROL DE LECTURA SOBRE LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL Y NACIONAL APLICABLE

I

GUÍA DE ANÁLISIS Y DISCUSIÓN SOBRE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL

Objetivo: Conocer e identificar algunos aspectos esenciales del mencionado instrumento internacional, y relacionarlos con la legislación penal salvadoreña vigente. Todo ello con la finalidad de poder aplicarla de forma óptima en la resolución de casos judiciales

Indicaciones: Luego de un exhaustivo análisis y discusión grupal o individual de la referida lectura, conteste las siguientes preguntas.

1. Enumere, de acuerdo a la Convención internacional citada, cuáles son las características definitorias de la criminalidad organizada transnacional. Luego de ello, compárelas con las que se encuentran reguladas tanto en el Código penal como en la Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja.
2. Explique cuáles son las modalidades de blanqueo de capitales –o lavado de dinero– que la Convención sugiere que debieran ser penalizadas. Luego, establezca si las mismas se encuentran reguladas en la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos.
3. Con relación al tema de la corrupción: ¿las diferentes conductas reguladas en la Convención tienen coincidencia con las establecidas en el Código penal?. Compare y determine si ello es correcto o incorrecto.
4. Explique de acuerdo a la legislación penal salvadoreña vigente, si es posible “responsabilizar penalmente” a las personas jurídicas según lo estipula en el art. 10 de la Convención.
5. Enumere qué medidas de cooperación internacional estipula la Convención para el combate de la criminalidad organizada transnacional.

II

GUÍA DE ANÁLISIS Y DISCUSIÓN SOBRE EL PROTOCOLO PARA PREVENIR, REPRIMIR Y SANCIONAR LA TRATA DE PERSONAS ESPECIALMENTE MUJERES Y NIÑOS QUE COMPLEMENTA A LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL

Objetivo: Al terminar de resolver la presente guía, el capacitando podrá identificar y aplicar los diferentes contenidos que contempla el Protocolo relativo a la trata de personas; y de esta forma, utilizarlos en la resolución de aquellos casos que supongan la aplicación del art. 367-B CP.

Indicaciones: Luego de un exhaustivo análisis y discusión grupal o individual de la referida lectura, conteste las siguientes preguntas.

1. Enumere sintéticamente los elementos esenciales de la definición contemplada en el art. 3 del delito de trata de personas. Luego, compare tales conclusiones con los que comprende el art. 367-B CP, y establezca similitudes y diferencias.
2. Explique cuál es la relación que existe entre el delito de trata de personas y la criminalidad organizada transnacional.
3. Argumente de acuerdo a su punto de vista, si el consentimiento otorgado por alguna de las víctimas de la trata tiene alguna relevancia para eximir de pena a los autores o partícipes del delito.
4. Enumere al menos seis medidas de asistencia y protección a las víctimas de la trata, que el protocolo establece con relación a los Estados suscriptores.
5. Enumere algunas medidas –fronterizas o de otro tipo– que deben ser tenidas en cuenta para controlar y prevenir el delito de trata de personas, según lo estipula la Convención.

III

GUÍA DE ANÁLISIS Y DISCUSIÓN SOBRE 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

Objetivo: Una vez resuelta la presente guía, el capacitando podrá explicar en sus aspectos esenciales el presente protocolo; y la vez podrá distinguir tanto las semejanzas y diferencias entre el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas, así como enumerar algunas de las medidas de asistencia con relación a las víctimas de ambos delitos.

