

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ  
ESCUELA DE POSGRADO



***El bien jurídico protegido por el delito de trata  
de personas en el ordenamiento jurídico  
peruano***

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE  
MAGISTER EN DERECHO PENAL DE LA MAESTRÍA DE  
DERECHO PENAL**

**AUTOR**

CARLOS ABEL VILLARROEL QUINDE

**ASESOR:**

DR. YVÁN FIDEL MONTOYA VIVANCO

Julio, 2017

## RESUMEN

La presente investigación tiene por objeto analizar dogmáticamente el bien jurídico protegido por el delito de trata de personas en el ordenamiento jurídico peruano. Al respecto, existen diversas posturas sobre dicho tópico, lo que determina la poca o nula aplicación del tipo penal de acuerdo al bajo índice de sentencias expedidas por dicho delito en nuestro país. En ese sentido –a partir de un análisis exclusivamente teórico, basado en fuentes jurídicas (normas, jurisprudencia y doctrina) nacionales y extranjeras-, se postula que el bien jurídico protegido en este delito lo constituye la dignidad del ser humano, entendida como la prohibición de cosificación vejatoria y humillante de la persona. A tal efecto, la investigación se desarrolla de la siguiente manera: a) en el Capítulo I se aborda el tema del bien jurídico protegido en un Estado Constitucional; b) en el Capítulo II se desarrollan las diversas posturas que existen sobre el bien jurídico protegido en el delito de trata de personas; c) en el Capítulo III se analiza a la “dignidad” como bien jurídico protegido por el Derecho Penal, en general, y por el delito de trata de personas en particular; d) finalmente, en el Cuarto Capítulo se aborda la aplicación práctica del bien jurídico “dignidad” en dicho delito, a partir del análisis de la figura del consentimiento de la víctima. De todo este desarrollo se concluye finalmente que la dignidad sí tiene la suficiente capacidad dogmática para configurar el bien jurídico protegido por el delito de trata de personas en el Perú.

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	7
CAPITULO I.....	21
EL BIEN JURÍDICO PENAL EN EL MARCO DE UN ESTADO CONSTITUCIONAL .....	21
1.1. La Constitución como norma vinculante en el ordenamiento jurídico .....	21
1.2. El Derecho Penal y la Constitución.....	22
1.2.1. Antecedentes y experiencia comparada.....	22
1.2.2. El “Programa Penal de la Constitución” y la “Constitucionalización” del Derecho Penal.....	24
1.2.3. La influencia de la Constitución en la dogmática penal .....	28
1.3. El principio de Lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos como parte del Programa Penal de la Constitución .....	31
1.3.1. Definición .....	31
1.3.2. El principio de lesividad como límite esencial del ius puniendi .....	33
1.4. El bien jurídico penal en el marco de un Estado Constitucional .....	35
1.4.1. Origen.....	35
1.4.2. Funciones del bien jurídico .....	37
1.5. Teoría Constitucional del Bien jurídico Penal.....	40
1.5.1. Evolución de la teoría constitucional del bien jurídico .....	40
1.5.2. Concepto de bien jurídico .....	42
1.5.3. ¿Cómo debe tutelarse los valores y principios consagrados en la Constitución por el Derecho Penal? .....	44
1.5.4. La teoría del bien jurídico más allá de la Constitución: los derechos humanos .....	47
1.5.5. La protección de los derechos fundamentales por el Derecho Penal.....	48
1.5.6. La delimitación del bien jurídico penalmente protegido a partir de la ponderación en el ámbito del Neoconstitucionalismo.....	49
1.6. Jurisprudencia sobre la teoría constitucional del bien jurídico .....	51
1.6.1. El bien jurídico como concepto genérico e indeterminado .....	51

1.6.2. El bien jurídico como elemento de evaluación en el test de proporcionalidad ..	53
1.6.3. El bien jurídico penal requiere tener relevancia constitucional .....	54
1.6.4. No todo bien jurídico requiere automáticamente una sanción penal para ser tutelado.....	56
1.6.5. Nuevamente, bien jurídico y delitos de función .....	57
1.6.6. Acuerdo de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia sobre el bien jurídico.....	58
1.7. Comentario final.....	59
CAPÍTULO II .....	61
LAS TEORÍAS SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS.....	61
2.1. La tipificación del delito de trata de personas en el Perú.....	61
2.1.1. Antecedentes: la Constitución Política de 1993 .....	61
2.1.2. Protocolo Para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo, 2000).....	64
2.1.3. Convención Americana de Derechos Humanos.....	72
2.1.4. Código Penal de 1991 .....	74
2.2. Sobre el bien jurídico protegido por el delito de trata de personas .....	87
2.2.1. Posición que asume a la libertad personal como bien jurídico protegido .....	88
2.2.2. Posición que asume a la dignidad como bien jurídico protegido de manera directa.....	92
2.2.3. Posición que sustenta la tesis de la pluriofensividad del bien jurídico protegido .....	96
2.2.4. Posición que afirma que el bien jurídico lo conforman otros derechos .....	102
2.2.5. Jurisprudencia sobre el bien jurídico protegido por el delito de trata de personas .....	103
2.2.6. Críticas a las diversas posiciones asumidas sobre el bien jurídico protegido por el delito de trata de personas .....	108
2.2.7. Posición personal .....	117
CAPÍTULO III .....	119

