



PODER JUDICIAL DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL



CENTRO
DE INVESTIGACIONES
JUDICIALES

EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS COMO FORMA CONTEMPORÁNEA DE EXPLOTACIÓN

Iván Meini Méndez

Cuadernos de Investigación
Centro de Investigaciones Judiciales
Consejo Ejecutivo del Poder Judicial

Serie:
Derecho Penal

Noviembre 2022

1

**EL DELITO DE TRATA
DE PERSONAS COMO
FORMA CONTEMPORÁNEA
DE EXPLOTACIÓN**



PODER JUDICIAL DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL



EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS COMO FORMA CONTEMPORÁNEA DE EXPLOTACIÓN

Iván Meini Méndez

Cuadernos de Investigación

Centro de Investigaciones Judiciales
Consejo Ejecutivo del Poder Judicial

Serie:
Derecho Penal

Noviembre 2022

1

IVÁN MEINI MÉNDEZ

El delito de trata de personas como forma contemporánea de explotación

1.ª ed. Lima: Centro de Investigaciones Judiciales,
Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú, 2022.

Colección: Cuadernos de Investigación

Serie: Derecho Penal n.º 1

88 pp., 14.5 x 20.5 cm



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

© IVÁN MEINI MÉNDEZ

© PODER JUDICIAL DEL PERÚ

Centro de Investigaciones Judiciales

Fondo Editorial

Palacio Nacional de Justicia, 2.º piso, oficina 244; 4.º piso, oficina 421

Av. Paseo de la República cuadra 2 s/n, Lima, Perú

Teléfono: (511) 410-1010, anexos: 11260 y 11576

Correo electrónico: fondoeditorial@pj.gob.pe

BRUNO NOVOA CAMPOS

Director del Centro de Investigaciones Judiciales

ROBERT CÁCERES MARTÍNEZ

Coordinador de la Unidad de Investigación y Fondo Editorial

GLADYS FLORES HEREDIA

Responsable del Fondo Editorial

YULIANA PADILLA ELÍAS

Correctora de textos

MIGUEL CONDORI MAMANI

Diagramador

RODOLFO LOYOLA MEJÍA

Diseñador de portada

Primera edición electrónica: noviembre de 2022

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2022-02839

ISBN: 978-612-4484-39-1

DOI: 10.35292/pj.gob.pe/book/978-612-4484-39-1

Se terminó de producir digitalmente en noviembre de 2022
en el Fondo Editorial del Poder Judicial.



LICENCIA CREATIVE COMMONS. ALGUNOS DERECHOS RESERVADOS.

Se autoriza la reproducción y distribución pública del presente documento de trabajo siempre que se reconozcan los créditos de la obra, no sea utilizado con fines comerciales y no se altere, transforme o genere una obra derivada a partir de esta.

Índice

Presentación ELVIA BARRIOS ALVARADO	9
Prólogo HÉCTOR ENRIQUE LAMA MORE	13
1. Aproximación inicial	19
2. Trata de personas, formas contemporáneas de esclavitud y bien jurídico protegido	27
2.1. La trata de personas y las formas contemporáneas de esclavitud	30
2.2. Bien jurídico protegido	35
2.3. Autodeterminación como libertad y consentimiento	43
2.3.1. Consentimiento en mayores de edad	44
2.3.2. Consentimiento en menores de edad (y personas con discapacidad)	45
3. Enfoque de género, centralidad de la víctima y no revictimización	49
3.1. Enfoque de género	49
3.2. Centralidad de la víctima y no revictimización	51
4. Comportamiento (objetivo) típico	56

4.1. Medios típicos	56
4.2. Verbos rectores	62
4.3. Consumación	66
5. Tipicidad subjetiva	67
5.1. Dolo	67
5.2. La finalidad de explotación	68
5.3. El concepto de explotación en la trata de personas	69
6. Autoría y participación	73
7. Supuestos agravados	75
Referencias	79

Presentación

Los avances en la lucha contra la trata de personas importan diferentes niveles de actuación, desde la intensificación, la sensibilización y la capacitación de los jueces, las juezas y los trabajadores y las trabajadoras judiciales; la promoción de iniciativas legislativas que la regulen con mayor eficacia; los distintos mecanismos de cooperación internacional; y el estudio dogmático y empírico de dicho ilícito penal que afecta gravemente, sobre todo, los derechos de las mujeres en situación de vulnerabilidad.

El estudio que nos complacemos en presentar, *El delito de trata de personas como forma contemporánea de explotación*, representa la experiencia de su autor de acercar al sistema de justicia los avances en el delito de trata de personas, desde la comprensión de la dimensión doctrinal, normativa y jurisprudencial de esta figura penal a la luz de los instrumentos internacionales contra la delincuencia organizada transnacional, y de prevención, criminalización y sanción de la trata.

La trata de personas ha dimensionado su marco criminal porque actúa en concurso de delitos como el lavado de activos, la explotación sexual, el tráfico de órganos, el cohecho,

entre otros, lo que le otorga una dirección de delincuencia organizada transnacional.

El doctor Meini parte de explorar las nociones de esclavitud y la dación de los primeros instrumentos internacionales sobre trata de personas que, inspirados inicialmente en ideas abolicionistas de la esclavitud y la trata de esclavos, incluían la esclavitud sexual. Explora, asimismo, los mecanismos que sirvieron para darle autonomía conceptual y normativa al delito de trata de personas frente a la esclavitud, con la suscripción del Protocolo de Palermo II, del 2000. El autor advierte que, en el delito de trata, se somete a la víctima a un peligro real de explotación sexual, explotación laboral o de otra naturaleza, lo que ha dado lugar a consensos dirigidos a prevenir y regular este delito, así como ofrecer protección a las víctimas.

En el Perú, se ha sistematizado el derecho interno con la dación de la Ley n.º 31146, que modifica el Código Penal, el Código Procesal Penal y la Ley n.º 28950, Ley Contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes, que considera a los delitos de trata de personas y de explotación como delitos contra la dignidad humana. Creemos que la nueva legislación recogió en buena parte la doctrina legal establecida en el Acuerdo Plenario n.º 06-2019, a la que se arribó en el XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, donde se manifestó que el bien jurídico protegido trasciende a la libertad personal, pues se afecta la dignidad de la persona colocada o mantenida en una situación de vulnerabilidad y degradación permanentes (fundamento 19).

Dicha reforma constituye un significativo avance en la lucha contra el crimen organizado y la trata de personas, delito cuya comisión daña el proyecto de vida de miles de mujeres y las deja en una situación de vulnerabilidad incompatible con su dignidad.

El diagnóstico y la evaluación de las implicancias teóricas y prácticas de este lesivo ilícito, en un contexto de crisis sanitaria y económica, son de enorme importancia para dimensionar el verdadero impacto de la trata de personas en el Perú. Por otro lado, la subsistencia de dudas en torno al bien jurídico protegido y respecto de su ubicación sistemática dentro del derecho penal demuestra la utilidad de fomentar los estudios sobre la materia y la necesidad de tipificar correctamente el delito de trata tomando, precisamente, como guía el Protocolo de Palermo II.

De esta manera, es necesario distinguir conceptualmente el delito de trata de personas de otras formas contemporáneas de esclavitud, que generan enormes e ilícitas ganancias, gracias a la explotación de millones de personas víctimas de lo que, en la actualidad, se conoce como esclavitud moderna.

De ahí que, para enfrentar los desafíos que un delito tan gravoso plantea a la sociedad, resulta relevante la aplicación de los enfoques de género, de centralidad de la víctima y no revictimización, toda vez que el perfil de la víctima en la trata de personas es el de una mujer, en buena parte menor de edad. Es oportuno, por tanto, aproximarse a dicho ilícito penal desde un enfoque de género que permita procesar los casos y determinar judicialmente la pena considerando el contexto de desigualdad y discriminación existente contra la mujer.

La publicación que presentamos contribuye a esclarecer estas cuestiones, análisis complejo que está a cargo de su autor, el doctor Iván Meini Méndez, quien muestra rigurosidad al examinar esta compleja figura jurídica y aporta valiosas reflexiones en torno al estudio, la regulación y la sanción de la trata de personas en el Perú.

El camino para afrontar la lucha frontal contra la trata de personas ya está señalado y es una tarea que involucra a todas las instituciones públicas, así como al conjunto de la sociedad. Reiteramos nuestro compromiso, como Poder Judicial, de desplegar todos los esfuerzos que sean necesarios para la interdicción de la trata de personas y erradicar, progresivamente, toda forma de esclavitud de los seres humanos.

DRA. ELVIA BARRIOS ALVARADO
Presidenta del Poder Judicial
y de la Corte Suprema de Justicia de la República

Refiere el autor que los problemas jurídicos relativos al delito de la trata de personas, si bien relativamente recientes, son asociados históricamente a fenómenos sociales de larga data como la esclavitud y la explotación de seres humanos en sus diversas formas; y las dificultades para suprimirla se explican en diversos factores: la situación de vulnerabilidad de parte significativa de la población, las ingentes ganancias que genera esta ilícita actividad, y las indefiniciones jurídico normativas frente a una realidad que lesiona los derechos de millones de víctimas.

Un indicio revelador de la gravedad de este problema es el hecho de que, como informan las Naciones Unidas (ONU, 2014), «la práctica de explotar a personas con fines de lucro tiene una larga historia, y la lucha contra ella comenzó hace al menos un siglo, mucho antes de que naciera el sistema de derechos humanos moderno» (p. 1). Los esfuerzos de prohibición y supresión de estas prácticas dieron lugar a amplias luchas que ahora continúan respecto a las modernas formas de explotación o mercantilización de las personas.

Trata de personas es un término contemporáneo adoptado por la ONU con la aprobación del Protocolo de Palermo en el año 2000, del que nuestro país es signatario. La suscripción

del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, Anexo II de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, representó un punto de inflexión en el fortalecimiento de la prevención, la regulación y la sanción de la trata de personas.

Para dicho instrumento internacional, por trata de personas se entiende a

la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación. (artículo 3a)

Establece también el referido literal del artículo 3 del protocolo que dicha 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».

Dicha figura jurídica fue incorporada en nuestra normatividad penal con ligeras variaciones; pero pronto se pasó a debatir sobre su ubicación sistemática en nuestro código penal sustantivo, el bien jurídico que protege y su distinción respecto a delitos afines. Pese a que no hay acuerdo en la doctrina, en todos los debates se deja entrever que estamos frente a un delito pluriofensivo, en la medida que lesiona o pone en peligro múltiples

bienes jurídicos, entre otros, la libertad individual (en un sentido amplio), la libertad sexual y la dignidad.

Sobre el particular, la Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario n.º 06-2019, adoptó la postura en favor de que es la «dignidad de la persona» el bien jurídicamente protegido (fundamento 19), e independiza la trata de personas de las diversas modalidades de explotación (fundamento 24). Posteriormente, el año 2021, y en concordancia con dicha doctrina, nuestra legislación interna reubicó sistemáticamente el delito de trata de personas como delito contra la dignidad humana.

Es precisamente en este camino que el autor del estudio que prologamos toma postura al momento de analizar la relación entre la trata de personas y las formas contemporáneas de esclavitud, y concuerda en que la trata, al instrumentalizar a la víctima, lesiona su dignidad.

Empero, el debate todavía no está cerca de quedar zanjado, considerando que el fenómeno de la globalización ha redelineado el fenómeno social de la trata, en el sentido de que «junto con los avances tecnológicos, existen condiciones propicias para la trata de personas y, específicamente, para la explotación sexual» (Torres, 2016, p. 98). Y es que, para otro importante sector de la doctrina, la finalidad de explotación es un elemento consustancial al delito de trata de personas, puesto que las víctimas de esta práctica son vistas como una mercancía que generará ilícitos beneficios, sean económicos o de otra índole; es decir, la cosificación de las personas, pero con fines lucrativos.

Tampoco faltan instancias internacionales que asocian la trata con la explotación de personas. La Organización Internacional del Trabajo aprobó el Protocolo de 2014 relativo al

Convenio sobre el Trabajo Forzoso, 1930, cuyo preámbulo reconoce que el contexto y las formas del trabajo forzoso u obligatorio han cambiado y que la trata de personas con fines de trabajo forzoso u obligatorio puede implicar la explotación sexual.

Asimismo, reafirma «la definición de trabajo forzoso u obligatorio contenida en el Convenio y, por consiguiente, las medidas mencionadas en el presente Protocolo deberán incluir actividades específicas para luchar contra la trata de personas con fines de trabajo forzoso u obligatorio» (art. 1, numeral 3). El citado protocolo, sobre el trabajo forzoso —que puede implicar la explotación sexual— fue ratificado por el Perú el 18 de junio de 2021, y su entrada en vigor se encuentra prevista para el 18 de junio de 2022.

La trata de seres humanos es una figura penal compleja cuyo debate continúa en el foro, en el Poder Legislativo, en los tribunales de justicia y a nivel de la política criminal del Estado. Los esfuerzos desplegados hasta ahora parecen ser insuficientes, de ahí que sea necesario adoptar un enfoque multidisciplinario sobre el delito de la trata de personas y fortalecer la cooperación entre los Estados dentro de una perspectiva que incorpore los derechos humanos como eje vertebrador.

El análisis jurídico del citado fenómeno social, ciertamente, nos permite reflexionar acerca de los desafíos que plantea para el derecho este ilícito penal, y es una constante invitación a repensar el delito de trata de personas en cuanto a su naturaleza jurídica, su tipificación, su procesamiento, la razonabilidad de las penas y de aquellas previstas para delitos afines, y las medidas de protección y asistencia que se deben brindar a las víctimas.

En tal virtud, a la luz del derecho comparado, los estudios sobre la materia, como el trabajo que prologamos, son idóneos como puntos de partida para afinar el control penal de este gravoso delito en el siglo XXI.