Indicaciones: Luego de un exhaustivo análisis y discusión de la referida lectura, conteste las siguientes preguntas:

1. Enumere al menos cuatro consideraciones, que han determinado la elaboración del presente documento internacional.
2. Enuncie de forma sintética, cuál es la finalidad o finalidades que persigue el presente protocolo.
3. De acuerdo a la definición establecida en el presente documento internacional, enumere los aspectos esenciales que comprende el tráfico ilícito de migrantes. De forma posterior, compárelos con la redacción actual del artículo 367-A CP.
4. Explique al menos tres semejanzas y tres diferencias entre el delito de trata de personas y el delito de tráfico ilegal de migrantes.
5. En consideración a los dos Protocolos facultativos, enumere al menos 6 medidas de asistencia que pueden otorgárseles a las víctimas de estos dos delitos, y explique si ellas han sido puestas en marcha en nuestro país.

2) CASOS DE EJERCITACIÓN

CASO I

El día 3 de agosto del corriente año, se efectuó un registro y allanamiento en la vivienda ubicada en la 3° Calle poniente número cincuenta y cuatro de esta ciudad, debido a que miembros de la División de Fronteras de la Policía Nacional Civil como del Ministerio Público fiscal, habían recibido cierta información de que en dicho lugar existía un negocio dedicado a la prostitución. Al llegar al lugar podía constatarse que la fachada exterior de la vivienda era un bar restaurante; mientras que en su interior existían al menos dos corredores que llevaban a una serie de cuartos pequeños, en los cuales se apreciaban camas, mobiliario de dormitorio como lámparas de noche y encima de las mesas algunos preservativos sin utilizar. En otro lugar de la vivienda, se pudo encontrar al menos seis jovencitas

de aproximadamente dieciséis años, las cuales se encontraban semi-desnudas o en ropa interior, quienes inmediatamente intentaron evadir la acción policial. Por tal evento, fueron capturados: (1) Pedro Pérez quien manifestó que por el momento era el encargado del lugar, ya que los dueños se encontraban fuera del país; a (2) Vilma Maravilla, una mujer mayor de edad, la cual manifestó ser compañera de vida del primer sindicado, y que estos momentos le “ayudaba a su marido en atender el bar”; (3) Roberto Preza y (4) Hugo Hernández, los cuales ejercían la seguridad del local, portando cada uno de ellos armas de fuego de las cuales no tenían licencia o matrícula alguna que amparara legalmente su tenencia; y (5) Rubidia Sol, quien era la persona que atendía a los clientes del restaurante.

De acuerdo a los hechos expresados en el presente caso, determine:

- A. El tipo penal o los tipos penales aplicables. Así, como los posibles concursos de delitos que puedan existir.
- B. Individualice el grado de autoría y participación de cada uno de los capturados.
- C. Explique qué medidas de asistencia pueden serles otorgadas a las víctimas en el presente caso.

CASO II

Los señores Adam Wong y Diana Liu, de origen asiático, mantenían un restaurante de comida oriental en las inmediaciones de la Colonia Escalón. En el mismo, utilizaban los servicios de tres jóvenes de origen nicaragüense de 13, 14 y 15 años, los cuales habían ingresado meses atrás al país de forma ilegal a través del departamento costero de La Unión.

Según lo relatan en sus declaraciones, ellos fueron introducidos al país, por medio de su tío Ramón Samper, quien los llevó a trabajar a ese lugar por encomienda del señor Adam Wong.

De acuerdo con las declaraciones de las víctimas, ellos no podían salir del lugar, pues les había advertido el dueño del establecimiento que si lo hacían, iban a ser devueltos a su país y “allá se iban a morir de hambre”.

Por otra parte, los tres jóvenes trabajaron por el transcurso de cuatro meses que duró su encierro, quince horas diarias –todos los días sin excepción– en la preparación de alimentos para los clientes, así como en labores de limpieza,

decoración y arreglo del local, sin recibir centavo alguno por ello; ya que el señor Wong, les decía que su salario les iba a ser dado hasta cuando se fueran del país.

Según manifestó uno de los muchachos, los tres fueron alojados en un cuarto pequeño en el cual sólo tenían unos cartones para dormir, y que el baño que utilizaban se encontraba en mal estado. Afirmaron además, que eran sometidos constantemente a regaños y únicamente les proporcionaban como comida raciones de arroz hervido sin verduras y alguna comida que dejaban los clientes. Por ello, el menor de 13 años, decidió avisar por teléfono a la Policía, a fin de poderse trasladar a Nicaragua con su familia.