LA DIGNIDAD COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS.....	119
3.1. La dignidad de la persona humana: origen y antecedentes .....	119
3.1.1. Primera acepción histórica de la dignidad.....	119
3.1.2. Segunda acepción histórica de la dignidad.....	120
3.2. Dignidad ontológica y dignidad fenomenológica .....	123
3.3. La dignidad del ser humano como concepto jurídico.....	125
3.3.1. Aspecto histórico .....	125
3.3.2. Efectos del reconocimiento jurídico de la dignidad.....	128
3.3.3. Naturaleza jurídica de la dignidad.....	129
3.3.4. Definición jurídica de la dignidad .....	137
3.3.5. Obligaciones jurídicas emanadas del reconocimiento a la dignidad.....	142
3.4. La presencia de la dignidad en el Derecho Penal.....	143
3.4.1. Argumentos que niegan que la dignidad pueda configurar un bien jurídico penalmente protegido .....	146
3.4.2. Argumentos a favor de la dignidad como bien jurídico penalmente protegido	149
3.4.3. Toma de posición: la dignidad sí puede configurar un bien jurídico penalmente protegido .....	152
3.4.4. Razones para sustentar a la dignidad como bien jurídico protegido por el delito de trata de personas en el derecho penal peruano .....	155
CAPÍTULO IV.....	180
IMPLICANCIAS INTERPRETATIVAS DEL BIEN JURÍDICO “DIGNIDAD” EN EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS: EL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA.....	180
4.1. El consentimiento en el delito de trata de personas .....	180
4.1.1. Regulación normativa internacional .....	180
4.1.2. Regulación normativa interna.....	184
4.1.3. El consentimiento en el Código Penal peruano.....	187
4.1.4. La exigencia de los medios comisivos para el delito de trata de personas y su relación con el consentimiento de la víctima: posiciones a favor y en contra .....	192
4.1.5. Posición personal .....	202
4.2. El consentimiento en el delito de trata de personas: conclusiones .....	232

4.2.1. La necesidad de los medios comisivos en el delito de trata de personas.....	232
4.2.2. La trata de personas solo tutela la dimensión más grave del bien jurídico dignidad .....	234
4.2.3. El consentimiento, sin la concurrencia de medios comisivos, sí tiene validez para evitar la configuración del delito de trata de personas .....	235
CONCLUSIONES.....	236
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>246</b>



## INTRODUCCIÓN

### 1. La trata de personas en el mundo

Podemos definir a la trata de personas como una actividad delictiva que implica comerciar con seres humanos para explotarlos de diversas formas, ya sea en actividades sexuales, trabajos forzados, actos de mendicidad, tráfico de órganos, etc.

Es por ello que dicho fenómeno también es conocido como la “*Esclavitud del siglo XXI*”, ya que degrada al ser humano a la calidad de objeto sobre el cual se busca obtener el mayor provecho económico, aún a costa de su vida. Resulta difícil de creer que en esta época pervivan prácticas propias de etapas nefastas en la historia de la humanidad, que se entendían largamente superadas. Lamentablemente, la trata de personas es un fenómeno actual que se viene expandiendo mundialmente, en el contexto de la globalización.

Inclusive, un sector de la doctrina considera que la trata de personas es un flagelo mucho más grave que el tráfico de esclavos, por cuanto: i) el costo para trasladar a los esclavos, por lo general a través de vías marítimas, era elevado, lo que constituía un freno para la oferta, a diferencia de la época actual en donde la movilización humana es una característica del proceso de globalización; ii) el esclavo era una inversión que realizaba el amo con el objetivo de que pudiese trabajar el mayor tiempo posible, por lo que hasta cierto punto era cuidado; sin embargo, en la actualidad la nota característica es la gran fungibilidad de personas que son sometidas a actos de explotación, sin que exista el menor interés en su cuidado justamente por la posibilidad de encontrar con facilidad otras víctimas que realicen el mismo trabajo a bajo costo; entre otros aspectos.<sup>1</sup>

Algunos datos nos permiten apreciar su real dimensión y gravedad:

- De acuerdo a la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC),<sup>2</sup> se estima en 2,5 millones el número de personas víctimas de la trata identificadas a nivel mundial; sin embargo, se calcula que por cada víctima identificada existen 20 más en la clandestinidad, fuera de la protección del Estado. Asimismo, la mitad de las víctimas de trata son menores de 18 años y entre el 15 y 20% de las víctimas son niños y niñas. De otro lado, se calcula en 32 billones de dólares el mercado ilícito generado por este delito, de los cuales 1,3 billones de dólares son las ganancias obtenidas solo en América Latina.

---

<sup>1</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación. Págs. 825-826. En: AFDUDC, 14, 2010. En el mismo sentido, POMARES CINTAS, Esther. El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral. pp. 3-4. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología N° 13 (2011). Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/13/recpc13-15.pdf> (consultado el 24 de marzo del 2017). Disponible en:

<sup>2</sup> Información disponible en: [https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/sobre-unodc/Fact\\_Sheet\\_Dados\\_Trafico\\_de\\_Pessoas\\_geral\\_ESP.pdf](https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/sobre-unodc/Fact_Sheet_Dados_Trafico_de_Pessoas_geral_ESP.pdf) (consultado el 25 de octubre del 2016)].