DR. HÉCTOR ENRIQUE LAMA MORE
Consejero del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial
Consejero responsable del Consejo Consultivo
del Centro de Investigaciones Judiciales

Referencias

- Corte Suprema de Justicia de la República (2019). XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial. Acuerdo Plenario n.º 06-2019/CJ-116. Lima: 10 de setiembre de 2019.
- Naciones Unidas (ONU) (2014). Los derechos humanos y la trata de personas. Folleto Informativo n.º 36. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/FS36_sp.pdf
- Organización Internacional del Trabajo (2014, 28 de mayo). Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:P029
- Torres, M. (2016). El nuevo rostro de un viejo fenómeno: la trata de personas con fines de explotación sexual y los derechos humanos. *Sociológica*, (31)89, 95-129. <http://www.scielo.org.mx/pdf/soc/v31n89/0187-0173-soc-31-89-00095.pdf>

1. Aproximación inicial

La esclavitud es tan antigua como la humanidad. Ya sea por motivos económicos, raciales, religiosos, bélicos, por condición natural o como castigo, todas las civilizaciones han encontrado razones para justificar la explotación humana. Aristóteles (1988) sostuvo que «el que, siendo hombre, no se pertenece por naturaleza a sí mismo, sino a otro, ese es por naturaleza esclavo. Y es hombre de otro el que, siendo hombre, es una posesión» (p. 56). Siglos más tarde, el propio Beccaria (2015) —emblemático ilustrado precursor del derecho penal liberal— propondría la pena de esclavitud perpetua como alternativa a la pena de muerte por considerar que tendría una mayor eficacia preventiva:

No es el freno más fuerte contra los delitos el espectáculo momentáneo, aunque terrible, de la muerte de un malhechor, sino el largo y dilatado ejemplo de un hombre, que convertido en bestia de servicio y privado de libertad, recompensa con sus fatigas aquella sociedad que ha ofendido (p. 58).

Los primeros instrumentos internacionales sobre trata de personas se inspiran en ideas abolicionistas y la conciben solo en su relación con la esclavitud. La Declaración de las Potencias para la Abolición del Comercio de Negros, firmada en Viena

el 8 de febrero de 1815, reconoció que «los hombres justos e ilustrados de todos los siglos han pensado que el comercio conocido con el nombre de tráfico de negros de África es contrario a los principios de la humanidad y de la moral universal» (párr. 2).

La Convención sobre la Esclavitud de 1926 de la Sociedad de Naciones, por su parte, define a la esclavitud como «el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos» y que

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 (art. 1.2.).

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 proclama en su artículo 4 que «nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas». Por su parte, el Estatuto de Roma tipifica a la esclavitud (art. 7.c) y a la esclavitud sexual (art. 7.g) como crímenes de lesa humanidad si se cometen como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.

La relación de dependencia de la trata de personas frente a la esclavitud se quiebra con el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional-Anexo II

de 2000 (en adelante, Protocolo de Palermo II), cuyo art. 3.a entiende por trata de personas:

la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al 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.

La autonomía normativa de la trata de personas que inaugura el Protocolo de Palermo II condiciona la relación que hasta la actualidad mantiene con la esclavitud y, en general, con las formas contemporáneas de explotación humana. La idea que subyace a esta autonomía reza: con la trata se somete a la víctima a una situación de peligro real de explotación sexual, laboral o de otra naturaleza. La trata, así concebida, adelanta las barreras de protección respecto de los delitos de explotación. La autonomía normativa de la trata de personas se refuerza con la diferenciación, pacíficamente aceptada, entre trata de personas (*trafficking in human beings*) y tráfico ilícito de migrantes (*smuggling of migrants*). Lo que ocurre tanto en el derecho internacional, con la aprobación del 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-Anexo III (en adelante, Protocolo

de Palermo III), como en el derecho local, con la tipificación del tráfico ilícito de migrantes en el art. 303-A CP¹.

A pesar de que el Protocolo de Palermo concibe a la trata de personas solo en su relación con la criminalidad organizada², no puede negarse que desempeña un rol importante en la actualidad. Por un lado, expresa el consenso global sobre la necesidad de prevenir y criminalizar la trata de seres humanos y de asistir y proteger a sus víctimas. Por otro, contiene definiciones que, como piso normativo mínimo, no pueden ser desconocidas por los Estados parte en su obligación de regular el delito de trata en la ley penal doméstica. Estas definiciones constituyen, asimismo, una suerte de «lenguaje jurídico común» que facilita la cooperación internacional. En este sentido, por ejemplo, la definición de trata de personas del art. 3.a del Protocolo de Palermo II ha servido de base a la actual regulación penal peruana de la trata contenida en el art. 129-A CP.

Con todo, la obligación de criminalizar la trata de personas preexiste al Protocolo de Palermo II y a cualquier otro instrumento internacional. El espacio del que aquí se dispone solo permite esbozar el argumento: dado que la trata de personas

-
- 1 No obstante, y aunque no es posible entrar en detalle en esta cuestión, llama la atención la ubicación de los delitos contra el orden migratorio en el título XII: Delitos contra la seguridad pública, junto a la de Delitos de peligro común, Delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos, y a los Delitos contra la salud pública.
 - 2 Lo deja en claro el art. 4 del Protocolo de Palermo II, referido al ámbito de aplicación: «A menos que contenga una disposición en contrario, el presente Protocolo se aplicará a la prevención, investigación y penalización 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**, así como a la protección de las víctimas de esos delitos» (las negritas son nuestras).

lesiona los derechos fundamentales con una intensidad extraordinaria, la obligación de prevenirla y sancionarla es una consecuencia directa de la existencia de los derechos humanos. El deber que tienen los Estados de proteger los derechos fundamentales abarca la obligación de criminalizar los comportamientos que implican un riesgo de afectación especialmente relevante³. De no procederse de esta manera, la protección jurídica de un derecho fundamental sería, en el mejor de los casos, parcial. Ya en 1970 la Corte Internacional de Justicia consideró que la protección contra la esclavitud es una obligación *erga omnes* que dimana «de los principios y normas relativos a derechos fundamentales de la persona humana» que obliga a los Estados frente a la comunidad internacional en general, y no solo frente a otros Estados (International Court of Justice, 1970, párrs. 33-34)⁴.

Los compromisos expresamente asumidos por los Estados para prevenir la trata de personas⁵ y procurar de manera progresiva la total supresión de la esclavitud en todas sus manifestaciones⁶ parecen no ser suficientes. Tanto la trata como las formas contemporáneas de esclavitud siguen existiendo. Las ingentes ganancias que reporta la trata —junto al tráfico ilícito de drogas es una de las actividades más lucrativas— son un buen incentivo

3 En detalle, véase Meini (2014).

4 Ver también Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2002, pp. 5-ss.). El presidente de la Corte Internacional de Justicia cuando se emitió este fallo fue José Bustamante y Rivero.

5 Art. 2.a del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

6 Art. 2.b de la Convención sobre la Esclavitud.

que no encuentra contrapesos adecuados y que ayuda a entender que la OIT (2017) haya estimado que 40,3 millones de personas son víctimas de esclavitud moderna.

En el Perú, salvando incluso las distancias, el diagnóstico no puede ser distinto. A pesar del marco normativo desplegado por el legislador⁷, el INEI⁸ reporta que en el 2020 se registraron

7 En particular, del marco normativo: Decreto Supremo n.º 002-2004-IN, que creó el Grupo de Trabajo Multisectorial Permanente contra la Trata de Personas; Decreto Supremo n.º 004-2011-IN, que promulgó e implementó el Plan Nacional de Acción contra la Trata de Personas 2011-2016; Ley n.º 29918 (de setiembre de 2012), que declaró el 23 de setiembre de cada año como el Día Nacional Contra la Trata de Personas; Ley n.º 30251 (octubre de 2014), Ley que Perfecciona la Tipificación del Delito de Trata de Personas, mejora el texto del artículo 153 del Código Penal; Decreto Supremo n.º 01-2015-JUS, que aprobó la Política Nacional frente a la Trata de Personas y sus Formas de Explotación; Decreto Supremo n.º 001-2016-IN, que aprobó el nuevo Reglamento de la Ley n.º 28950 y creó la Comisión Multisectorial de Naturaleza Permanente contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes; Decreto Supremo n.º 005-2016-IN (mayo de 2016), que aprobó el Protocolo Intersectorial para la Prevención y Persecución del Delito y la Protección, Atención y Reintegración de Víctimas de Trata de Personas; Decreto Supremo n.º 017-2017-IN, aprueba el Plan Nacional de Acción contra la Trata de Personas 2017-2021, junio de 2017; Ley n.º 30925 de marzo de 2019, Ley que Fortalece la Implementación de Espacios de Acogida Temporal para Víctimas de Trata de Personas; y la Resolución de la Fiscalía de la Nación n.º 2291-2019-MP-FN, de 2 de setiembre de 2019, que aprobó el Protocolo del Ministerio Público para la Atención de Víctimas del Delito de Trata de Personas, Personas en Situación de Tráfico Ilícito de Migrantes y Víctimas de Delitos en el Contexto de la Migración. Nótese también la existencia del Sistema Estratégico sobre Trata de Personas (SISTRA) del Ministerio Público (<https://www.mpfm.gob.pe/observatorio/sistra/>)

8 En lo que sigue, Instituto Nacional de Estadística e Informática (2021a).

1165 denuncias por trata de personas: el Ministerio Público recibió 692 denuncias, la Policía Nacional 394 y el sistema RETA (Sistema de Registro y Estadísticas del Delito de Trata de Personas y Afines del Ministerio del Interior) 79. En total, 1165 denuncias por trata en el 2020 que, sin embargo, no son ni la mitad de las 2469 registradas el año anterior. En efecto, el 2019 el Ministerio Público conoció 1635 denuncias, esto es, 943 más que en el 2020; la Policía Nacional 509, 115 más que en el 2020; y el sistema RETA 325, 246 más que en el 2020. Según el propio INEI, en el primer semestre del 2021 se registraron 277 denuncias por trata de personas. Una constante en estos datos es la predominancia de la mujer como víctima y la finalidad de explotación sexual que persigue el tratante.

La revisión de las cifras que ofrece el INEI, aunque sea de manera somera, sugiere como mínimo tres consideraciones. En primer lugar, la disminución de las denuncias registradas en el 2020 en comparación con el 2019 no refleja necesariamente una menor incidencia del delito de trata de personas. Por el contrario, así como la crisis desatada por la COVID-19 ha incrementado la pobreza y la precariedad laboral⁹ y, consecuentemente, la necesidad de realizar trabajos en condiciones inhumanas para sobrevivir; también los Estados, por su parte, han tenido que rediseñar sus prioridades y redistribuir sus limitados fondos y personal para contener la pandemia y atender otras necesidades, afectando la capacidad de los órganos encargados

9 Según el INEI (2021b): «en el año móvil octubre 2020-septiembre del 2021, la tasa de empleo informal del país se ubicó en 78,2 %, siendo 3,7 puntos porcentuales mayor que similar año móvil anterior. En el área urbana, la tasa de informalidad fue de 73,0 % y en el área rural de 95,6 %» (p. 18).

de la persecución penal de la trata de personas y menguando la posibilidad de las víctimas de denunciar¹⁰.

En segundo lugar, la existencia de distintos sistemas competentes para recibir y registrar denuncias por el mismo delito no contribuye a una correcta sistematización y seguimiento de los casos de trata de personas. Tampoco permite una real medición de la incidencia del delito. Esta es tal vez una de las causas por las que hasta fines de 2020 solo 217 personas pudieron ser condenadas en Perú por el delito de trata de personas (INEI, 2021a, p. 28).

Y, en tercer lugar, tal como lo ha denunciado la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, se estima que por cada víctima identificada de trata de personas en el mundo existen 20 víctimas no identificadas. Junto a otras causas, esta elevada cifra negra de la criminalidad se nutre de la dificultad para identificar supuestos de trata que se camuflan como actividades lícitas. Lo que es frecuente cuando el delito se realiza aprovechando la estructura de una empresa legalmente constituida (United Nations Office on Drugs and Crime, 2020, p. 40) o cuando se busca explotar a la víctima bajo alguna modalidad socialmente normalizada, como la explotación laboral en el ámbito del servicio doméstico o la mendicidad.

10 En detalle, Department of State. United States of America (2021, pp. 7-ss.); United Nations Office on Drugs and Crime (2020, pp. 67-ss.).

2. Trata de personas, formas contemporáneas de esclavitud y bien jurídico protegido

El delito de trata de personas se regula en el artículo 129-A y sus formas agravadas en el artículo 129-B del Código Penal. Luego de algunas modificaciones que han ido acercando su redacción al Protocolo de Palermo II¹¹ y de ser ubicado sistemáticamente como delito contra la dignidad humana por la Ley n.º 31146, de 30 de marzo de 2021, el tipo penal de trata de personas tiene en la actualidad la siguiente redacción:

Artículo 129-A

1. El que mediante violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio, capta, transporta, traslada, acoge, recibe o retiene a otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país con fines de explotación, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.
2. Para efectos del inciso 1, los fines de explotación de la trata de personas comprende, entre otros, la venta de niños, niñas o adolescentes, la prostitución y cualquier forma de explotación sexual, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, cualquier forma de explotación laboral, la mendicidad, los

11 La evolución legislativa del tipo penal de trata de personas hasta el 2019 puede revisarse en el Acuerdo Plenario n.º 06-2019/CJ-116, fundamento 14; y, de manera más detallada, en el Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ, <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/login>) y en Rodríguez y Montoya (2020, pp. 36-ss.).

trabajos o servicios forzados, la servidumbre, la extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos, así como cualquier otra forma análoga de explotación.

3. La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considera trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios previstos en el inciso 1.
4. El consentimiento dado por la víctima mayor de edad a cualquier forma de explotación carece de efectos jurídicos cuando el agente haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en el inciso 1.
5. El agente que promueve, favorece, financia o facilita la comisión del delito de trata de personas, es reprimido con la misma pena prevista para el autor.