Luego de la intervención policial al lugar, se determinó por medio de un chequeo médico, que los tres jóvenes padecían serios problemas de inanición alimenticia, lo cual repercutía en su poco peso corporal, el cual se encontraba por debajo de lo que correspondía a su edad.

De acuerdo a los hechos expresados en el presente caso, determine:

- A. El tipo penal o los tipos penales aplicables en el presente caso. Así, como los posibles concursos del delito que puedan existir.
- B. Individualice el grado de autoría y participación de los señores Adam Wong y Diana Liu.
- C. Explique qué medidas de asistencia pueden serles otorgadas a las víctimas en el presente caso.

CASO III

Miguel Muñoz, de nacionalidad colombiana y con residencia temporal en El Salvador, actualmente detenido. Se promocionaba en la internet como fotógrafo profesional y de modelaje, anunciando que su empresa necesitaba contratar señoritas entre los dieciséis a los veintitrés años de edad como modelos para diferentes “spots” publicitarios. Sus víctimas han declarado en sus respectivas denuncias ante el Ministerio Público fiscal, que Muñoz realizaba con ellas sesiones fotográficas en algunas ocasiones posando únicamente con ropa interior, y en algunos casos totalmente desnudas en poses altamente provocativas. Agregan, que por ello, les pagaba hasta cien dólares americanos por sesión, y en algunos casos, les prometía viajes hacia el exterior, a fin de que pudieran trabajar con otras agencias de publicidad ubicadas en Suramérica donde les aseguraba que tenía contactos para lograr una colocación

laboral. En días posteriores, y a raíz de la interposición de las denuncias por algunos padres de las víctimas, la Fiscalía General de la República junto con la Policía Nacional Civil, allanó el estudio fotográfico de Miguel Muñoz ubicado en la Colonia San Benito, encontrando en el lugar diferente material pornográfico (fotografías de algunas de las víctimas), equipo de computación con acceso a internet y escáner, tres pistolas tipo escuadras con cuatro cargadores, un laboratorio fotográfico, una agenda la cual contenía el nombre y dirección de diferentes personas con residencia en El Salvador, Colombia, Costa Rica y Méjico, así como su número de teléfono. Igualmente se encontraron diferentes revistas y videos de pornografía, editados en Norte América; y la cantidad de 15,000 dólares americanos, los cuales se encontraban escondidos en un mueble de su dormitorio.

De acuerdo a los hechos expresados en el presente caso, determine:

- A. El tipo penal o los tipos penales aplicables a Miguel Muñoz.
- B. Establezca si existe alguna relación concursal o de concurso aparente de leyes entre los diferentes delitos que pueden aplicarse.
- C. Qué tipo de medidas podrían tomarse con relación a los posibles “contactos” de Miguel Muñoz, para ser procesados penalmente por la ley penal salvadoreña.