- El Parlamento Europeo en octubre del 2016 señaló que más de 20 millones de personas son víctimas de trata con fines de explotación sexual, trabajo forzado y otras actividades, lo que genera 117 millones de euros al año en ganancias.<sup>3</sup>
- El “Informe Mundial sobre Trata de Personas 2016” de la UNODC,<sup>4</sup> señala lo siguiente: i) entre el 2012 y el 2014 se identificaron más de 500 rutas de trata a nivel mundial, ya sea al interior de los propios países, entre países fronterizos o entre diversos continentes; ii) existe un incremento de víctimas menores de edad (28% del total de víctimas identificadas), así como de varones (21%); iii) 4 de cada 10 víctimas detectadas entre el 2012 y el 2014 fueron explotadas laboralmente, de las cuales el 63% eran varones; iv) existe un incremento de casos de trata interna frente a la trata internacional (42% de víctimas detectadas provenían de casos de trata doméstica); v) más de un cuarto de las víctimas detectadas en el 2014 eran niños, niñas y adolescentes, por lo que se advierte que este sector de la población todavía constituye un grupo vulnerable frente a la trata de personas; vi) si bien el número de países que cuentan con normas que criminalizan la trata de personas ha incrementado considerablemente (de 33 países en el 2003 –equivalente al 18%- a 158 países en el 2016 –igual al 88%), todavía existen pocas condenas por este delito.
- La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe “Movilidad humana: estándares interamericanos” (2015), sobre el tema de trata de personas, ha señalado lo siguiente: i) las mujeres migrantes, en especial, las niñas y las adolescentes, se encuentran en una mayor situación de vulnerabilidad de ser víctimas de trata de personas con fines de explotación sexual o prostitución forzada; ii) en la región, entre el 2010 y el 2012, los niños representaron el 30% de las víctimas de trata de personas identificadas, del cual 2 de cada 3 eran niñas; iii) en el caso de adultos, del 70% de víctimas identificadas, las mujeres representaron el 50% de éstas; iv) en la región se evidencian diversas formas de trata de personas: mientras que la explotación con fines de trabajo forzado, servidumbre doméstica, agrícola o minera, mendicidad y niños soldados, son formas de trata que ocurren dentro del mismo país de la víctima o países vecinos, la explotación sexual turística, la producción de pornografía infantil, adopciones ilegales y la venta de órganos, tienen una dimensión transnacional y transcontinental; v) respecto a los casos sancionados, este número es apenas el 10% de las denuncias realizadas por este delito; vi) el 80% de los condenados en las Américas son personas que tratan a los nacionales de su propio país, y que han sido procesados por su Estado; mientras que un 17% de los condenados son nacionales de otros países de la región, y solo el 3% son ciudadanos de países de otra región.<sup>5</sup>

## 2. La trata de personas en el Perú

<sup>3</sup> Información disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/news/es/news-room/20161014STO47261/m%C3%A1s-de-20-millones-de-personas-son-v%C3%ADctimas-de-la-trata-de-seres-humanos> (consultado el 24 de marzo del 2017).

<sup>4</sup> UNODC. Informe Mundial sobre la Trata de Personas 2016 (Resumen ejecutivo). Disponible en: [https://www.unodc.org/documents/colombia/2016/Diciembre/Glotip16\\_Executive\\_Summary.pdf](https://www.unodc.org/documents/colombia/2016/Diciembre/Glotip16_Executive_Summary.pdf) (consultado el 26 de diciembre del 2016).

<sup>5</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Movilidad humana: estándares americanos. 2015. Págs. 33-34. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf> (consultado el 26 de diciembre del 2016).



Nuestro país no es ajeno a este terrible flagelo. Una fuente de información valiosa que da cuenta de la dimensión criminal del fenómeno lo constituye el registro de denuncias que maneja el Observatorio de la Criminalidad del Ministerio Público.<sup>6</sup> Así, dicha oficina ha informado que entre el 2009 y 2015 se ha registrado un total de 3,130 casos de trata de personas en el Perú, con el siguiente detalle:

**Cuadro N° 1: Registro de denuncias a nivel nacional por el delito de trata de personas ante el Ministerio Público (periodo 2009-2015)**

Denuncias registradas por el delito de trata de personas (2009-2015)									
N°	Distrito fiscal	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	TOTAL
1	Lima	25	56	59	50	52	108	365	715
2	Loreto	4	17	29	55	58	80	92	335
3	Madre de Dios	15	36	56	35	31	54	73	300
4	Cusco	7	26	53	44	28	14	42	214
5	Piura	2	18	18	22	30	13	16	119
6	Puno	7	24	16	31	10	7	28	123
7	San Martín	1	9	20	42	17	5	13	107
8	Junín	6	9	8	8	19	26	9	85
9	Arequipa	2	7	17	12	15	22	18	93
10	Amazonas	0	10	24	19	19	2	0	74
11	Sullana	0	0	4	21	25	10	14	74
12	Lima Este	0	0	0	12	19	28	0	59
13	Lima Sur	7	9	11	11	6	6	0	50
14	Ica	2	6	8	10	8	12	14	60
15	Moquegua	12	10	6	4	6	7	7	52
16	Huánuco	4	8	9	4	12	7	15	59
17	Callao	3	4	8	7	12	10	77	121
18	Ayacucho	0	1	6	9	13	15	6	50
19	Tumbes	2	3	5	6	9	17	23	65
20	Lima Norte	4	10	3	8	15	1	0	41
21	Ucayali	5	3	8	12	7	4	5	44
22	Tacna	4	6	8	7	6	3	13	47
23	La Libertad	2	0	5	12	6	8	16	49
24	Ancash	3	8	6	1	6	4	5	33
25	Lambayeque	1	1	2	4	11	8	20	47
26	Apurímac	2	4	5	5	3	3	2	24
27	Huaura	0	3	2	1	10	4	3	23

<sup>6</sup> Información disponible en: <http://portal.mpfj.gob.pe/descargas/observatorio/tratadepersonas/20150405.pdf> (consultado el 25 de octubre del 2016).

<b>28</b>	<b>Cajamarca</b>	2	3	3	2	3	5	3	<b>21</b>
<b>29</b>	<b>Cañete</b>	1	5	0	0	0	7	4	<b>17</b>
<b>30</b>	<b>Pasco</b>	1	1	1	1	0	5	1	<b>10</b>
<b>31</b>	<b>Huancavelica</b>	0	0	2	2	1	2	1	<b>8</b>
<b>32</b>	<b>Santa</b>	0	1	1	0	1	4	4	<b>11</b>
<b>TOTAL</b>		<b>124</b>	<b>298</b>	<b>403</b>	<b>457</b>	<b>458</b>	<b>501</b>	<b>889</b>	<b>3130</b>

Fuente: Observatorio de la Criminalidad del Ministerio Público.  
Elaboración: propia

Del cuadro adjunto surgen diversos hallazgos interesantes: i) existe un incremento sostenido en la denuncia por casos de trata de personas por cada año registrado, siendo el 2015 el año con mayor cantidad de denuncias identificadas (889); ii) Lima es la región con mayor cifra de denuncias (715), seguida de Loreto (335) y de Madre de Dios (300); por contraparte, Huancavelica es la región con la menor cantidad de denuncias registradas, apenas con 8; iii) hubo un inesperado incremento de denuncias en algunos lugares entre el 2014 y el 2015 como ocurrió en Lima (de 108 denuncias registradas el 2014 a 365 el 2015) y Callao ( de 10 denuncias registradas el 2014 a 77 el 2015). Todo ello no hace sino confirmar que la trata de personas en el Perú va en aumento, sin tomar en cuenta además la “cifra oscura”, esto es, aquellos casos que no son detectados por el sistema.