Artículo 129-B

La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años de pena privativa de libertad e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2, 3, 4 y 5, del Código Penal, cuando:

1. El agente comete el hecho abusando del ejercicio de la función pública;
2. El agente es promotor, integrante o representante de una organización social, tutelar o empresarial, que aprovecha de esta condición y actividades para perpetrar este delito;
3. Exista pluralidad de víctimas;
4. La víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad o es incapaz;
5. El agente es cónyuge, conviviente, adoptante, tutor, curador, pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o tiene a la víctima a su cuidado por cualquier motivo o habitan en el mismo hogar.

6. El hecho es cometido por dos o más personas.
 7. La víctima se encuentra en estado de gestación.
- La pena será privativa de libertad no menor de 25 años, cuando:
1. Se produzca la muerte, lesión grave o se ponga en inminente peligro la vida y la seguridad de la víctima.
 2. La víctima es menor de catorce años de edad o padece, temporal o permanentemente, de alguna discapacidad física o mental.
 3. El agente es parte de una organización criminal.

El consenso global a favor de la represión penal de la trata no garantiza, sin embargo, que exista acuerdo sobre el bien jurídico que protege. Los distintos puntos de vista sobre el tema pueden agruparse en tres posiciones: se protege la dignidad, la libertad (en alguna de sus manifestaciones como libertad ambulatoria o libre determinación), o se tutela tanto la dignidad como la libertad (trata de personas como delito pluriofensivo). En derecho comparado es usual que la cuestión del bien jurídico en la trata de personas se solvente a partir de su ubicación sistemática. Así, por ejemplo, la ubicación del delito de trata de personas en Alemania (*Menschenhandel*) como un delito contra la libertad individual (232 StGB) da lugar a que se entienda que protege la autodeterminación como libertad de decidir al margen de condicionamientos impuestos por terceras personas¹². En España, la «Exposición de motivos» del Código Penal indica que el art. 177 bis, que regula la trata de seres humanos, «tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de sujetos pasivos —extranjeros o no— que la sufren». A partir de ello, la doctrina

12 Con referencias, Fischer (2021, párr. 232/2a), Petzsche (2020, párr. 232/5). Crítico, Renzikowski (2021, párr. 232/1).

española apuesta porque tanto dignidad como libertad son los bienes jurídicos tutelados en la trata¹³.

Si se reivindica la ubicación sistemática como criterio rector de interpretación, debería afirmarse que en el Perú la trata de personas protege también la dignidad: la Ley n.º 31146, de 30 de marzo de 2021, situó a la trata de personas en el art. 129-A CP, en el título de «Delitos contra la dignidad», cuando antes se tipificaba en el 153 CP, en el capítulo I («Delitos contra la libertad personal») del título IV («Delitos contra la libertad»). A favor de que en derecho comparado la trata de personas proteja el mismo bien jurídico juega el que los distintos Estados tomen como «modelo mínimo» de regulación el concepto propuesto por el Protocolo de Palermo II.

Con todo, el camino que aquí se transita para tomar postura consiste en analizar la relación entre la trata de personas y las formas contemporáneas de esclavitud y, a partir de ello, identificar la razón que legitima su criminalización. En particular, la conceptualización del bien jurídico debe estar en armonía con el tratamiento que se le dispensa al consentimiento.

2.1. La trata de personas y las formas contemporáneas de esclavitud

A diferencia de la esclavitud tradicional con la que se reclamaba la propiedad de los esclavos, la esclavitud contemporánea utiliza la amenaza, el engaño, la violencia y la vulnerabilidad de las víctimas para someterlas y tener control sobre ellas (Guisasola, 2019, p. 177). Es más rentable que la esclavitud tradicional

¹³ Por todos, Terradillos (2010, p. 209).

porque se basa en una relación fáctica de dominio en donde la adquisición y el mantenimiento del esclavo moderno es menos oneroso y suele ocurrir de manera encubierta (Pomares, 2011, p. 4). Una definición de esclavitud como la que recoge la Convención sobre la Esclavitud de 1926 y la Convención Suplementaria sobre Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956, que se basa en el ejercicio de alguno de los atributos del derecho de propiedad sobre otra persona es, en la actualidad, totalmente obsoleta y de poco puede servir¹⁴.

Es usual que se aluda a la trata de personas como una forma de esclavitud. Sin embargo, según el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas:

los límites precisos de esa relación distan de ser claros. Sin duda, la esclavitud es uno de los propósitos finales para los que las personas son objeto de trata. No obstante, la situación de muchas de las víctimas de trata puede no corresponder a la definición jurídica internacional de esclavitud (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2010, p. 22).

El análisis de la relación entre la trata y las formas contemporáneas de esclavitud que aquí se esboza no tendría sentido si por formas contemporáneas de esclavitud se entendiera únicamente el delito de esclavitud (art. 129-Ñ CP) o un comportamiento análogo como el trabajo forzoso (art. 129-O CP).

Una rápida lectura del art. 129-A CP evidencia que la explotación laboral es solo una de las posibles formas de *explotación*

14 Especialmente crítica, Maqueda (2018, p. 1207).

humana que puede perseguir el autor del delito de trata. La finalidad de la trata puede ser, además, la explotación laboral o de otra naturaleza. Si el delito de trata se interpretara únicamente como un posible *estadio previo* de la explotación laboral —lo que sería una lectura *contra legem* que desnaturalizaría la razón de ser del precepto—, la trata de personas que persigue otros fines de explotación sería atípica. Por otro lado, tal como ha quedado anotado en párrafos anteriores, la idea que concebía a la trata únicamente en su relación con la esclavitud ha sido superada y ahora se le reconoce plena autonomía normativa. Es, pues, conveniente analizar la trata de personas en el contexto de la explotación humana y no como una manifestación de las formas contemporáneas de esclavitud.

Cuando se capta, transporta, traslada, acoge, recibe o retiene a una persona «con fines de explotación», se la coloca en una situación en que le será imposible o muy difícil evitar su posterior explotación (Petzsche, 2020, párr. 232/5). Dado que la trata es un *medio* para lograr la *explotación* de otra persona, esta, como delito final, puede sobrevenir a la trata, sin que su ausencia perturbe su tipicidad y sin que de ello dependa su consumación. Del mismo modo, la explotación puede proceder de la trata, pero puede también explotarse a una persona que no provenga de una situación de trata. En todo caso, los actos de explotación —de ocurrir— no quedan cubiertos por la tipicidad de la trata y deben ser subsumidos en otros tipos penales.

A diferencia de la trata de seres humanos, otros delitos tipificados en el Código Penal sí incorporan la explotación humana como elemento de su injusto y constituyen propiamente formas

contemporáneas de explotación. Así, por ejemplo, la explotación en que la víctima es sometida mediante violencia, amenaza u otro medio para ejercer actos de connotación sexual (art. 129-C CP), el trabajo forzoso que implica someter a la víctima a realizar un trabajo o prestar un servicio, sea retribuido o no (art. 129-Ñ CP), o la esclavitud, que consiste en obligar a otra persona a trabajar en condiciones de esclavitud o servidumbre, o se la reduce o mantiene en dichas condiciones (art. 129-O CP).

La relación entre la trata como *medio* para la ulterior y efectiva explotación humana y la explotación como *fin* de la trata, grafica muy bien la cadena de hechos sucesivos en que por lo general se realiza la explotación humana en la actualidad¹⁵. Y, además, recuerda las necesidades político-criminales que fomentaron su prohibición en la comunidad internacional y su autonomía normativa: si se quiere evitar la explotación humana, es necesario adelantar la intervención penal y criminalizar actos de preparación que están objetiva y subjetivamente encaminados a lograr la explotación humana y que, *per se*, tienen ya suficiente entidad lesiva. El significado de ilícito que adquieren los comportamientos de trata descarta cualquier posibilidad de que puedan ser considerados comportamientos neutrales.

Una ulterior precisión es necesaria. El comportamiento típico de la trata podrá coincidir temporalmente en algunos casos con la efectiva explotación. En palabras de la Corte Suprema (2019b), «si bien los actos de trata son normalmente previos a la explotación, pueden coexistir independientemente de estos

15 En este sentido, véase Corte Suprema de Justicia de la República (2019b, f. j. 16).

—el sujeto activo puede retener a la víctima y al mismo tiempo explotarla—» (f. j. 22). Es perfectamente posible hablar de «retención» y por tanto de trata cuando la explotación se logra al privar de libertad a la víctima. Es lo que sucede, por ejemplo, cuando se confina a una persona para explotarla sexual o laboralmente. En estos casos, en que la retención es el medio comisivo de la trata y también el medio de la explotación, ha de aplicarse la regla del concurso ideal (art. 48 CP).

Lo anterior puede ser expresado en pocas palabras. Desde el punto de vista de la tipicidad, la trata no es una forma de esclavitud ni de explotación. Solo desde el punto político criminal, e incluso criminológico, la trata, al preparar el terreno de la explotación, puede ser considerada como parte del conjunto de estrategias preventivas de las formas contemporáneas de esclavitud.

Si se admite lo anterior, por regla general el reproche de la trata de personas debería ser menor que el que suscitan los delitos de explotación. Diferencia valorativa que, a riesgo de socavar la proporcionalidad, debería reflejar la pena. No es así. Una primera comparación de algunos de los preceptos comprometidos indicaría que la pena del tipo básico de trata (8 a 15 años): a) es inferior que la pena de 15 a 20 años prevista en el tipo básico de explotación sexual de niños, niñas y adolescentes (art. 129-H CP); b) es solo dos años menor en su límite inferior e igual en su límite máximo que la prevista para la explotación sexual (art. 129-C CP) y la esclavitud (art. 129-Ñ CP) en sus modalidades básicas, cuyas penas oscilan entre 10 y 15 años; y, c) es inferior que la pena de 6 a 12 años del supuesto básico de trabajo forzoso (art. 129-O CP).

El panorama se oscurece aún más si se tiene en cuenta que algunas agravantes de la trata de personas, por su propia naturaleza, suelen acompañar con frecuencia a la ejecución del delito. Por ejemplo, la pluralidad de víctimas, que la víctima tenga entre 14 y 18 años o cuando el delito es cometido por dos o más personas, son circunstancias que dan lugar a una pena de 12 a 20 años. En los hechos, y tal como lo demuestran las cifras del INEI (2021a, p. 27), este es el marco de pena legal con que los tribunales suelen reprimir la trata de personas en el Perú: de las 232 condenas por trata que se han dictado entre el 2015 y el 2020, 142, el 61.2 %, fue por una modalidad agravada, y de las 24 que se han emitido en el 2020, 20 de ellas, el 83.3 %, fue por una modalidad agravada.

2.2. Bien jurídico protegido

Sería improbable que en la actualidad alguien cuestione deliberadamente que la trata de personas degrada a la víctima, niega su naturaleza humana, la instrumentaliza, cosifica y afecta gravemente su libertad de autodeterminación. Las controversias surgen cuando se encuadran estas circunstancias en un concreto bien jurídico.

Un sector de la doctrina considera que la dignidad, en su dimensión de prohibición de cosificación del ser humano, es el bien jurídico que tutela la trata (Montoya, 2016; Rodríguez y Montoya, 2020, pp. 42-ss.; Villarroel, 2017). Al ser irrenunciable, la dignidad explicaría por qué el consentimiento de la víctima no es tomado en cuenta cuando se emplea alguno de los medios típicos (art. 129-A.4 CP y art. 3.b del Protocolo de Palermo II) o por qué una persona mayor de 14 años puede consentir

tener relaciones sexuales, pero no puede ser tratada o explotada sexualmente (Villarroel, 2017, p. 166; Rodríguez y Montoya, 2020, pp. 43-45).

A estos argumentos añade la Defensoría del Pueblo (2017) uno peculiar. Sostiene que la grave restricción de la libertad individual a la que conduce la penalidad de la trata, que en el caso de su modalidad agravada llega hasta los 35 años, «únicamente puede justificarse en la protección de un bien jurídico de primer orden, de conformidad con el principio de proporcionalidad de las penas» (p. 30). Peculiar porque se invierte el orden del razonamiento: la pena legal ha de ser proporcional al bien jurídico y al resto de elementos que configuran el injusto y determinan el merecimiento de pena, y no al revés. El argumento es además inadecuado porque el razonamiento de la Defensoría del Pueblo presupone que el legislador es infalible cuando regula las penas y porque abdica de la función crítica que la doctrina reconoce al bien jurídico¹⁶ y, en consecuencia, conduce a legitimar el derecho positivo *per se*.

También se decanta por la dignidad como bien jurídico protegido el Acuerdo Plenario n.º 06-2019/CJ-116:

El bien jurídico protegido trasciende a la libertad personal. Con la trata de personas se afecta la dignidad de la persona colocada o mantenida en una situación de vulnerabilidad y degradación permanentes. El desarraigo y la consolidación de la situación de vulnerabilidad de la víctima afectan las cualidades fundamentales o inherentes a la persona; esto es, no se la respeta por su condición de tal; se la instrumentaliza como un

16 Por todos, Roxin (1997, párrs. 2/2-ss.). Críticos, Stratenwerth y Kuhlen (2011, párrs. 2/5-ss.).

objeto al servicio de otros; se destruye o limita esencialmente su autodeterminación y con ello su proyecto de vida, y se la coloca en un plano de completa desigualdad (Corte Suprema de Justicia de la República, 2019b, antecedente 19.º).

Se reemplazó así, al menos en sede jurisprudencial, a la libertad de autodeterminación como bien jurídico que había consagrado el Acuerdo Plenario n.º 3-2011/CJ-116 de 2011 en los siguientes términos:

La trata de personas, en los términos como aparece regulada en el Código Penal vigente, constituye un delito que atenta contra la libertad personal [Cfr. RAMIRO SALINAS SICCHA: *Derecho Penal. Parte Especial - Volumen I*, Editorial Grijley, Lima, 2010, p. 498], entendida como la capacidad de autodeterminación con la que cuenta la persona para desenvolver su proyecto de vida, bajo el amparo del Estado y en un ámbito territorial determinado (Corte Suprema de Justicia de la República, 2011, f. j. 12.º).