CASO IV

Miembros de la Fiscalía General de la República de la Sub-regional de San Marcos, practicaron un registro en la clínica privada “La Merced” para investigar una denuncia relativa a la compra y venta de riñones humanos. En tal registro fueron encontrados los datos de once pacientes de nacionalidad salvadoreña a quienes se les había efectuado diferentes estudios médicos relativos a su estado de salud, tres de ellos niños de once, trece y catorce años. En el lugar se detuvieron dos paramédicos de nombre Manuel Aguirre y Antonio Vélez, así como al doctor Marcos Eleazar quien es cirujano médico. Al transcurrir las investigaciones, se determinó que los imputados junto a otras tres personas, se dedicaban a efectuar trasplantes de riñón a pacientes con insuficiencias crónicas terminales generalmente extranjeros, y que están dispuestos a pagar treinta mil dólares por el “paquete” junto con la operación. Esta información es puesta por medio de una página web donde los interesados pueden contactar con los personeros de la referida clínica. De acuerdo con la deposición de un imputado a quien le fue otorgado un criterio de oportunidad, la clínica operaba con base a “donaciones” voluntarias de personas que habían decidido la extracción de un órgano para salvar a otras personas. A cambio de ello, recibían entre cinco mil y diez mil dólares dependiendo de su edad y condición física. Para tal efecto, existían dos colaboradores de nombre Julio Peinado y Rufino Roda, quienes se hacían pasar por médicos o promotores de salud en las zonas rurales más pobres del país, y quienes se encargaban de conseguir a los pacientes así como llevarlos posteriormente a la clínica. Agregó, además que la mayor parte de interesados en los trasplantes de riñones eran de nacionalidad israelí, alemana y francesa, los cuales en algunos casos venían al país a practicarse la operación, pero efectuaban sus pagos en bancos de Estados Unidos. En otros casos, los órganos solían ser vendidos a un señor conocido sólo como “Robert”, cuyos mandatarios se reunían en varias ocasiones con el doctor Marcos Eléazar.

De acuerdo a los hechos expresados en el presente caso, determine:

- A. El tipo penal o los tipos penales aplicables en el presente caso. En particular, argumente si se encuentra ante un delito de trata de personas.
- B. Individualice el grado de autoría y participación de cada uno de los intervinientes.

CASO V

El 7 de julio del corriente año, fueron capturadas María Soler y Rubidia Rojas, quienes regentaban la casa de citas denominada “Paula y Daniela”. Tanto María como Rubidia, se encargaban de convencer a las jovencitas y mujeres del Municipio de Cuesta Arriba, a fin de que trabajaran en dicho lugar como camareras; o en su caso, se trasladaran a San Salvador donde les afirmaban que existían oportunidades de trabajo como empleadas de bares y restaurantes.

Al efectuarse las diferentes pesquisas judiciales, se determinó que la casa de citas en mención, ofrecía servicios de prostitución a domicilio, siempre a clientes de los alrededores y por medio de contactos telefónicos de línea fija. Generalmente, sus clientes eran hombres de negocios y visitantes turísticos de las zonas aledañas, los cuales solicitaban estos “servicios” a los recepcionistas de algunos hoteles del lugar. Así, Pablo Vizcarra, recepcionista

del Hotel Emperador, ofrecía estos servicios a sus clientes, los cuales al serle solicitados se ponía en contacto con María y Rubidia.

Ellas enviaban algunas de sus “empleadas” por medio de un taxi conducido por Juan Toboso, quien era el encargado igualmente de esperarlas y recogerlas para llevarlas posteriormente a la referida casa de lenocinio. De acuerdo con su declaración en sede fiscal, él afirmó que las dos imputadas le pagan 10 dólares por cada viaje, y 20 cuando la distancia era algo lejana.

Se determinó dentro del proceso judicial, que tanto María y Rubidia recibían el 50% del pago que sus empleadas obtenían de cada encuentro sexual; e igualmente Pablo Vizcarra les exigía a cada una de las féminas que laboraban para las imputadas –siempre bajo amenazas– el 20 % de lo ganado en las diferentes estancias con los clientes del Hotel.

De acuerdo a los hechos expresados en el presente caso, determine:

- A. El tipo penal o los tipos penales aplicables a María Soler y Rubidia Rojas.
- B. Establezca los tipos penales cometidos, así como el grado de autoría y participación criminal de Pablo Vizcarra.
- C. Establezca el grado de autoría o participación criminal de Juan Toboso.