Adicionalmente, el Observatorio de la Criminalidad cuenta información adicional que nos permite tener una impresión de cómo la trata de personas se manifiesta en el Perú. Así:

- I. Entre el 2009 y el 2014 se registraron un total de 2,241 denuncias, identificando a 3,911 víctimas, de las cuales el 86.2% (3,371) es de nacionalidad peruana y el 4.3% (169) de nacionalidad extranjera. A partir de este dato se puede afirmar que la trata de personas en el Perú es predominantemente interna, ya que las víctimas son nacionales y son trasladadas de una región a otra, sin salir de las fronteras.
- II. El 56.5 % de las víctimas identificadas (2,208) es menor de 18 años de edad, por lo que los principales afectados de la trata de personas en el Perú son niños, niñas y adolescentes.
- III. El 48.9% de las víctimas identificadas (1,914) fue captada a través de ofrecimientos de puestos de trabajo, siendo ésta la modalidad más utilizada.
- IV. Asimismo, el 41.6% de las víctimas (1,628) fue objeto de explotación sexual, lo cual incluyó brindar servicios sexuales en prostíbulos, servir de damas de compañía en nightclubs, entre otros; seguida de la explotación de tipo laboral, en el 14,5 % (568) de los casos.

Por otro lado, siempre se ha afirmado el vínculo que existe entre el delito de trata de personas y la criminalidad organizada. Para ello, es importante analizar la información referida a los autores de dicho delito. Al respecto, el Observatorio de la Criminalidad del Ministerio Público señala lo siguiente:

- Entre el 2009 y 2014, de un total de 3,252 imputados, 2, 578 investigados por el delito de trata de personas (que equivale al 79,3%) eran peruanos, mientras que

10

solo 57 personas (1,8%) eran de nacionalidad extranjera, donde la mayoría provenía de Ecuador (7), Colombia (6) y de República Dominicana (5).

- En el mismo periodo, se identificó que 1,262 investigados (equivalente al 38,8%) tiene entre 25 y 44 años, mientras que 364 imputados (11,2%) tiene entre 45 a 54 años.
- Finalmente, de los 3,252 investigados, 1,483 eran mujeres (equivalente al 45,6%) y 1,363 (41,9%) eran varones.

Las cifras descritas permiten afirmar de manera preliminar que: i) la trata de personas es cometida en su mayoría por mujeres, aunque todavía no quedan claras las razones de esta prevalencia; ii) se han identificado pocos imputados de nacionalidad extranjera, que podrían estar relacionados con grupos o bandas con miembros de distintos países. Sin embargo, estos datos son insuficientes para determinar adecuadamente si nos encontramos ante casos de criminalidad organizada.

Adicionalmente, de acuerdo al Sistema Integrado de Estadísticas de Criminalidad y Seguridad Ciudadana, se tiene información que entre enero y junio del 2016 el Ministerio Público registró 515 denuncias por el delito de trata de personas a nivel nacional. De ello se infiere que, entre los años 2009 y 2016 se han registrado un total de 3,645 denuncias por este delito.<sup>7</sup>

**Cuadro N° 2: Registro de denuncias a nivel nacional por el delito de trata de personas ante el Ministerio Público (periodo 2009-2016)**

Denuncias por el delito de trata de personas (Ministerio Público)								
Periodo	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
<b>Totales</b>	<b>124</b>	<b>298</b>	<b>403</b>	<b>457</b>	<b>458</b>	<b>501</b>	<b>889</b>	<b>515</b>

Fuente: Sistema integrado de estadísticas de la criminalidad y seguridad ciudadana-INEI  
Elaboración: INEI

Por su parte, de acuerdo al Anuario Estadístico de la Policía Nacional del Perú,<sup>8</sup> durante el año 2016 ha registrado 539 denuncias por el delito de Trata de Personas. De las denuncias registradas se aprecia la siguiente información:

- La mayor incidencia de este delito se registró en el departamento de Lima con 206 denuncias (38.22%), seguido por Junín con 49 (9.09%), Cuzco con 43 casos (7.98%), Ayacucho con 35 casos (6.49%), Madre de Dios con 33 casos (6.12%), Tacna con 32 casos (5.94%), San Martín con 26 denuncias (4.82%), Tumbes con 19 (3.52%) denuncias, Huánuco con 19 (3.52%) entre los departamentos con mayor número de denuncias por el delito de Trata.
- Los fines de la trata, según las denuncias registradas, han sido por explotación laboral con 227 casos (42.11%), explotación sexual con 292 casos (54.17%),

<sup>7</sup> Información disponible en: <http://criminalidad.inei.gob.pe/> (consultado el 24 de marzo del 2017).

<sup>8</sup> POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ. Anuario Estadístico 2016. pp. 285-294. Información disponible en: [https://www.pnp.gob.pe/anuario\\_estadistico/documentos/ANUARIO%20PNP%202016%20presentacion.pdf](https://www.pnp.gob.pe/anuario_estadistico/documentos/ANUARIO%20PNP%202016%20presentacion.pdf) (consultado el 29 de mayo de 2017).

mendicidad con 04 (0.74%), venta de niños con 02 (0.37%); tráfico de órganos con 02 (0.37%), y otras modalidades con 12 (2.23%) denuncias.