Ambas decisiones de la Corte Suprema se dieron cuando el delito de trata de personas se situaba en el art. 153 CP como delito contra la libertad, antes que la Ley n.º 31146 lo reubicara en el art. 129-A como delito contra la dignidad humana. Y es que, en efecto, la trata, al instrumentalizar a la víctima, lesiona su dignidad. Sobre todo si, de la mano de Kant, se concibe al ser humano como un fin en sí mismo, que tiene un valor intrínseco y que no puede ser mercantilizado. La trata de personas desnaturalizaría el imperativo práctico kantiano que reza «obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca solamente como medio» (Kant, 2006, p. 139).

Sucede, sin embargo, que el mismo Kant reconoció que la dignidad puede ser mancillada por una amplia gama de comportamientos. Dicho en sus palabras:

Esta contradicción ante el principio de otros hombres salta a la vista más claramente cuando se traen a colación ejemplos de agresiones a la libertad y propiedad ajenas. Pues ahí es muy evidente que quien conculca los derechos de los hombres está decidido a servirse de la persona de otro simplemente como medio, sin tomar en consideración que en cuanto seres racionales deben ser apreciados siempre al mismo tiempo como fines (Kant, 2006, p. 140).

Es pues razonable sostener que se atenta contra la dignidad no solo cuando se perpetra el delito de trata, sino también el de explotación sexual o el de explotación laboral. La instrumentalización de la víctima y la negación de su condición humana concurren sin duda en estos casos. Pero, por las mismas razones, la dignidad también se lesiona en otros delitos. Es lo que sucede, por ejemplo, en la violación sexual (art. 170 CP) y en el secuestro (art. 152 CP), en los que a las víctimas también se les dispensa un trato absolutamente incompatible con su dignidad, son cosificadas y vilmente instrumentalizadas. Así lo ha reconocido recientemente la Corte Suprema (2021b) al analizar el bien jurídico en el delito de trata y referirse a la dignidad:

la postura más acorde con la fijada jurisprudencialmente es que la dignidad humana no solo se trata de la suma de los derechos fundamentales, sino que también es susceptible de ser protegida de forma inmediata y directa por el derecho penal. Es decir, que existe un ámbito de lo específicamente humano, que

podría ser menoscabado con independencia de que se atente contra la vida, la libertad, la intimidad, entre otros derechos (considerando 12.4).

En esta línea de pensamiento, la dignidad —como proscripción de instrumentalización del ser humano— y el libre desarrollo de la personalidad son valores transversales a todos los bienes jurídicos que se vulneran de distintas formas e intensidades y, habida cuenta de su elevada relevancia, legitiman la intervención penal como *ultima ratio*¹⁷. Desde este punto de vista, la singularidad de la trata de personas no radica en la dignidad como no instrumentalización, sino en la forma e intensidad en que se produce su lesión.

Con todo, la instrumentalización, la deshumanización, el sometimiento y la cosificación que se impone a la víctima de trata también puede dar lugar a sostener que la libertad, entendida como autodeterminación, es el bien jurídico protegido. Se admite, no obstante, el riesgo de caer en un improductivo juego de palabras, pues lo relevante deber ser si, y en qué medida, el bien jurídico permite que el delito sea interpretado y aplicado de manera que se tutelen los derechos fundamentales de las víctimas.

Es evidente que la acepción de autodeterminación que se utiliza no se equipara a la libertad ambulatoria. Una de las particularidades de la trata de personas que la diferencia de la esclavitud tradicional es, precisamente y como se ha dicho, que neutraliza la libertad de decisión de la víctima y la somete en contra de su voluntad a condiciones que objetivamente

17 En detalle, Meini (2014, pp. 30-ss.).

representan un riesgo jurídico penalmente desaprobado de explotación, sin que ello implique en todos los casos un confinamiento o restricción de movimientos¹⁸.

La libertad como autodeterminación se lesiona en la trata de personas cuando la captación, el traslado, el transporte, la acogida, la recepción o la retención de la víctima con fines de ulterior explotación se logra empleando alguno de los medios típicos que reducen las posibilidades de la víctima de decidir por sí misma a niveles infrajurídicos o simplemente neutralizan dicha posibilidad. Esta libertad es a la que se refiere el art. 2.24.b de la Constitución, que proclama que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal y en consecuencia «están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas».

Por otro lado, cifrar el bien jurídico en la autodeterminación permite valorar el peligro de explotación al que se somete a la víctima y la dificultad o imposibilidad que tiene de evitarlo¹⁹, al mismo tiempo que pone de relieve la relación de la trata de personas con la explotación propiamente dicha. Dado que con la trata empieza la cadena de hechos que debería culminar con la explotación de la víctima, esta situación de potencial explotación debe quedar integrada en el desvalor de la trata. Una interpretación del art. 129-A CP que tenga en cuenta que la trata de personas entraña una efectiva y real puesta en riesgo de explotación de la víctima, obliga a considerar que significa

18 Por eso, al equiparar la libertad ambulatoria a la libertad de autodeterminación, no es de recibo la crítica contra la libertad como bien jurídico formulada por Villarroel (2017, pp. 108-109) y asumida por Rodríguez y Montoya (2020, p. 43).

19 Así también, Eisele (2019, párr. 232/8).

un peligro concreto²⁰ para los bienes jurídicos que tutela el delito de explotación (sexual, laboral o de otra naturaleza) a la que se someterá a la víctima.

Peligro concreto, y no abstracto, porque la tipicidad de la trata se construye a partir de su relación con los delitos de explotación y porque la captación, el traslado, el transporte, la acogida, la recepción o la retención de otra persona mediante alguno de los medios típicos y con fines de explotación significa, ya desde la tipicidad objetiva, que las posibilidades reales que tiene la víctima para evadir el curso que tomarán los hechos no son competencia suya ni recaen en sus espaldas, pues es el autor, y no la víctima, quien crea el riesgo desaprobado de explotación o se aprovecha ilícitamente de él. De ahí que incluso cuando la víctima no intente evadir la situación de trata a pesar de tener posibilidades de hacerlo (por ejemplo, cuando pueda aprovechar un descuido de sus captores para huir), el comportamiento del tratante no dejará de ser típico.

No se trata entonces de calcular las posibilidades *fácticas* de escapatoria que tiene la víctima de trata, que en algunos casos podría incluso evadir el sometimiento sin riesgo para su vida o integridad, sino de reconocer que una vez que el comportamiento del autor supera el umbral del riesgo prohibido, el sometimiento, como consecuencia directa, le es atribuible solo a él. Dicho en otras palabras, el comportamiento de la trata es un «comportamiento precedente» que impone al autor un deber de garante frente a la víctima y no puede trasladar la obligación de salvaguardarla, que se traduce en su inmediata

20 Así, Heger (2018, párr. 232/1); Petzsche (2020, párr. 232/6). Considera que es peligro abstracto, Renzikowski (2021, párr. 232/3).

liberación y asistencia, a terceras personas, y menos a la víctima. Una vez más, la trata y las formas de esclavitud moderna se caracterizan por lograr el sometimiento de la víctima a través de distintos medios, como el engaño o el abuso de la situación de vulnerabilidad, y no solo privando de libertad o agrediendo a la víctima.

Esto fue precisamente lo que advirtieron los tribunales en el único juicio que hasta la fecha se ha seguido por delito de esclavitud, en el que además se condenó por trata de personas con fines de esclavitud. En este caso, los acusados captaron a los agraviados

ofreciéndoles un «trabajo» en el almacén ubicado en el quinto piso de la galería «Nicolini», aprovechándose que se encontraban en búsqueda de un trabajo, dada la precaria situación económica que atravesaban; es así que una vez que los agraviados llegaban al Centro Comercial Nicolini, se entrevistaban [...] con la acusada [...], quien les explicaba las condiciones del trabajo, el sueldo que ganarían y los conducía al quinto piso donde el acusado [...] les abría la puerta enrollable y les decía qué deberían de hacer, para luego este, retirarse y cerrar con candado la puerta enrollable, dejando a los agraviados en el interior sin proveerles alimentos, en un lugar sin servicios higiénicos, con poca luz y ventilación, permaneciendo así en un horario diario, que consistía desde las 9 am hasta las 7 pm (Corte Superior de Justicia de Lima, 2019, considerando 2.º).

El caso se conoció porque, al producirse un incendio en las galerías, las víctimas murieron carbonizadas al no poder escapar. El argumento de defensa de los acusados fue simple: no habrían doblegado la voluntad de las víctimas porque ellas acudían

libremente todas las mañanas a trabajar. La respuesta judicial, cimentada sobre la base del aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad, fue contundente:

puede ocurrir que las víctimas no hayan sido solo captadas, sino recibidas en un determinado lugar a donde llegó por «sus propios medios de serlo», aquí el agente activo del delito [...] acoge a la víctima aprovechándose de su situación de vulnerabilidad, manifestada en su precariedad económica, y este acogimiento puede darse con la finalidad de explotarla laboralmente (Corte Superior de Justicia de Lima, 2019, considerando 32.º).

2.3. Autodeterminación como libertad y consentimiento

Consiente el que expresa libremente su voluntad. Quien otorga su consentimiento debe, según sus propias condiciones de madurez y desarrollo, tener la capacidad para comprender el significado jurídico de aquello sobre lo cual consiente y las consecuencias que se derivan del consentimiento²¹. Dejando aquí de lado la cuestión de si existen o no bienes indisponibles y la ubicación sistemática del consentimiento en la teoría del delito, la ley penal vigente en Perú y el Protocolo de Palermo II contienen dos reglas sobre el consentimiento que son aplicables a la trata de personas. Estas reglas toman en cuenta la edad de la víctima.

21 Por todos, Köhler (1997, p. 249).

2.3.1. Consentimiento en mayores de edad

La primera regla se prevé en el art. 129-A.4 CP, la cual establece que «el consentimiento dado por la víctima mayor de edad a cualquier forma de explotación carece de efectos jurídicos cuando el agente haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en el inciso 1». Aun cuando el antecedente inmediato del precepto transcrito es el art. 3.b del Protocolo de Palermo II, bien pudo el legislador ser más prolijo y evitar confusiones terminológicas.

En efecto, por un lado, lo que la víctima pueda expresar de la boca para afuera cuando se doblega su voluntad mediante violencia, amenaza, engaño, abuso de una situación de vulnerabilidad u otro de los medios comisivos de la trata, nunca puede ser considerado un consentimiento. En la medida en que los medios comisivos de la trata son, por definición, *ex ante* idóneos para someter a la víctima y neutralizar su autodeterminación, es imposible que consienta si se encuentra condicionada por ellos. La conclusión a la que llega el art. 129-A.4 CP es correcta, pues lo que la víctima diga o haga en las circunstancias descritas por el precepto no puede tener efectos jurídicos liberadores de responsabilidad para el autor. Pero la premisa es errónea, ya que bajo tales condiciones no puede admitirse el consentimiento. A la misma conclusión se llega si se asume que el bien jurídico es la dignidad.

Por otro lado, tratándose de una regulación sobre el consentimiento en el delito de trata de personas, hubiera sido deseable que el «consentimiento» aluda expresamente a dicho delito y no a la explotación que, como se sabe, es la finalidad de la trata que no se requiere para su consumación y no siempre

se producirá. La redacción del art. 129-A.4 CP, que se refiere al «consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación», podría generar una lectura antojadiza que limite el consentimiento a los delitos de explotación subsecuentes a la trata y no la aplique a la trata misma. Esta interpretación se puede evitar si se entiende que el consentimiento de la víctima, aunque sin efectos jurídicos, existe, y que no se admite ni en los delitos de explotación ni en la trata.

Sin embargo, parafraseando el principio de la navaja de Ockham, que señala que en igualdad de condiciones la explicación más sencilla suele ser la más probable, debe entenderse que el supuesto de hecho descrito en el art. 129-A.4 CP es, simplemente, un caso de tipicidad objetiva de trata de personas porque la víctima ha sido sometida en contra de su voluntad.

2.3.2. Consentimiento en menores de edad (y personas con discapacidad)

La segunda regla que vincula al consentimiento con la trata de personas se aplica a los menores de edad y se regula en el art. 129-A.3 CP:

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

El antecedente inmediato se prevé en el art. 3.c del Protocolo de Palermo II, que se expresa en términos prácticamente idénticos.

Llama la atención que el legislador no haya incluido en el precepto a las personas con discapacidad, a pesar de que el sentido común sugiere que con respecto a ellos tampoco es necesario que concurra alguno de los medios típicos de la trata para entender que son víctimas del delito²². Esta omisión no se condice con la previsión de la «incapacidad» como circunstancia agravante que el legislador equipara a la de tener la víctima «entre catorce y menos de dieciocho años de edad [sic]» en el art. 129-B.4 CP²³, ni con la agravante «padecer, temporal o permanentemente, de alguna discapacidad física o mental», que se equipara a una víctima menor de 14 años en supuesto hiperagravado del art. 129-B²⁴. El panorama puede ser descrito como una paranoia valorativa: por un lado, conduce a la sinrazón de tener que constatar algún medio típico que doblegue la voluntad de la víctima cuando esta es incapaz y, por otro lado, a entender que, dada la incapacidad de la víctima y la especial protección que se le dispensa, será siempre un supuesto agravado de trata de personas.

Para evitar una interpretación tan impertinente, se ha de entender, siguiendo la propuesta de Terradillos (2010), que en el caso de las personas con discapacidad ha de apreciarse siem-

22 La misma omisión se advierte en el delito de esclavitud (art. 129-Ñ CP).

23 Nótese cómo una vez más el legislador incurre en errores de redacción: *entre 14 y menos de 18*.

24 Lo que implica problemas por falta de adecuación a la terminología que emplea la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; sino, además, por la necesidad de diferenciar entre las agravantes «incapacidad» (sic) y «padecer de alguna discapacidad física o mental» que, a pesar de describir la misma situación, se sancionan con distinta pena. En detalle, véase «7. Supuestos agravados».

pre una especial vulneración de la persona, de la cual se abusa (p. 212). Solo así se puede concluir que la tipicidad objetiva de la trata en agravio de las personas incapaces tampoco requiere la concurrencia de los medios que prevé el art. 129-A CP.