CASO VI

Heriberto Ortéz, vecino de la Colonia Maquilishuat de San Salvador, observó mientras conducía su vehículo hacia su trabajo que en el redondel ubicado en la Avenida La Concordia y Calle Los Conacastes, se encontraban cuatro niños cuyas edades rondaban los nueve años de edad. Uno de ellos, era golpeado por un sujeto mayor de edad quien al parecer los dirigía; pues les gritaba fuertemente que se acercaran a los vehículos estacionados en el semáforo para “pedir una cora”. Uno de los niños se acercó al vehículo de Heriberto, y le solicitó una “cora”, mostrando un acento de voz que denotaba su origen rural. Por ello, éste le preguntó de donde era, a lo cual el menor respondió que vivía en Morazán, y que no sabía como había llegado hasta aquí. Una vez, superado el semáforo, Heriberto dio parte a las autoridades policiales. Al día siguiente, cuatro policías de forma encubierta decidieron efectuar una vigilancia en el sector, pudiendo determinar que los cuatro niños eran obligados a pedir limosnas de acuerdo a las órdenes que recibían de un sujeto masculino de aproximadamente treinta y

cinco años, el cual los golpeaba utilizando un bastón que portaba. Al ver tales actos, los agentes de la Policía Nacional Civil decidieron intervenir capturando al sujeto, quien manifestó llamarse Ambrosio Domínguez, y el cual al momento de los hechos portaba además del bastón, una navaja. Al momento de recibirle declaraciones, dos de los niños manifestaron ser hermanos y que ambos vivían en un Cantón ubicado en los alrededores de San Francisco Gotera. Afirmaron además, que vivían con un tío paterno Miguel Martínez quien los entregó a un señor para trasladarlos a la capital a fin de “hacerlos trabajar”, pues él ya no quería tenerlos de “haraganes” en su casa. Al preguntarles por sus padres, afirmaron que su madre había muerto años atrás, y la identidad de su padre era desconocida. Al serles efectuados exámenes médicos a los cuatro niños, pudieron encontrarse una variedad de cicatrices y hematomas en diferentes partes del cuerpo, al parecer efectuadas con un objeto de naturaleza contundente, y aún de carácter punzante o cortopunzante.

De acuerdo a los hechos expresados en el presente caso, determine:

- A. El tipo penal o los tipos penales aplicables en el presente caso. Así, como los posibles concursos del delito que puedan existir.
- B. Individualice el grado de autoría y participación de Ambrosio Domínguez y Miguel Martínez.
- C. Explique qué medidas de asistencia pueden serles otorgadas a los infantes que han sido víctimas en el presente caso.

CASO VII

Carlos Restrepo y Nancy Cuellar habían creado una compañía ficticia de colocación laboral en el exterior, denominada “*Woman Power Services*”. Por medio de la misma, ofrecían a las jóvenes –preferentemente del sexo femenino– colocaciones laborales en Israel, por medio de contratos de trabajo por un año. Al contar con tres o cuatro candidatas a emigrar, contrataban los servicios de Tulio Tullido y Roberto Rejas, a efecto de escoltarlas vía aérea hacia Israel pasando los controles migratorios establecidos en El Salvador, Costa Rica, España y por último Israel. Una vez que llegaban a su destino, eran recibidas por un señor de origen norteamericano, únicamente conocido por “Richard”, quien las llevaba a

diferentes establecimientos nocturnos de la ciudad de Tel Aviv, donde las víctimas tenían que “trabajar” para lograr pagar el costo de su llegada a Israel, y su manutención.

De acuerdo con el testimonio de una de las víctimas, dos hombres que trabajaban para don Richard, la introdujeron en un cuarto donde fue agredida sexualmente y sin su consentimiento por tres hombres de complexión fornida, quienes igualmente le propinaron una fuerte golpiza ante su resistencia. Luego de esto, fue lanzada a la calle, donde fue recogida por la policía israelí, quien dio aviso a la Embajada salvadoreña, siendo posteriormente trasladada a El Salvador.