- Respecto a la nacionalidad de los tratantes, 526 son peruanos (97.59%) y 13 (2.41%) son extranjeros.
- En cuanto, a la forma de captación de la víctima prevalece la oferta de trabajo con 387 casos (71.80%), oferta de estudio en 11 (2.04%), seducción en 07 (1.30%), a través de internet en 05 (0.93%) y otras modalidades en 129 (23.93%) denuncias.
- Respecto al medio empleado por el tratante para captar a la víctima, destaca el engaño con 316 casos (58.63%), le sigue fraude con 52 (9.65%), concesión o recepción de pagos con 21 (3.90%), abuso de poder en 15 (2.78%), amenaza en 10 (1.85%), y otras formas en 124 (23%) denuncias.
- En cuanto al vínculo con entre la víctima y el tratante, en 60 casos es una persona conocida (11.31%), mientras que en 04 casos es un familiar (0.74%), quien induce apoya a ingresar a esta forma de labor delictiva, y la mayoría se concentra en la variable otras personas con 474 casos (87.94%).
- De las 539 denuncias registradas, en 21 casos las víctimas tenían entre 5 a 13 años; en 403 casos las víctimas tenían entre 14 y 17 años; y en 115 las víctimas eran adultas.

### 3. Normas aprobadas por el Estado peruano para la lucha contra la trata de personas

Si bien el Código Penal de 1991 ya contemplaba el delito de trata de personas en el artículo 182 C.P., no será sino hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 28950, Ley contra la Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Migrantes –del 16 de enero del 2007- que el Perú se adecúa a los estándares exigidos por el Protocolo de Palermo contra la trata de personas. Es desde dicha fecha en que formalmente el Perú asume obligaciones para erradicar este terrible delito de nuestra sociedad.

Las principales normas aprobadas en materia de trata de personas son las siguientes:

- **Ley N° 28950, Ley contra la trata de personas y tráfico ilícito de migrantes:** modifica el artículo 153 del Código Penal, regulando el delito de trata de personas de acuerdo a lo señalado en el Protocolo de Palermo. Establece además disposiciones de carácter procesal (por ejemplo, colaboración eficaz) y penitenciario.
- **Decreto Legislativo N° 1323, que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género:** incorpora al Código Penal los delitos de explotación sexual (Art. 153-B); esclavitud y otras formas de explotación (Art. 153-C), y trabajo forzoso (Art. 168-B).
- **Reglamento de la Ley contra la Trata de Personas (D.S. 001-2016-IN):** crea la “Comisión Multisectorial de naturaleza permanente contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes”, y establece obligaciones para las entidades del Estado en la lucha contra este flagelo, divididas en 4 ejes: i) prevención; ii) persecución; iii) asistencia y protección y; iv) cooperación internacional.

- **Plan Nacional de Acción contra la Trata de Personas (D.S. 004-2011-IN):** establece objetivos estratégicos y acciones contra la trata de personas, cuyos resultados pueden ser medidos. Este plan culminó su vigencia el año pasado.
- **Política Nacional contra la trata de personas y sus diversas formas de explotación (D.S. 001-2015-JUS):** establece acciones que buscan incidir en el aspecto criminológico de la trata de personas (factores que promueven la comisión de este delito, partes involucradas, etc.).
- **Protocolo Intersectorial contra la Trata de Personas (D.S. 005-2016-IN):** establece acciones de coordinación entre las instituciones involucradas para el tratamiento de casos.
- **Plan Nacional de Acción contra la Trata de Personas 2017-2021:** aprobado recientemente.<sup>9</sup>

Adicionalmente, existen planes regionales que intentan responder la situación de su localidad.<sup>10</sup>

Inclusive, a través de la Ley N° 29918, del 23 de setiembre del 2012, se ha fijado cada 23 de setiembre como el “Día Nacional contra la Trata de Personas”, a fin de *“sensibilizar al Estado peruano en todos sus niveles y manifestaciones de poder, al sector privado y a la población en general en la prevención y sanción de la trata de personas y en la protección y asistencia de víctimas, sus familiares directos, colaboradores, testigos y peritos, con miras a erradicar este flagelo que es considerado “la esclavitud del siglo XXI”*. Pero lo más importante de esta norma, a nuestro entender, es que se establece la obligación del Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Interior de acudir al Congreso para dar cuenta de los avances y medidas adoptadas en la lucha contra la trata de personas en el Perú, de acuerdo a las estrategias aprobadas. En otras palabras, se trata de una rendición de cuentas entre poderes del Estado, lo que evidencia su importancia.

En síntesis, podemos afirmar que el Perú ha mostrado avances significativos especialmente en el plano normativo, con la expedición de diversas leyes y planes. Sin embargo, pese a estos importantes esfuerzos, no se explica por qué existe todavía gran cantidad de casos reportados. Para ello, es necesario verificar los diagnósticos que existen sobre el tema, como es el informe del Departamento de Estado Norteamericano.

#### 4. Dificultades en la lucha contra la trata de personas: poca cantidad de sentencias emitidas

A pesar de que el Estado peruano ha adoptado diversas acciones contra la trata de personas, no obstante se advierte dificultades para erradicar dicho flagelo de nuestra

<sup>9</sup> Información disponible en: <https://www.mininter.gob.pe/content/anuncian-aprobacion-del-plan-nacional-contra-la-trata-de-personas-2017-2021> (consultado el 17 de mayo del 2017).

<sup>10</sup> Los planes aprobados son:

- Plan Regional contra la Trata de Personas de Tumbes 2016-2021
- Plan Regional contra la Trata de Personas Ayacucho 2012-2016
- Plan Regional contra la Trata de Personas Madre de Dios 2011-2016
- Plan Regional contra la Trata de Personas Loreto 2013-2017
- Plan Regional de Acción contra la Trata de Personas de Puno
- Plan Regional de Acción contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes Cusco 2015-2021

Información disponible en: [http://chsalternativo.org/images/publicaciones/08\\_informes\\_y\\_estudios/2016\\_anexo\\_normas\\_casos\\_definiciones\\_ptg.pdf](http://chsalternativo.org/images/publicaciones/08_informes_y_estudios/2016_anexo_normas_casos_definiciones_ptg.pdf) (consultado el 24 de marzo del 2017).

sociedad e, inclusive, se ha detectado un aumento de los casos denunciados en el Ministerio Público.