En términos generales, la capacidad de los menores para consentir debe entenderse en el contexto de su propio proceso de desarrollo hacia la autonomía (Köhler, 1997, p. 251). Así, por ejemplo, no es lo mismo consentir para contraer matrimonio que para donar órganos o para autorizar una intervención quirúrgica. Si el ordenamiento jurídico reconoce distintas edades para consentir en función de la naturaleza, las características y las consecuencias de lo que debe decidirse, es porque la tutela que dispensa a los menores busca garantizar el desarrollo de su autodeterminación. Lo que se logra, en gran parte, evitando que sean expuestos a circunstancias que podrían perturbar dicho desarrollo. Esta gradualidad rige también en el derecho penal.

En tal sentido, es coherente que se permita que los mayores de 14 años mantengan relaciones sexuales y que mientras no cumplan 18 años no puedan consentir en ser tratados o explotados. En efecto, tal como lo ha precisado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012):

los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal [...] y el aplicador del derecho [...] deberá tomar en consideración las condiciones especiales del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de este, según corresponda, en la determinación de sus derechos (párr. 199).

Este argumento, por lo demás, fue asumido por el Tribunal Constitucional (2012) cuando declaró inconstitucional el art. 173.3 CP modificado por la Ley n.º 28704, que elevó la edad para consentir en materia sexual de 14 a 18 años, y decretó que «los menores de edad entre 14 años y menos de 18 también pueden ser titulares de dicho derecho» (fundamento 22).

Así, mantener relaciones sexuales o realizar actos de connotación sexual forma parte de aquello a lo que una persona tiene derecho a partir de los 14 años, ya que pertenece al proceso normal de desarrollo de su autodeterminación. Esa es, precisamente, la razón por la cual no puede admitirse que una persona a partir de esa edad pueda consentir ser explotada sexual o laboralmente o ser tratada: no es lo mismo ser explotada que ejercer el derecho a la libertad sexual. Dado que la trata de personas procura que la víctima sea *explotada* con fines sexuales (o laborales o de otra naturaleza), el sometimiento de la persona tratada a condiciones en que es mercantilizada e instrumentalizada por terceros, lejos de fomentar el desarrollo de su personalidad, lo trastoca.

Desde este punto de vista, ejercer la libertad sexual y consentir en ser objeto de trata de personas son situaciones diametralmente distintas. Parece pues adecuado que el ordenamiento jurídico postergue el ejercicio para consentir en estas prácticas para cuando el sujeto haya alcanzado el nivel de desarrollo y madurez suficiente que le permita comprender el sentido de la trata y sus consecuencias, en particular, las que puede tener en su propio desarrollo.

3. Enfoque de género, centralidad de la víctima y no revictimización

3.1. Enfoque de género

Según el INEI (2021a), en el Perú,

en el año 2020, del total de denuncias registradas, 342 muestran que las presuntas víctimas son mujeres, de ellas, el 50,6 % tenía entre 18 y 29 años de edad, 40,9 % eran menores de 18 años de edad y 8,5 % tenía de 30 a más años de edad.

En el año 2019, las mujeres víctimas representaron 86,8 % del total de denuncias, el 56,6 % tenía de 18 a 29 años de edad, 37,3 % eran menores de 18 años de edad y 6,1 % tenía entre 30 y 59 años de edad (p. 17).

El *Global Report on Trafficking in Persons 2020*, publicado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, señala que en el año 2018 el 46 % de las víctimas de trata en el mundo fueron mujeres, 19 % niñas, 20 % hombres y 15 % niños (United Nations, 2021, p. 31). Esta constante se reporta también en las narrativas de los casos que recoge el *2021 Trafficking in Persons Report* del Departamento de Estado de los Estados Unidos de América (2021, pp. 76-ss.).

En la medida en que el perfil de la víctima en la trata de personas es el de una mujer y en muchos casos además menor de edad (Corte Suprema de Justicia de la República, 2019b, f. j. 22), resulta obligatorio aproximarse al delito a partir de un enfoque de género²⁵.

25 Por todas, Acale (2018).

El artículo 3 de la Ley n.º 30364, del 6 de noviembre de 2015, «Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar», al referirse al enfoque de género:

reconoce la existencia de circunstancias asimétricas en la relación entre hombres y mujeres, construidas sobre la base de las diferencias de género que se constituyen en una de las causas principales de la violencia hacia las mujeres. Este enfoque debe orientar el diseño de las estrategias de intervención orientadas al logro de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

A partir de este enunciado legal, se confirma que la interpretación de la ley penal, en este caso, la de los artículos 129-A CP y 129-B CP, se haga a partir del enfoque de género.

El enfoque de género ostenta una gran capacidad de rendimiento para interpretar los medios típicos de la trata (violencia, amenaza, engaño, etc.) como *medios idóneos* para lograr someter a la víctima —mujer— a una de las situaciones que el art. 120-A CP describe en sus verbos rectores (captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o retener), a partir de un contexto de desigualdad y discriminación en perjuicio de la mujer. Así, por ejemplo, la situación de vulnerabilidad de una mujer, *per se*, no puede equipararse a la de un hombre. El enfoque de género contribuye también a quebrar estereotipos socialmente impuestos, en especial, a la mujer, en ámbitos tan sensibles como la explotación sexual y la explotación laboral en actividades domésticas.

El empleo del enfoque de género no se limita a la interpretación de la ley penal. Ha de guiar además la determinación

judicial de la pena, mediante «un adecuado análisis de la entidad y gravedad de los hechos»²⁶ y, sobre todo, a priorizarse en el ámbito de la atención y la reparación integral de la víctima.

Al ser la trata una manifestación de la violencia de género, este enfoque permitirá a las víctimas —en especial a las mujeres— posicionarlas como sujetos de derechos. Adicionalmente, permitirá entender la situación de vulnerabilidad en que se encuentran las mujeres [...]. Asimismo, ayudará a adoptar las acciones más adecuadas para la reducción del problema y prever políticas, programas y proyectos de prevención y atención que busquen el restablecimiento de los derechos a las víctimas (Plan Nacional contra la Trata de Personas 2017-2021, s. f., p. 13).

3.2. Centralidad de la víctima y no revictimización

El enfoque centrado en la víctima, por su lado, sin dejar de preocuparse por la sanción al infractor, reivindica el rol de la víctima, el derecho a ser escuchada, reconocida y tratada como tal, dentro y fuera del proceso y, en consecuencia, la legítima expectativa que tiene a una reparación integral y a que se articulen garantías de no-repetición. En definitiva, el enfoque centrado en la víctima se orienta a evitar la revictimización. En tal medida, no se trata únicamente de garantizar que la investigación fiscal, el juicio, el proceso de recuperación y la atención a la víctima sean escenarios, en la medida de lo posible, empáticos para el sujeto pasivo de la trata, en especial cuando es una

26 Así, «el enfoque de género debe aplicarse en todas las etapas del proceso. No solo para establecer la comisión del tipo penal que se analice, sino también su apreciación para la determinación judicial de la pena» (Corte Suprema de Justicia de la República, 2019a, considerando 17.º).

mujer, un niño, una niña o un(a) adolescente. Se trata de que, en ningún caso y bajo ninguna justificación, la víctima sea investigada o sancionada por los hechos que realizó, ni siquiera cuando tengan connotación delictiva.

La legislación penal nacional no se pronuncia al respecto y deja a criterio de la autoridad la decisión de someter a investigación a la víctima de trata.

El abordaje del problema descrito debe empezar reconociendo la existencia de la explotación humana, que consiste en obligar a la víctima a realizar actividades ilícitas. Esto significa que, en puridad y atendiendo a la estructura típica de la trata, el supuesto de hecho que aquí se analiza es el de una víctima de trata que, además, ha sido efectivamente explotada y obligada a realizar actividades ilícitas. Estos casos, aunque en cantidad inferior a los de trata con fines de explotación sexual o laboral, existen. En el 2018, el 6 % de las víctimas de trata en el mundo fueron obligadas (explotadas) a realizar actividades ilícitas (UNODC, 2020, p. 11). Las estadísticas nacionales sobre trata de seres humanos todavía no logran captar esta situación. Pero ello no significa que ciertas actividades ilícitas que con frecuencia e impunidad se realizan en algunas zonas del territorio nacional (tala ilegal, minería ilegal, producción y comercialización ilegal de droga) no se nutran de mano de obra proveniente de la trata de personas.

En derecho comparado existen legislaciones que expresamente enuncian la no punibilidad de la víctima de trata. Así, en Argentina, el art. 5 de la Ley 26.364 de 2008 (Prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas) declara que

las víctimas de la trata de personas no son punibles por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata. Tampoco les serán aplicables las sanciones o impedimentos establecidos en la legislación migratoria cuando las infracciones sean consecuencia de la actividad desplegada durante la comisión del ilícito que las damnificara.

En similar sentido, el art. 177-bis 11 del CP español indica que

Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado.

Las legislaciones citadas regulan la cuestión como una excusa legal absolutoria. Sin perjuicio de que una excusa legal absolutoria logra que la víctima de trata permanezca impune, no descarta totalmente el riesgo de revictimización al permitir que esta sea investigada. Dado que las excusas absolutorias son condiciones que, basadas en razones político-criminales, la ley añade al delito para evitar que en algunos casos sea sancionado (Roxin, 1997, párr. 6/66; Mir, 2016, p. 153), su aplicación presupondría la comprobación judicial del delito y la intervención en él de la víctima como imputada.

La teoría del delito ofrece una alternativa plausible y compatible con la condición jurídica de la víctima. De la premisa que reza: la trata neutraliza la autodeterminación de la víctima

al someterla al imperio del autor del delito, se deduce como consecuencia lógica para la teoría del delito que: el margen de libertad de la víctima de trata de personas será siempre más reducido que aquel que el ordenamiento jurídico exige para poder atribuir los comportamientos como actos propios, tal cual reclama el principio de culpabilidad. Lo que la víctima haga en tales condiciones no puede *significar* un comportamiento que vulnere la norma penal ni ser objetivamente atípico, por la simple razón de que, en tales condiciones, no se le exige un comportamiento distinto.

Al ser la exigibilidad de otra conducta un principio regulador del derecho (Henkel, 1964) que, en derecho penal, se manifiesta como presupuesto de la prohibición penal y por consiguiente de la tipicidad (no se prohíbe lo que no se exige evitar) (Meini, 2020), los comportamientos que realice la víctima de trata no se encuentran prohibidos y no pueden ser subsumidos en la tipicidad de ningún delito. La apariencia que estos comportamientos pudieran tener como actos típicos e ilícitos es solo una ilusión causada por el sesgo causalista, que se limita a *describir* el comportamiento sin *valorarlo*. Así, por ejemplo, quien desee describir el comportamiento de la víctima de trata de personas que es explotada y obligada a comercializar droga, tendrá que decir que, en efecto, entrega droga a cambio de dinero. Pero al no exigírsele un comportamiento distinto mientras tenga la condición de víctima, no tiene ni la libertad ni la capacidad suficiente para impregnar a sus comportamientos de ilicitud. La apariencia de tipicidad que podría cubrir los comportamientos de la víctima de trata que es explotada en actividades delictivas, se desvanece cuando se advierte que, desde el punto de vista jurídico-penal, tales actos no *significan* una prohibición.

En este escenario, al tratarse de comportamientos objetivamente atípicos, decae cualquier posibilidad de iniciar una investigación contra la víctima de trata (y por extensión contra cualquier víctima de explotación). El supuesto de hecho analizado en los párrafos anteriores no es un problema de tipicidad subjetiva que se resuelva recurriendo al inconsistente argumento de la voluntad en el dolo, a modo de «la víctima no quería». Tampoco se solventa invocando un estado de necesidad que neutralice la antijuridicidad o la culpabilidad. Menos uno que pueda ser zanjado por una condición objetiva de punibilidad.

Lo dicho rige también frente a una eventual responsabilidad administrativa de la víctima de explotación. Dos precisiones son aquí pertinentes. Por un lado, tal como se ha adelantado y tal como se verá luego en detalle, no es posible que la explotación subsiguiente al delito de trata de personas sea un ilícito administrativo. La explotación como finalidad de la trata, por consideración al principio de proporcionalidad, debe ser siempre un delito. Sin embargo, sí es factible que de los actos realizados por la víctima de trata (o de explotación) pudieran surgir responsabilidades administrativas. Sucede así, por ejemplo, cuando la víctima es extranjera y la ley prevé como sanción la expulsión del país. El trato que se le dispense en estos casos tiene que ser compatible con su condición de víctima, lo que implica, por ejemplo, repatriarla si fue captada en el extranjero y así lo desea, o concederle un permiso temporal de residencia.

A partir de lo dicho bien podría incorporarse en el Código Pernal una cláusula que señale que los actos realizados por las víctimas de trata de personas y de delitos de explotación sexual,

laboral o de cualquier otra naturaleza, no se considerarán delito ni infracciones administrativas, ni darán lugar a investigación, proceso o a la imposición de sanciones.

4. Comportamiento (objetivo) típico

4.1. Medios típicos

La trata de personas se regula en la ley como un tipo de medios alternativos, de suerte que el delito se perpetra indistintamente con cualquiera de ellos. Los medios son violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, la concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio. Todos ellos comparten como rasgo esencial su idoneidad para doblegar la voluntad de la víctima y lograr su captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención con fines de explotación. Y nada impide que el autor de la trata de personas se valga simultáneamente de dos o más de ellos. Así, por ejemplo, la situación de vulnerabilidad de la víctima puede propiciar el engaño o concurrir simultáneamente con él (Corte Suprema de Justicia de la República, 2021b, considerandos 24 y 27).