De acuerdo a los hechos expresados en el presente caso, determine:

- A. El tipo penal o los tipos penales aplicables a Carlos Restrepo y Nancy Cuellar.
- B. Establezca los tipos penales cometidos, así como el grado de autoría y participación criminal de Tulio Tullido y Roberto Rejas.
- C. Establezca el grado de autoría y participación de el sujeto conocido como “Richard”.
- D. ¿Puede conocer la jurisdicción salvadoreña de los hechos acaecidos en Tel Aviv en contra de una salvadoreña?

CASO VIII

La Policía efectúa una redada en un prostíbulo y encuentra a una niña de 14 años, quien al momento de los hechos sostenía relaciones sexuales con un cliente del lugar. El cliente de nombre Mario Turcios, sostiene al momento de su detención, que ella le había confirmado en repetidas ocasiones que era mayor de edad.

Durante la sustanciación del proceso penal, se determina que la adolescente tenía unos 5 meses de ser explotada sexualmente bajo amenaza de muerte, por un hombre de cuarenta y cinco años de nombre Roberto Timo. Éste bajo engaños, la había trasladado de su cantón a la capital del país después de prometerle ganar unos 250 dólares a la semana trabajando como animadora de un centro nocturno. La chica en sus diferentes declaraciones procesales, declara que este dinero lo necesitaba para poder cooperar en la economía familiar, además de comprarse ropa de moda. Por otra parte, relató que los veinticinco dólares que le quedaban de la jornada (porcentaje final, pues lo demás le quedaba a Roberto Timo) lo invertía en comida, cigarros y drogas. Mientras que el alcohol consumido en el local se consideraba como propina de los clientes, ya que era cargado en las cuentas de consumo.

Según consta en el acta policial levantada al momento de los hechos, la joven fue encontrada vestida con una bata transparente y en ropa interior. Así mismo, se le decomisó una dosis de estupefacientes que aseguró son para su consumo personal.

Los análisis psicológicos practicados a la chica, demuestran que ella tiene una pobre autoestima y adolece de una falta de habilidades afectivas para relacionarse con los demás. Presenta además, un cuadro familiar desintegrado y agresivo, donde las mujeres son vistas como objetos y son relegadas a labores caseras (“Mi padre me dejó de pegar porque se fue a los Estados Unidos”).

Al momento del juicio, la defensa del imputado Roberto Timo alega que la dedicación a las actividades sexuales era ejercida voluntariamente, ya que las ganancias eran utilizadas para la compra de droga, pues la víctima es alcohólica y drogodependiente, lo cual consta en las diferentes deposiciones efectuadas ante la policía y el Ministerio Público fiscal. Por lo tanto, tales hechos deben atenuar los cargos del imputado y hasta eximirlo de responsabilidad penal. Por otra parte, la víctima ya había tenido anteriormente otros contactos sexuales antes de su ocupación en la prostitución¹³⁰.

¹³⁰ El presente caso ha sido tomado con algunas variantes, del enunciado en el libro “*Hacia una intervención no revictimizante con niñas, niños y adolescentes víctimas de explotación sexual comercial en el sistema judicial: aportes desde El Salvador*”, editado por ECPAT y CEMUJER, San Salvador, 2005, Págs. 45 y 46.

De acuerdo a los hechos expresados en el presente caso, determine:

- A. El tipo penal o los tipos penales aplicables a Mario Turcios y a Roberto Timo.
- B. Establezca si existe alguna relación concursal entre los tipos.
- C. Analice los argumentos expuestos por la defensa del imputado Roberto Timo, y establezca si estos tienen alguna incidencia clara como hechos exculpatorios o atenuatorios de la responsabilidad penal.
- D. ¿Qué tipo de asistencia puede serle brindada a la víctima del presente caso?.

Este material fue posible con el apoyo del Departamento de Estado de los Estados Unidos de Norteamérica. El contenido de esta publicación es responsabilidad de su autor y no necesariamente coincide con el punto de vista del Departamento de Estado de los Estados Unidos de Norteamérica.



Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador, C.A. 2008.