Recientemente, el Departamento de Estado Norteamericano publicó su Reporte sobre Tráfico de Personas 2016, en el que señaló que el Perú no cumple con los estándares mínimos para la eliminación de la trata de personas; pero hace esfuerzos significativos para ello. En ese sentido, calificó a nuestro país dentro del nivel 2, dentro de los 4 niveles posibles.<sup>11</sup>

Algunas observaciones realizadas por el Departamento de Estado Norteamericano son las siguientes:<sup>12</sup>

**Cuadro N° 3: Observaciones del Departamento de Estado Norteamericano al Perú en la lucha contra la trata de personas (Informe 2016)**

Informe de trata 2016 (Perú)		
Observaciones en la lucha contra la trata de personas		
Eje de prevención	Eje de persecución	Eje de protección a las víctimas
<ul style="list-style-type: none"> <li>• El Comité contra la Trata (que incluye ONGs y organizaciones internacionales) se reúne regularmente, aunque sus participantes han cuestionado que algunos ministerios no participan.</li> <li>• El gobierno tiene una</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El gobierno hizo mejoras legislativas e incrementó los operativos antitrata y arrestos; sin embargo, disminuyeron las investigaciones y las sanciones por este delito.</li> <li>• Algunos policías y fiscales calificaron auténticos casos de trata como otros delitos</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El gobierno ha realizado esfuerzos significativos para identificar y asistir a las víctimas de trata de personas. En ese sentido, a través de 22 centros de emergencia mujer y 48 centros de atención residencial para niños, niñas y adolescentes brindó servicios</li> </ul>

<sup>11</sup> El Departamento de Estado Norteamericano ha elaborado una clasificación para evaluar a los países del mundo en la lucha contra la trata de personas:

- **Nivel 1:** Países cuyos gobiernos cumplen plenamente con las normas mínimas de la TVPA (Victims of Trafficking and Violence Protection Act) para la eliminación de la trata.
- **Nivel 2:** Países cuyos gobiernos no cumplen plenamente con las normas mínimas de la TVPA pero que hacen esfuerzos considerables para cumplir esas normas.
- **Lista de Vigilancia de Nivel 2:** Países cuyos gobiernos no cumplen plenamente con las normas mínimas de la TVPA pero que hacen esfuerzos considerables para cumplir esas normas, atendiendo además a que:
  - a) el número absoluto de víctimas de formas graves de trata es muy significativo o está aumentando considerablemente;
  - b) no se demuestran los esfuerzos crecientes para combatir las formas graves de trata de personas desde el año anterior, lo que incluye un aumento de las investigaciones, el enjuiciamiento y las condenas por delitos de trata; aumento de la asistencia a las víctimas; y la disminución de las pruebas de complicidad en formas graves de tráfico por parte de funcionarios gubernamentales; o
  - c) la determinación de que un país está realizando esfuerzos significativos para cumplir las normas mínimas se basó en los compromisos del país de adoptar medidas adicionales durante el próximo año.
- **Nivel 3:** Países cuyos gobiernos no cumplen plenamente con las normas mínimas ni hacen esfuerzos considerables para cumplirlas.

Ver en: Department of State-United States of America. Trafficking in person Report. June 2016. p. 39. Disponible en: <https://www.state.gov/documents/organization/258876.pdf> (consultado el 24 de marzo del 2017).

<sup>12</sup> Department of State-United States of America. Trafficking in person Report. June 2016. p. 304-306. Disponible en: <https://www.state.gov/documents/organization/258876.pdf> (consultado el 24 de marzo del 2017).

<p>comisión separada, un protocolo interministerial y un plan contra el trabajo forzoso, habiendo desarrollado importantes actividades en este tema.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Existen 23 gobiernos regionales que cuentan con grupos intersectoriales contra la trata.</li> <li>• Muchos ministerios, en colaboración con organizaciones y ONGs han realizado actividades de prevención, especialmente enfocadas, por ejemplo, a prevenir el turismo sexual infantil.</li> <li>• El gobierno, en colaboración con la sociedad civil, ha adoptado medidas para reducir la demanda de explotación sexual comercial infantil, pero no reportó esfuerzos para reducir la demanda en el caso de trabajo forzoso.</li> <li>• El gobierno no ha brindado capacitación sobre trata para su personal diplomático.</li> </ul>	<p>(favorecimiento a la prostitución y proxenetismo), con penas menores; asimismo, los jueces en las sentencias omitieron agravar la condena en casos en los que las víctimas son menores de edad, tal como lo exige la ley. Ante esta situación, el gobierno ha reconocido el problema y ha realizado capacitaciones a policías y jueces en la definición de trata.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Se requiere estandarizar la información entre las diferentes entidades involucradas en la lucha contra este flagelo (operativos, arrestos, investigaciones).</li> <li>• El gobierno no ha reportado investigaciones o sentencias sobre funcionarios implicados en casos de trata de personas, a pesar de que las víctimas y miembros de organizaciones de la sociedad civil han informado sobre estas situaciones.</li> <li>• Se ha identificado una pobre comunicación y coordinación entre la policía y la fiscalía, lo que compromete los esfuerzos para rescatar a las víctimas e investigar los casos.</li> </ul>	<p>de asistencia a víctimas de trata. Asimismo, el gobierno operó 2 centros de protección exclusivos para víctimas de trata, y asistió a 119 víctimas durante el periodo reportado. También tiene un registro de organizaciones de la sociedad civil capaces de asistir a víctimas de trata, a través de refugio y otras medidas.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Por su parte, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables asistió a 505 víctimas de trata en el 2015, 286 mujeres y 209 varones.</li> <li>• Sin embargo, en muchos lugares no ha habido refugio ni servicios psicológicos especializados ni empleo para víctimas de trata, especialmente para adultos víctimas de explotación laboral.</li> <li>• Diversos ministerios tienen protocolos para víctimas, publicados el 2014, aunque estos no han sido implementados.</li> <li>• Se ha reportado que el sistema de justicia criminal revela algunas veces los nombres de las víctimas y otra información, lo que ha vulnerado su seguridad y confidencialidad.</li> <li>• Las autoridades muchas veces detienen a las víctimas en comisarías, por actos cometidos como víctimas de trata.</li> </ul>
---	--	---

Fuente: Department of State-United States of America. Trafficking in person Report. June 2016.  
Elaboración: propia.