En tanto medios típicos de la trata de personas, el análisis que sobre ellos se haga debe ubicarse en el contexto de la trata misma, de manera que se establezca una relación normativa entre el concreto medio que se usa para lograr el sometimiento y el sometimiento como resultado. Este análisis debe realizarse

desde la perspectiva de la víctima. Lo que obliga a utilizar distintos enfoques (de derechos humanos, género, interculturalidad, niñez y adolescencia, discapacidad) (Plan Nacional contra la Trata de Personas 2017-2021, s. f., pp. 12-ss.) que permitan acreditar que, en el caso concreto y teniendo en cuenta las características, la historia vital, las posibilidades y el entorno de la persona afectada, el medio empleado es, desde una perspectiva *ex ante*, idóneo para su captación, traslado, acogida, recepción o retención.

Violencia, amenaza y, en general, otras modalidades de coacción pueden adquirir cualquier forma mientras sea una idónea para doblegar la resistencia de la víctima. Aunque la ley no lo explicita, la violencia puede ser física o psicológica. Esta última no debería obviarse, sobre todo si, como recuerdan las estadísticas, la trata es violencia de género y en este ámbito la violencia psicológica suele ser frecuente. Esta es la razón por la cual se prevé como medio comisivo de la violación sexual (art. 170 CP), que es también, por regla general, una forma de violencia de género. La violencia psicológica se diferencia de la amenaza: en esta se intimida a la víctima con el anuncio de la provocación de un mal grave, mientras que en aquella la víctima es violentada mediante el menosprecio constante, el descrédito, insultos o tratos humillantes que pueden disminuir su autoestima y constituir un medio idóneo para someterla en términos de trata.

La privación de libertad como medio de la trata es, en los hechos, un secuestro. No otra cosa se concluye cuando el art. 152 CP —que tipifica el secuestro— sanciona a quien «sin derecho, motivo ni facultad justificada, priva a otro de su libertad personal, cualquiera sea el móvil, el propósito, la modalidad

o circunstancia o tiempo que el agraviado sufra la privación o restricción de su libertad». Dado que el comportamiento típico de secuestro se subsume íntegramente en el tipo de trata, el concurso de leyes indica que solo se cometería delito de trata y solo se podría sancionar por este delito.

Sin embargo, la lógica del concurso de leyes no se corresponde con las penas legales con las que se reprimen la trata y el secuestro. En efecto, en su modalidad básica el secuestro se castiga con una pena de entre 20 y 30 años, muy superior no solo a la pena de 8 a 15 años del tipo básico de la trata sino incluso a la pena de 12 a 20 de los supuestos agravados de trata. Solo los casos hiperagravados de trata, esto es, cuando «se produzca la muerte, lesión grave o se ponga en inminente peligro la vida y la seguridad de la víctima», cuando «la víctima es menor de catorce años de edad o padece, temporal o permanentemente, de alguna discapacidad física o mental» o cuando «el agente es parte de una organización criminal» se conminan con una pena mayor, de entre 25 y 35 años.

Esta falta de correspondencia penológica se explica por el exacerbado punitivismo del legislador y la falta de celo sistemático al momento de regular las penas. Pero esta razón, lejos de justificarlo, conduce a interpretaciones que difícilmente podrían ser suscritas, pues imponer la pena por el delito de trata de personas cuando el medio comisivo es el secuestro, supondría, por decirlo de alguna manera, «una rebaja de pena» que generará controversia cuando se compare con la sanción que recibe quien ha privado a otro de su libertad sin colocar a la víctima en una situación de inminente explotación. Pero, por otro lado, tampoco se justificaría sancionar un caso de trata de

personas como si fuese delito de secuestro para imponer la pena (más grave) de este. Ello sería contrario a la naturaleza y el sentido político-criminal de la trata de seres humanos. La solución que aquí se propone es la que impone el concurso de leyes.

El fraude y el engaño pueden también manifestarse de distintas formas, como el ofrecimiento de un puesto de trabajo como mecanismo de captación, y en distintos escenarios que incluyen a las redes sociales.

El abuso de poder presupone una desigualdad objetiva y relevante entre víctima y victimario que no se limita a las situaciones en que el poder emana de un cargo de autoridad, sino que abarca toda relación en la que realmente se ejerce poder (Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito, 2013, p. 46). Poder ostenta el funcionario público frente al ciudadano como el empleador sobre el trabajador. La situación de vulnerabilidad puede originarse en causas personales (p. ej., edad, depresión, incapacidad, orfandad, etc.) o sociales (p. ej., marginalidad, pobreza, desempleo, etc.), y puede ser temporal (p. ej., enfermedad, embarazo, condición de migrante irregular) o permanente (p. ej., género). Es posible además que la víctima sea vulnerable por más de una razón y que ello sea aprovechado por el autor del delito. Así, los tribunales peruanos han apreciado abuso de situación de vulnerabilidad cuando

la menor contaba con diecisiete años, tenía la necesidad de conseguir trabajo y se encontraba en un estado de ánimo vulnerable (triste y apremiada de conseguir trabajo) lo cual fue aprovechado por la encausada al acercarse y darle ánimos, para luego ofrecerle un trabajo en su bar (Corte Suprema de Justicia de la República, 2021a, considerando 23.3).

En todos los casos de trata de personas, para que el medio se configure, el autor ha de abusar de la vulnerabilidad (Terradillos, 2010, p. 212). Nada impide que el autor de la trata sea, además, quien haya causado o agravado la vulnerabilidad de la víctima. En todo caso, actuar en situación de necesidad de la víctima, sin provocarla ni servirse de ella, o engañarla para reforzar un consentimiento previo, no integran el tipo de la trata (Terradillos, 2010, p. 212).

Ciertos casos de abuso de poder o de abuso de una situación de vulnerabilidad se regulan como circunstancias agravantes en el art. 129-B CP. Así, por ejemplo, cuando se «comete el hecho abusando del ejercicio de la función pública» o «el agente es [...] adoptante, tutor, curador [...] o tiene a la víctima a su cuidado por cualquier motivo», o cuando «la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad o es incapaz» o «se encuentra en estado de gestación». Un supuesto de vulnerabilidad extrema, como el que la víctima sea «menor de catorce años de edad» o padezca «temporal o permanentemente, de alguna discapacidad física o mental» conlleva una responsabilidad hiperagravada. El abuso de poder o el aprovechamiento de las situaciones de vulnerabilidad descritas dan lugar a la agravación y no a la tipificación del hecho como supuesto básico de trata. La razón hay que ubicarla en la especial posición de garante de quien controla la relación de poder (funcionario público, tutor, curador o encargado de la víctima) y en la intensa fragilidad de la víctima (niño, niña, adolescente, embarazada) que es aprovechada por el agente.

Los medios típicos de la trata se consignan en una lista cerrada que impide la inclusión de otros no previstos. Hubiera sido deseable que el abuso de confianza fuera tomado en cuenta

por el legislador como medio comisivo de la trata de personas, como lo es para el feminicidio (art. 108-B.3 CP) y para la usurpación (art. 202.2 CP). El abuso de confianza, que ha de ser interpretado en el contexto de familiaridad y dependencia, permitiría subsumir en la trata de personas el aprovechamiento indebido de la confianza que la víctima deposita en el autor y que le lleva a relajar sus propias defensas (Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito, 2013, p. 46). En todo caso, la relación previa entre víctima y victimario que presupone el abuso de confianza no impide que puedan ser reconducidos como supuestos de engaño o de abuso de poder.

Los medios comisivos recaerán sobre la víctima de trata o podrán ejercerse sobre otra persona con quien tenga una estrecha relación que sea *ex ante* idónea para doblegar su voluntad y lograr su sometimiento (relaciones paterno-filiales, por ejemplo). Ni el sentido gramatical ni el teleológico del art. 129-A CP descartan esta interpretación.

Con todo, cabe la pregunta de si es realmente necesario que el delito de trata de personas incorpore medios comisivos o si podría prescindirse de ellos, como sucede, por ejemplo, en el art. 279.04 2) del CP de Canadá. Debería valorarse en especial si, y en qué medida, la tipificación de los medios comisivos como elementos del delito contribuye a proteger el bien jurídico y facilita la identificación, la investigación y la sanción de los casos de trata de personas, supuestos de la reparación integral de la víctima. En este sentido, el que los medios típicos deban ser probados en juicio hablaría en contra de su previsión como elementos del tipo. Esto puede ser relevante cuando el medio empleado es sutil y de difícil comprobación, como sucede en algunas situaciones de vulnerabilidad o de engaño.

Pero, por otro lado, debe reconocerse que incluso cuando la tipificación de la trata no incorpore medios típicos, será necesario comprobar la instrumentalización de la víctima y el dominio que sobre ella ha de tener el autor. Instrumentalización y dominio que no siempre podrán ser construidos *únicamente* a partir de la captación, traslado, tránsito, recepción o retención de la víctima con fines de explotación; sino que exigirán, por regla general, el sometimiento de la víctima y la vulneración de su autodeterminación.

4.2. Verbos rectores

El Acuerdo Plenario n.º 06-2019-CJ/116 ofrece una definición de cada uno de los seis verbos rectores que prevé el art. 129-A CP cuya realización consuma el delito:

- a) captar, esto es, atraer a alguien a ganar su voluntad; b) trasladar, es decir, disponer lo conveniente para procurar el desplazamiento de la víctima de un lugar a otro; c) transportar, que significa llevar directamente a la víctima de su área de actividades normales a otro lugar en donde va a ser explotada; d) recibir, que implica salir a encontrarse con la víctima trasladada para llevarla a su destino final; e) acoger, que supone brindar el ambiente físico en el que la víctima va a permanecer desarraigada; e) [sic] retener, que denota impedir u obstaculizar que la víctima salga de su situación de desarraigo y vulnerabilidad (antecedente 15.º).

Estas definiciones suscitan algunas controversias.

En primer lugar, la captación se concibe como un *medio* y no como una situación de dominio sobre la víctima, lo que

lleva a posibles confusiones con el engaño. Así, por ejemplo, que la víctima crea las falsas condiciones de trabajo que se le ofrecen no implica *per se* que haya sido captada. Atraer o ganar la voluntad de la víctima es un estadio previo a la captación que puede producir efectos perniciosos si no se diferencia de esta: por un lado, el delito de trata de personas se consumaría, en los casos de captación, antes de que se instrumentalice y someta a la víctima con fines de explotación; por otro lado, el reclutamiento, que ha venido entendiendo pacíficamente por captación²⁷, no quedaría subsumido en el art. 129-A CP. La captación, por tanto, debe ser entendida como reclutamiento.

Algo similar sucede con el traslado. Si se concibe, tal como propone el Acuerdo Plenario n.º 06-2019-CJ/116, como «disponer lo conveniente para procurar el desplazamiento de la víctima», se le ubicaría irremediamente como un comportamiento previo y de preparación del transporte, que se define, siempre según el acuerdo plenario, como «llevar directamente a la víctima de su área de actividades normales a otro lugar en donde va a ser explotada». El transporte, a su vez, sería un acto previo y preparatorio de recibir, que implica «salir a encontrarse con la víctima trasladada para llevarla a su destino final».

Estas definiciones se condicen ciertamente con la opinión de la Corte Suprema (2019b), que entiende que las conductas de la trata pueden ser vistas como eslabones o fases, sin que dicha progresividad signifique que esté conformada «por etapas rígidas que siempre deben configurarse de manera completa»

27 **«Captación:** Usualmente es el primer eslabón del proceso de la trata de personas. Consiste en el reclutamiento de la víctima a través de los medios antes citados» (Plan Nacional contra la Trata de Personas 2017-2021, s. f., p. 9).

(antecedente 16.º). Sin embargo, y sin dejar de reconocer que, en efecto, los verbos rectores del delito de trata de personas pueden ser ordenados de manera secuencial, las definiciones ofrecidas por el Acuerdo Plenario n.º 06-2019-CJ/116 dejan abiertas algunas lagunas. Así, por ejemplo, dado que el traslado es previo al transporte y este culmina cuando se lleva a la víctima al lugar donde será explotada, no se podría subsumir en el tipo de trata comportamientos como el de quien, sin ser coautor, transporta a la víctima a un lugar distinto a donde será explotada o la entrega a otro que continuará la cadena. Y es que, si traslado y transporte son sinónimos y significan «llevar a alguien o algo de un lugar a otro»²⁸, debería apostarse por una regulación más prolija que no incurra en repeticiones. Cualquiera de estos dos verbos, interpretados según su sentido gramatical y a partir de su finalidad, comprenden todos los actos que pudieran realizarse para llevar a la víctima desde su lugar de origen, o uno distinto, hasta el lugar donde será explotada, incluyendo el transporte o traslado fragmentado de la víctima. En esta línea, es irrelevante que el punto de partida o de destino sea dentro o fuera del país.

Una interpretación distinta a la aquí ofrecida es la que distingue entre traslado y transporte a partir de diferenciar si la movilización de la víctima es física o es una disposición fáctica o jurídica. Según la Casación n.º 1190-2019:

el traslado implica en estricto el traspaso de una persona a otra del control o dominio que se tiene sobre la víctima. Entonces, tal concepto deja de lado la movilización física (característico del transporte) y se circunscribe a la disposición fáctica o

28 Compárense las definiciones de *trasladar* y *transportar*: <https://dle.rae.es/trasladar?m=form> y <https://dle.rae.es/transportar>

jurídica de la víctima, es decir, el desplazamiento del poder que existe sobre ella (Corte Suprema de Justicia de la República, 2021b, n. 19).

No obstante, este criterio de diferenciación olvida que la entrega física de la víctima (transporte) viene acompañada de la transferencia del dominio o poder sobre ella (traslado). Es lo que sucede en el supuesto prototípico de trata en que la víctima es entregada físicamente por el tratante a quien la va a explotar. Pero, además, no parece que pueda admitirse la existencia de supuestos de trata de persona en que el autor no ostente un dominio sobre ella.