Del informe señalado se advierte un panorama preocupante: la trata de personas en el Perú se viene incrementando, a pesar que el Estado viene adoptando medidas desde diversos frentes (prevención, persecución y sanción y protección y asistencia a la víctima) contra dicho flagelo.

Uno de los obstáculos que permiten que este delito fortalezca su presencia en nuestro país es, por ejemplo, la baja cantidad de sentencias emitidas: de acuerdo al último informe de la organización “Capital Humano y Social Alternativo”,<sup>13</sup> entre enero y diciembre del 2015 solo se habría sentenciado a 2 personas por el delito de trata de personas y se habrían absuelto a 39, de un total de 556 procesos registrados por dicho delito. Mientras que en el periodo enero-mayo del 2016 las cifras muestran un mejor tratamiento de los casos, aunque el número de condenas todavía es bajo: 42 sentencias condenatorias, 11 absolutorias y 27 sobreseimientos, con 227 procesos en trámite.

Esta situación no es reciente. Como se señaló anteriormente, el Ministerio Público en el periodo 2009 - 2014 registró 1,911 denuncias por trata de personas; sin embargo, estadística judicial nos muestra que entre el año 2001 al 2013 solo se registraron 633 procesos por trata de personas, 104 en el último año. No obstante, se identificaron 2,693 procesos por favorecimiento a la prostitución y 1,170 procesos por proxenetismo.<sup>14</sup>

Esta reducida cantidad de sentencias por el delito de trata de personas, en muchos casos, obedecería a que los operadores de justicia tienen problemas para interpretar y aplicar el tipo penal, en razón de su complejidad. Así, de acuerdo a una encuesta realizada por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), los jueces y fiscales no aplican el tipo penal de trata de personas por cuanto tienen poca claridad: i) sobre el bien jurídico protegido en el delito de trata de personas; ii) sobre la naturaleza del delito mismo (si es un delito de peligro o un delito de lesión; si es un delito instantáneo o un delito permanente; si es un delito de mera actividad o un delito de resultado, etc.); iii) sobre la calidad del sujeto activo o el sujeto pasivo, las conductas típicas prohibidas por este delito, la precisión de los medios empleados, la relevancia o no del consentimiento, el momento de la consumación y las formas imperfectas de su realización.<sup>15</sup>

En atención a ello, se han adoptado diversas medidas para favorecer una mayor aplicación del tipo penal de trata de personas:

- Desde el ámbito judicial, en aras de garantizar una mayor aplicación del delito de trata de personas, y con la intención de distinguirlo de otros delitos que presentan una redacción similar, el Poder Judicial expidió el Acuerdo Plenario N° 003-2011/CJ-116, titulado “*Delitos contra la libertad sexual y trata de personas: diferencias típicas y penalidad*”.
- Desde el ámbito legislativo, mediante Ley N° 30251, “*Ley que perfecciona la tipificación del delito de trata de personas*”,<sup>16</sup> se modificó el artículo 153 del C.P. (delito de trata de personas), a fin de aclarar la redacción y distinguir los distintos elementos del tipo penal (conducta típica, medios comisivos, finalidad de explotación, consentimiento de la víctima, etc.).

<sup>13</sup> CAPITAL HUMANO Y SOCIAL ALTERNATIVO (CHS) IV Informe Alternativo. Principales Hallazgos (2015-2016). Balance de la sociedad civil sobre la situación de la trata de personas en el Perú 2015-2016. Pág. 20.

<sup>14</sup> “Política Nacional contra la Trata de Personas y sus formas de explotación”, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2015-JUS. Págs. 124-125. Disponible en: <http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2015/04/POLITICA-Frente-a-la-Trata-de-Personas-f.compressed.pdf> (consultado el 26 de octubre del 2016).

<sup>15</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de trata de personas. OIM-Idehpucp. Lima, 2012. Pág. 49.

<sup>16</sup> Del 21 de octubre del 2014.



## 5. Bien jurídico protegido

No obstante, a pesar de las medidas adoptadas, consideramos que todavía existen problemas en la aplicación del tipo penal. Uno de los aspectos que condiciona la aplicación del delito de trata de personas, por ejemplo, es el tema del bien jurídico protegido.

Por un lado, el delito de trata de personas (previsto en el artículo 153 del Código Penal), se encuentra ubicado en el Capítulo I (Violación de la Libertad Personal) del Título IV (Delitos contra la Libertad) del Libro Segundo del Código Penal. En razón a dicha ubicación, se infiere lógicamente que dicho delito tutela la libertad personal. Sin embargo, este no es un criterio uniforme, especialmente porque en el plano internacional y comparado existen otras posiciones sobre el mismo.

Por ello, mediante Acuerdo Plenario N° 3-2011/CJ-116, titulado “*Delitos contra la libertad sexual y trata de personas: diferencias típicas y penalidad*”, del 6 de diciembre del 2011, los magistrados de las salas penales de la Corte Suprema de Justicia de la República analizaron los elementos del tipo penal de trata de personas. Con respecto al bien jurídico protegido por este delito, señalaron lo siguiente:

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.<sup>17</sup>

A partir de este acuerdo plenario, como es lógico, los diversos órganos jurisdiccionales a nivel nacional se han pronunciado asumiendo a la libertad personal como bien jurídico protegido por el delito de trata de personas. No obstante, lo que se ha advertido a la fecha es que la invocación de la libertad como bien jurídico protegido se ha realizado de manera negativa, a fin de limitar la aplicación del tipo penal e, inclusive, promoviendo la impunidad en auténticos casos en donde se verificó la cosificación y explotación de las víctimas.