El verbo recibir tampoco puede limitarse, como propone el Acuerdo Plenario n.º 06-2019-CJ/116, a «salir a encontrarse con la víctima trasladada para llevarla a su destino final». Por un lado, porque no considera los casos ya anotados en que se recibe a la víctima antes de que llegue a su destino y, por otro lado, porque se superpone con la definición de transporte, pues llevar a la víctima a su destino final implica desplazarla.

La definición de acoger como «brindar el ambiente físico donde la víctima va a permanecer desarraigada» tiene la virtud de incorporar tanto a quien ofrece el albergue, que puede permanecer luego con la víctima o no, como a quienes la retienen en el lugar donde permanecerá desarraigada. Sin embargo, da a entender que el lugar donde permanecerá desarraigada debe ser el lugar donde es explotada, cuando no siempre será así. Si así fuera, se dejaría fuera de la tipicidad de la trata de personas los casos en que se acoge a la víctima durante su traslado o transporte. Para evitar esta interpretación, el lugar donde la víctima permanecerá desarraigada ha de ser, en el sentido que

impone la trata como un delito que prepara el terreno para la explotación, cualquier lugar donde la víctima se encuentre ya sometida e instrumentalizada, aun cuando no sea donde será explotada, e incluso cuando no se le haya trasladado fuera de su localidad de origen.

Quien retiene («impedir u obstaculizar que la víctima salga de la situación de desarraigo y vulnerabilidad») puede valerse de cualquiera de los medios típicos y no solo de la violencia, amenaza o privación de libertad. La retención de la víctima coincidirá por lo general con su explotación. Lo que no significa que en estos casos quien la retiene y por tanto es autor de trata, será además quien la explota y responda por el concreto de explotación sexual, laboral o de otra naturaleza. Aquí, como señala el Acuerdo Plenario n.º 06-2019-CJ/116, debe uno acudir a las reglas concursales.

4.3. Consumación

El delito de trata de personas se consume cuando, como todo delito, se ejecuta el comportamiento típico: deben realizarse los elementos objetivos (alguno de los medios y verbos rectores) y subjetivos (dolo y finalidad de explotación). El inicio de ejecución, por su parte, se dará cuando el agente perpetra alguno de los medios persiguiendo la finalidad de explotación que reclama el art. 129-A CP. Estos casos se sancionan según lo dispuesto en el art. 16 CP.

La efectiva explotación de la víctima de trata de personas dará lugar a la aplicación de las reglas concursales entre la trata y el delito de explotación. En la medida en que la tipicidad de

la trata no abarca la explotación, por regla general será un concurso real. La posibilidad del concurso ideal se limita al supuesto en que el autor de la trata explota a la víctima mientras la retiene.

5. Tipicidad subjetiva

5.1. Dolo

El delito de trata de personas solo se sanciona en su modalidad dolosa. Según ello, el autor debe conocer o como mínimo advertir que somete a la víctima a través de violencia, amenaza u otro de los verbos rectores, sin que sea necesario que conozca al detalle la estructura típica del delito ni la pena con que se conmina. No es necesario que el autor, además, quiera, desee o anhele someter a la víctima. De acuerdo con el concepto de dolo que se defiende (Meini, 2014, pp. 230-ss.), es suficiente con que el sujeto se percate de que concurren las circunstancias que hacen que ese comportamiento se prohíba penalmente, esto es, que advierta que su comportamiento representa un riesgo para el bien jurídico y a pesar de ello *decide* actuar²⁹.

Tal como lo sostiene la doctrina, el dolo se atribuye a partir de los datos circunstanciales del caso porque no es accesible a la observación inmediata (Roxin y Greco, 2020, párr. 12/32). En palabras de la Corte Suprema (2019a), el dolo «se atribuye o

²⁹ Por todos, véase solo Frisch (1983, pp. 97-98).

imputa con base en criterios de referencia sociales asumidos por el Derecho Penal» (fundamento de derecho 4.º).

La posibilidad de un error de tipo, tanto vencible como insuperable, queda prácticamente descartada debido a la notoria gravedad e ilicitud de los medios típicos y de los verbos rectores. Sería francamente absurdo que se invoque como argumento de defensa desconocer, por ejemplo, que amenazar a la víctima o abusar de su situación de vulnerabilidad para captarla, significa *per se* colocarla en una situación de sometimiento suficientemente grave como para estar prohibida por el derecho penal. La constante publicidad y las campañas de difusión que advierten sobre la criminalización de la trata también contribuyen a que el desconocimiento en estos casos sea inverosímil.

El error de tipo debe ser también rechazado cuando el agente ha normalizado algunas formas de instrumentalización, como el «padrinazgo»: actúa con dolo de trata de personas quien traslada a una menor de edad desde su lugar de origen y la retiene luego en su domicilio para que realice labores domésticas manifiestamente desproporcionadas para su edad y condición, aun cuando considere que le hace un favor por haberla sacado de su empobrecido lugar de origen y a pesar de actuar con la autorización de los padres.

5.2. La finalidad de explotación

Además del dolo, el tipo incluye un elemento de tendencia interna trascendente que consiste en actuar «con fines de explotación», sin que sea necesario que la explotación perseguida se realice para considerar consumado el delito, y sin que deba ser el autor

de la trata quien explote ulteriormente a la víctima. La finalidad de explotación puede coexistir con otros propósitos y ni siquiera es necesario que sea el principal objetivo que persiga el autor de la trata. Esta situación será frecuente en la trata de personas, pues, por lo general, la intención del tratante difícilmente se agotará en la instrumentalización de la víctima en ser utilizada como medio para obtener algún beneficio patrimonial.

La finalidad de explotación ha de estar presente desde el inicio de la ejecución del delito. Por tanto, ha de cubrir tanto a los medios como a los verbos rectores. Así, el comportamiento será atípico si, por ejemplo, se abusa de una situación de poder o de la situación de vulnerabilidad de la víctima sin que en ese momento se persiga una finalidad de explotación, aun cuando esta se presente luego.

La finalidad de explotación también ha de ser imputada a partir de las circunstancias objetivas del caso. En tanto elemento subjetivo del tipo, rige aquí la regla que se aplica para el dolo.

5.3. El concepto de explotación en la trata de personas

A tenor del art. 129-A.2 CP, la finalidad de explotación en la trata

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

La explotación que como finalidad persigue la trata de personas debe poder ser subsumible en un tipo penal de explotación sexual, laboral o de otra naturaleza. Es atípico, por ausencia del elemento de tendencia, el comportamiento de quien despliega alguno de los medios de la trata y de los verbos típicos si el objetivo que pretende con ello es una explotación que solo calza como infracción administrativa, aun cuando actúe con dolo. Es lo que se concluye de la propia naturaleza de la trata de personas: dado que prepara una futura explotación, colisionaría con el principio de proporcionalidad que la finalidad que intenta evitar sea más leve que ella misma. Por lo demás, el carácter de *ultima ratio* del derecho penal no autoriza que puede ser invocado legítimamente para prevenir infracciones administrativas³⁰.

No es necesario que el autor de la trata de personas conozca las condiciones de lugar, tiempo y forma en que será explotada la víctima ni que sepa necesariamente quién o quiénes la explotaron. Tal grado de conocimiento resulta incompatible con la

30 Esta afirmación no debe confundirse con la tipificación en el ámbito del derecho penal económico y de la empresa de algunos delitos, como el ocultamiento, omisión o falsedad de información (art. 245 CP), que sanciona a quien «ejerce funciones de administración o representación de una institución bancaria, financiera u otra que opere con fondos del público, que con el propósito de ocultar situaciones de liquidez o insolvencia de la institución, omita o niegue proporcionar información o proporcione datos falsos a las autoridades de control y regulación», o con el delito societario regulado en el art. 198-A CP, que reprime al «auditor interno o externo que a sabiendas de la existencia de distorsiones o tergiversaciones significativas en la información contable-financiera de la persona jurídica no las revele en su informe o dictamen». El devalor en estos casos hay que ubicarlo en el peligro para bienes jurídicos tutelados por otros delitos.

naturaleza del elemento subjetivo de tendencia, que se refiere a un evento futuro en el que el autor de la trata puede no intervenir. Es, además, político-criminalmente inconveniente, pues elevaría de manera injustificada el estándar probatorio de la trata y favorecería su impunidad.

Lo dicho en el párrafo anterior obliga a formular algunas precisiones sobre el art. 129-A.2 CP.

En primer lugar, a sistematizar las formas de explotación ahí descritas en delitos de explotación. De conformidad con ello, las formas de explotación que implican «prostitución y cualquier forma de explotación sexual» se tipifican como delitos de explotación sexual (art. 129-C CP), explotación sexual de niños, niñas y adolescentes (art. 129-H CP), favorecimiento de prostitución (179 CP), rufianismo (art. 180 CP), proxenetismo (art. 181 CP), entre otros.

La «esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud» y la «servidumbre» se subsumen en el delito de esclavitud y servidumbre (art. 129-Ñ CP), y «cualquier forma de explotación laboral, la mendicidad, los trabajos o servicios forzados» en el delito de trabajo forzoso (art. 129-O CP). Aunque es posible que la mendicidad adquiera en algunos casos forma de esclavitud.

No se me escapa que el III Plan Nacional contra el Trabajo Forzoso entiende que «la explotación laboral implica que las condiciones en las que un trabajador presta un servicio (salario, jornada, descansos, condiciones de seguridad y salud en el trabajo, etc.) no son las adecuadas, ya que no se encuentran conforme a la legislación vigente» (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2019, p. 16), y que a partir de ello algunas infracciones laborales podrían ser catalogadas como explotación

laboral. Sin embargo, de conformidad con la tesis que reivindica la naturaleza de la trata como actos de preparación de la explotación, la inclusión de la locución «cualquier forma de explotación sexual» en el art. 129-A 2. CP tendría una vocación ejemplificadora que el propio precepto desarrolla y acota a las formas jurídico penalmente relevantes de explotación laboral, cuando se refiere a «esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud» y a la «mendicidad, los trabajos o servicios forzados, la servidumbre». De hecho, aquí se advierte, de nuevo, un afán del legislador por abarcar de la manera más amplia las posibles formas de explotación laboral que puedan perseguirse con la trata de personas, pero ello no debería alterar la sistemática que tiene el Código Penal.

La venta de seres humanos, que el legislador restringe a «niños, niñas o adolescentes», en atención tal vez a la realidad criminológica, constituirá en algunas ocasiones delito de esclavitud, en especial cuando el intercambio mercantil concibe al menor como mano de obra o se vende niñas con fines matrimoniales. En estos casos, sin embargo, hubiera bastado con la referencia, ya contenida en el art. 129-A 2 CP, a la esclavitud o trabajo forzoso como formas de explotación. También es posible que la venta de niños, niñas y adolescentes se dé con fines de adopción, sin que ello conlleve necesariamente una explotación ulterior. El legislador ha preferido no distinguir, guiado, presumiblemente, por la cosificación de la persona a quien se pone precio y vende, aun cuando luego se le brinde un trato distinto a la esclavitud o no se le someta a trabajos forzados. Pero, precisamente por esta razón, la venta de seres humanos debería abarcar también a personas mayores.

La «extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos», al ser comportamientos *ex ante* idóneos para lesionar la vida y la integridad, pueden ser subsumidos en el tipo penal de homicidio doloso y sus formas o en el de lesiones graves dolosas.

El art. 129-A 2. CP es una cláusula abierta que permite incorporar «cualquier otra forma análoga de explotación» como, por ejemplo, el empleo de seres humanos en experimentos médicos o científicos.

6. Autoría y participación

La amplitud de los comportamientos de autoría de la trata de personas y la sanción del favorecimiento, promoción, financiamiento y facilitación de la trata de personas con la misma pena prevista para el autor (art. 129-A 5. CP) eliminan cualquier posibilidad de apreciar complicidad necesaria y accesorio (art. 25 CP). No ocurre lo mismo con la instigación (art. 23 CP). Al no poder ser subsumida en los verbos rectores de la trata ni en los que contiene el art. 129-A 5. CP, sigue manteniendo su autonomía legal frente a la autoría. Esta situación, común en derecho comparado, ha dado lugar a que se afirme que en el delito de trata rige el concepto untario de autor (Lloria, 2019, p. 392).

El favorecimiento, la promoción, el financiamiento y la facilitación pueden albergar en algunas ocasiones formas adelantadas de punición que, en puridad, no se encuentren en

comportamientos de colaboración. Para cubrir esta eventual laguna hubiera sido deseable que el art. 129-A 5. CP incorporara algunos actos preparatorios punibles, como la *conspiración*, tal como sucede, por ejemplo, en el sicariato (108-D 1. CP), en el tráfico ilícito de drogas (art. 296 4 párr. CP) y en la rebelión, sedición y motín (art. 349 CP) y la *proposición*, aunque resulte todavía extraña en nuestro ordenamiento jurídico penal.

Por lo demás, la pluralidad de intervinientes siempre será un supuesto agravado cuyo concreto reproche dependerá del grado de coordinación entre los intervinientes. Si el hecho es cometido por dos o más personas —lo que abarca a la coautoría—, será un supuesto agravado del art. 129-B 6 CP; si el delito se comete en el marco de una banda, se aplicará la regla del concurso ideal³¹; y si se comete en el contexto de una organización criminal, se estará a lo previsto en el supuesto hiperagravado del art. 129-B 4 CP.

La utilización de una persona jurídica como instrumento para perpetrar o encubrir la trata de personas dará lugar a la aplicación de lo previsto en el art. 105 CP, el art. 90 CPP y siguientes. Mayor complejidad puede tener la comisión de la trata por parte de una organización criminal, sobre todo de cara a los posibles concursos³². Este supuesto será analizado a la luz del supuesto hiperagravado de trata que contiene el art. 129-B.

31 En detalle, véase «7. Supuestos agravados».

32 Revítese Villacampa (2012).

7. Supuestos agravados

El Código Penal sistematiza las formas agravadas de trata de seres humanos en dos grupos a partir de su gravedad. En el primer grupo, que se reprime con una pena no menor de doce ni mayor de veinte años e inhabilitación, se ubican las siguientes:

1. El agente comete el hecho abusando del ejercicio de la función pública;
2. El agente es promotor, integrante o representante de una organización social, tutelar o empresarial, que aprovecha de esta condición y actividades para perpetrar este delito;
3. Exista pluralidad de víctimas;
4. La víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad o es incapaz;
5. El agente es cónyuge, conviviente, adoptante, tutor, curador, pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o tiene a la víctima a su cuidado por cualquier motivo o habitan en el mismo hogar.
6. El hecho es cometido por dos o más personas.
7. La víctima se encuentra en estado de gestación.

En estos supuestos agravados se desvalora especialmente el aprovechamiento de una posición de garante que facilita el sometimiento de la víctima mediante *abuso de poder* («abuso del ejercicio de la función pública», «el agente es cónyuge, conviviente, adoptante, tutor, curador, pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad», o «tiene a la víctima a su cuidado por cualquier motivo o habitan en el mismo hogar»); por medio de *engaño y/o abuso de poder* («el agente es promotor,

integrante o representante de una organización tutelar o empresarial, que aprovecha de esta condición y actividades para perpetrar este delito»); o mediante *abuso de una situación de vulnerabilidad* (la víctima «tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad, es incapaz» —mejor, persona con discapacidad³³—, «se encuentra en estado de gestación» o «el hecho es cometido por dos o más personas»). La agravante «pluralidad de víctimas» es una alternativa a la aplicación del art. 48 CP que regula el concurso ideal, en este caso homogéneo, que, en ausencia de la agravante, conduciría a una pena inferior: no menor de 8 años ni mayor de 18 años y 4 meses.

En el segundo grupo de agravantes se ubican los supuestos que aquí se han denominado hiperagravados y que se sancionan con pena privativa de libertad no menor de 25 años³⁴:

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

En el primero de estos casos, la agravación se origina por la puesta en riesgo o lesión a la vida, integridad o seguridad de la víctima. Se trata, en puridad, de un concurso entre, por un lado, el delito de trata de personas y, por otro, el delito de homicidio

33 Tal como se ha señalado anteriormente, en consonancia con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, es preferible emplear el término «discapacidad».

34 Ni mayor de 35 años, tal como se deduce de la lectura del art. 29 CP.

consumado o en grado de tentativa³⁵, o el delito de lesiones dolosas graves —y a la vez agravadas— consumadas o en grado de tentativa. Ante la amplia gama de posibilidades concursales que se abren en estos casos y que acarrearían el riesgo de valoraciones judiciales distintas en supuestos similares, es prudente y sensato que el legislador zanje con una regla concursal *ad hoc*.

La agravante contemplada en el segundo supuesto se construye sobre una especial vulnerabilidad de la víctima al ser menor de 14 años o padecer discapacidad física o mental, temporal o permanente. La discapacidad, así como el abuso que de ella se haga, ha de verificarse al momento de la comisión del delito, con independencia de que antes la víctima no la hubiera padecido o de que luego no la sobrelleve. El panorama se oscurece cuando se intenta establecer alguna diferencia frente a la agravante «discapacidad» que da lugar a una agravación menor (art. 129-A 4 C). Es posible, en todo caso, despejar el horizonte de la mano del siguiente razonamiento.

El art. 1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad señala:

las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

35 Aunque es probable que se trate de un homicidio agravado por ferocidad, codicia o lucro (art. 108.1 CP) o por haberse perpetrado con gran crueldad o alevosía (art. 108.3 CP).

Esto es, las personas a quienes el Código Penal se empeña en llamar incapaces. Por tanto, y de cara a la interpretación que se ofrece, la «incapacidad» y la «discapacidad física o mental» se refieren a la misma situación de vulnerabilidad. Luego, dado que la discapacidad se manifiesta de distintas formas e intensidades, es necesario que el juez valore los diferentes niveles de vulnerabilidad de la víctima a partir de parámetros que garanticen pronunciamientos similares en supuestos equivalentes. Cuando el art. 129-B CP equipara la «incapacidad» de la víctima a que tenga entre 14 y 18 años, por un lado, y cuando equipara su «discapacidad» con que tenga menos de 14 años, por otro, ofrece un parámetro válido para graduar la vulnerabilidad de la víctima por discapacidad. Si es tan intensa como la que, por analogía, puede predicarse de un menor de 14 años, se trata de un supuesto hiperagravado que se reprime con una pena no menor de 25 años. Si la intensidad es solo comparable a la de un menor de entre 14 y 18 años, la pena será de entre 12 y 20 años.

En el tercer supuesto, la agravante se justifica por la peligrosidad objetiva que representa la existencia de una organización criminal, concepto normativo que se dota de contenido a la luz del art. 317 CP. Si el delito de trata fuera perpetrado por el integrante de una banda, a tenor del Acuerdo Plenario n.º 08-2019/CIJ-2019, se acudiría a la regla del concurso real (Corte Suprema de Justicia de la República, 2019c, antecedente 24.º), aunque, al ser el mismo comportamiento el que realiza el tipo de trata y el realizar el tipo de pertenencia a banda, debería invocarse la regla del concurso ideal.

Referencias

- Acale, M. (2018). Interpretación judicial del derecho penal desde la perspectiva holística del género. *Jueces para la democracia*, (92), 26-43.
- Aristóteles (1988). *Política* (M. García Valdéz, trad.). Gredos.
- Asamblea General de las Naciones Unidas (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Beccaria, C. (2015). *Tratado de los delitos y de las penas*. Universidad Carlos III de Madrid.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012. (Fondo, reparaciones y costas).
- Corte Superior de Justicia de Lima (2019). Expediente n.º 04467-2017-0. Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel. Lima: 17 de mayo de 2019.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2011). VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria. Acuerdo Plenario n.º 3-2011/CJ-116. Lima: 6 de diciembre de 2011.
- _____ (2019a). Recurso apelación n.º 6-2018/Ayacucho. Lima: 5 de febrero de 2019.

_____ (2019b). XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial. Acuerdo Plenario n.º 06-2019/CJ-116. Lima: 10 de setiembre de 2019.

_____ (2019c). XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial. Acuerdo Plenario n.º 08-2019/CJ-116. Lima: 10 de setiembre de 2019.

_____ (2021a). Casación n.º 1351-2019 Puno. Sala Penal Permanente. Lima: 20 de julio de 2021.

_____ (2021b). Casación n.º 1190-2018 Cusco. Sala Penal Transitoria. Lima: 3 de setiembre de 2021.

Declaración de las Potencias para la Abolición del Comercio de Negros (1815). <https://www.dipublico.org/16277/declaracion-de-las-potencias-para-la-abolicion-del-comercio-de-negros-firmado-en-viena-el-8-de-febrero-de-1815/#:~:text=27%2F01%2F2022-,Declaraci%C3%B3n%20de%20las%20potencias%20para%20la%20abolici%C3%B3n%20del%20comercio%20de,8%20de%20febrero%20de%201815>

Defensoría del Pueblo (2017). Informe 041-2017-DP/ADM. Trata de personas con fines de explotación sexual en agravio de mujeres adultas: estudio de casos en las regiones de Lima, Madre de Dios, Piura, Pasco, Lambayeque, Huánuco y Cusco. Serie de Informes de Adjuntía.

Department of State. United States of America (2021). *Trafficking in Persons Report*. https://www.state.gov/wp-content/uploads/2021/07/TIP_Report_Final_20210701.pdf

Eisele, J. (2019). *Schönke/Schröder. Strafgesetzbuch: Kommentar* (A. Eser, ed.; 30.^a ed. revisada). C. H. Beck.

- Fischer, T. (2021). *Strafgesetzbuch: Mit Nebengesetzen* (68.º ed.). C.H. Beck.
- Frisch, W. (1983). *Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmässigen Verhaltens und des Vorsatzes: zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*. Heymann.
- Guisasola, C. (2019). Formas contemporáneas de esclavitud y trata de seres humanos; una perspectiva de género. *Estudios Penales y Criminológicos*, 39, 175-215.
- Heger, M. (2018). *Strafgesetzbuch: Kommentar* (Germany y K. Kühl, eds.; 29.ª ed. revisada). C. H. Beck.
- Henkel, H. (1964). Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip. En K. Engisch, D. Lang-Hinrichsen, R. Maurach, & E. Mezger (eds.), *Festschrift für Edmund Mezger* (pp. 249-268). Beck.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) (2021a). Perú: estadísticas de trata de personas, 2015-2020. https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1802/libro.pdf
- _____ (2021b). Informe técnico. Comportamiento de los indicadores de mercado laboral a nivel nacional. N.º 4. Noviembre 2021. <https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/boletines/04-informe-tecnico-empleo-nacional-jul-ago-set-2021.pdf>
- International Court of Justice (1970). Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I. C. J. Reports 1970. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>

- Kant, I. (2006). *Fundamentación para una metafísica de las costumbres* (R. R. Aramayo, trad.; 2.^a reimp.). Alianza.
- Köhler, M. (1997). *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Springer.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (1995). Madrid: 23 de noviembre de 1995.
- Lloria, P. (2019). El delito de trata de seres humanos y la necesidad de creación de una ley integral. *Estudios Penales y Criminológicos*, 40, 353-402.
- Maqueda, M. L. (2018). Demasiados artificios en el discurso jurídico sobre la trata de seres humanos. En Cuesta, P. M. de la, Ruiz, L. R., Acale, M. et al. (eds.), *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al Pr. Dr. Dr. h. c. Juan M^a. Terradillos Basoco* (pp. 1197-1211). Tirant lo Blanch.
- Meini, I. F. (2014). *Lecciones de derecho penal parte general: teoría jurídica del delito*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial.
- _____ (2020). Inexigibilidad de otra conducta. En Vicente, J. de, Díaz, M. y Paredes, J. M. (eds.), *Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.^o aniversario* (pp. 843-853). Reus Editorial.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2019). *III Plan Nacional para la Lucha contra el Trabajo Forzoso 2019-2022*. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1617153/III%20PNLCTF_.pdf
- Mir, S. (2016). *Derecho penal: parte general* (10.^a ed. actualizada y revisada). Reppertor.

- Montoya, Y. (2016). El delito de trata de personas como delito complejo y sus dificultades en la jurisprudencia peruana. *Derecho PUCP*, (76), 393-419.
- Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito (2013). *Abuso de una situación de vulnerabilidad y otros «medios» en el contexto de la definición de trata de personas*. https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2016/Abuse_of_a_position_of_vulnerability_Spanish.pdf
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2002). *La abolición de la esclavitud y sus formas contemporáneas. David Weissbrodt y la Liga contra la Esclavitud*. Naciones Unidas.
- _____. (2010). *Principios y directrices recomendados sobre derechos humanos y trata de personas: comentario*. Naciones Unidas.
- Organización Internacional del Trabajo y Walk Free Foundation (2017). *Estimaciones mundiales sobre la esclavitud moderna: trabajo forzoso y matrimonio forzoso*. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/publication/wcms_651915.pdf
- Petzsche, A. (2020). *Strafgesetzbuch: Kommentar* (H. Matt y J. Renzikowski, eds.; 2.ª ed.). Verlag Franz Vahlen.
- Plan Nacional contra la Trata de Personas 2017-2021 (s. f.). <http://infanciaymedios.org.pe/wp-content/uploads/2018/08/PLAN-NACIONAL-CONTRA-LA-TRATA-DE-PERSONAS-2017-2021.pdf>
- Pomares, E. (2011). El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13-15, 1-31.

- Renzikowski, J. (2021). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 4: §§ 185-262* (4.ª ed.). C. H. Beck.
- Rodríguez, J. y Montoya, Y. (2020). *Lecciones sobre el delito de trata de personas y otras formas de explotación. Dirigido a juezas y jueces penales*. Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ-DAD).
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal: parte general* (vol. 1; D.-M. Luzón, M. Díaz y J. de Vicente, trads.). Civitas.
- Roxin, C. y Greco, L. (2020). *Strafrecht: Allgemeiner Teil. Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenlehre* (5.ª ed. completamente revisada). C. H. Beck.
- Sociedad de Naciones (1926). Convención sobre la Esclavitud. Ginebra: 25 de setiembre de 1926.
- Stratenwerth, G. y Kuhlen, L. (2011). *Strafrecht, allgemeiner Teil: Die Straftat* (6.ª ed. revisada). Vahlen.
- Terradillos, J. (2010). Trata de seres humanos. En Álvarez, F. J. y González, J. L. (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010* (pp. 207-217). Tirant lo Blanch.
- Tribunal Constitucional (2012). Expediente n.º 00008-2012-PI/TC. Lima: 12 de diciembre de 2012.
- United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) (2020). *Global Report on Trafficking in Persons 2020*. https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP_2020_15jan_web.pdf

- Villacampa, C. (2012). Trata de seres humanos y delincuencia organizada. *InDret*, (1), 1-34. <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/869.pdf>
- Villaruel, C. (2017). *El bien jurídico protegido por el delito de trata de personas en el ordenamiento jurídico peruano* [Tesis de maestría]. Pontificia Universidad Católica del Perú. https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/9736/Villaruel_Quinde_Bien_jur%203%addico_protegido1.pdf?sequence=1&isAllowed=y

La presente publicación nos acerca a comprender la dimensión doctrinal, normativa y jurisprudencial de la trata de personas a la luz de los instrumentos internacionales contra la delincuencia organizada transnacional, y de prevención, criminalización y sanción de esta figura penal.

Para enfrentar los desafíos que un delito tan gravoso plantea a la sociedad es oportuno aproximarse a dicho ilícito penal desde un enfoque de género. Esto permitirá procesar los casos y determinar judicialmente la pena considerando el contexto de desigualdad y discriminación existente contra la mujer, pues el perfil de la víctima en la trata de personas es el de una mujer, por lo general menor de edad.

DRA. ELVIA BARRIOS ALVARADO
Presidenta del Poder Judicial
y de la Corte Suprema de Justicia de la República

ISBN: 978-612-4484-39-1