A modo de ejemplo, se tienen los siguientes casos:

- En la sentencia de fecha 23 de enero del 2013 (Exp. N° 01815-2010-71-2001-JR-PE-02)<sup>18</sup>, el Juzgado Penal Colegiado “A” de la Corte Superior de Justicia de Piura decidió absolver a 4 procesados<sup>19</sup> por el delito de trata de personas en agravio de Gina Ivone Pinchi Calampa. Previamente, el Ministerio Público, en su acusación, había solicitado formalmente la imposición de penas entre los 15 y 32 años para los procesados.

En este caso, el Juzgado Penal Colegiado señaló que el bien jurídico protegido por el delito de trata de personas lo configura la libertad personal. Y, en atención a

<sup>17</sup> Fundamento jurídico 12°.

<sup>18</sup> Información disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2013/01/Sentencia-caso-La-Noche-1.pdf> (consultado el 13 de diciembre del 2016).

<sup>19</sup> Los procesados fueron: Nilson Baltasar Prado Chicoma, Roycer Del Castillo García, Máximo Polo Mogollón Peña y José Antonio Piscocoya Paz.

ello, uno de los argumentos para declarar la absolución de los procesados fue que no se había evidenciado una afectación a la libertad personal (ambulatoria) de la víctima:

(...) tampoco resulta verosímil que haya estado privada de su libertad ambulatoria, pues ha podido trasladarse a diversos lugares, fuera del night club, entre ellos al Juez de Paz, para la entrega de su menor hija, con lo que también se puede colegir que ha hecho ejercicio de su libertad sexual, de haber sostenido una relación amorosa con una tercera persona no identificada, producto de lo cual gestó y alumbró a su menor hija, aunado que ella misma afirmó haber vivido fuera de las instalaciones de “La Noche”.<sup>20</sup>

- Con fecha 28 de enero del 2016, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (R.N. N° 2349-2014) confirmó la sentencia de fecha 14 de mayo del 2014 expedida por la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, que absolvió a Elsa Cjuno Huilca del delito de trata de personas en agravio de la adolescente D.R.Q. (15 años); al considerar que no se produjo una situación de “explotación” en agravio de la adolescente víctima, a pesar de demostrarse que era menor de edad, laboraba por más de 12 horas en el bar de la procesada como “dama de compañía” y apenas tenía 15 años.

Luego de las críticas desatadas por el fallo, la Corte Suprema emitió un comunicado con fecha 14 de setiembre del 2016 defendiendo la decisión adoptada en el caso, pero señalando además lo siguiente:

(...) 7. Es importante precisar que de acuerdo al artículo 153 del Código Penal que regula el delito de trata de personas, el Fiscal debe probar que el agente o sujeto activo vulnera el bien jurídico que es la libertad de la víctima; lo que no ha ocurrido en el caso de autos, por cuanto la presunta agraviada habría trabajado libremente en el negocio de la imputada, sin estar sometida a amenaza, coacción o violencia alguna o régimen de esclavitud (...).<sup>21</sup>

De hecho, llama la atención que se señale que la víctima ha trabajado libremente en el negocio de la imputada, cuando el propio artículo 153 C.P. establece que la trata de personas, cuando las víctimas sean menores de edad, se configura con la captación, traslado, transporte, acogida, recepción y retención, con fines de explotación, sin necesidad de acreditar medios comisivos. Por tanto, no interesa valorar si la víctima menor de edad ha consentido o no dicha situación, porque de igual modo se configura el delito de trata.

## 6. Justificación

Dicho esto, se advierte claramente cuál es el objetivo del presente estudio: se abordará como tema de investigación *“El bien jurídico protegido por el delito de trata de personas y sus implicancias en la interpretación del tipo penal”*.

<sup>20</sup> Fundamento 6.9.

<sup>21</sup> *“Es inconstitucional condenar a un procesado absuelto: caso Madre de Dios”*. Comunicado de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema Justicia de la República del 14 de setiembre del 2016. Disponible en: [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c89b50004e3ff93a91aafb661656052a/CS\\_D\\_PRONSPPJ\\_15092016.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c89b50004e3ff93a91aafb661656052a](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c89b50004e3ff93a91aafb661656052a/CS_D_PRONSPPJ_15092016.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c89b50004e3ff93a91aafb661656052a) (consultado el 13 de diciembre del 2016).

Los argumentos que justifican la temática escogida son los siguientes:

- Con respecto al bien jurídico, existe un debate actual sobre la viabilidad del concepto de “bien jurídico”, toda vez que se critica su definición y los límites a los que está sujeto. Sin embargo, no se cuestiona su validez desde el ámbito interpretativo, ya que desempeña un papel productivo importante, tanto en la averiguación de la estructura del delito como en la determinación del marco de las acciones comprendidas en el tipo como lesivas del bien jurídico.<sup>22</sup>

Es necesario establecer de manera previa dicha precisión, por cuanto servirá de base para el desarrollo de la tesis que, justamente, exige definir el bien jurídico protegido por el delito de trata de personas y su implicancia en la interpretación del tipo penal.

- En el caso concreto del delito de trata de personas, se advierte que la doctrina se encuentra dividida con respecto al bien jurídico protegido, como se desarrollará con mayor detenimiento más adelante: i) por un lado, un sector sostiene que el bien jurídico protegido es la libertad individual; ii) otro sector considera que el bien jurídico protegido más bien lo constituye la dignidad del ser humano; iii) un tercer sector considera que es la dignidad pero entendida como integridad moral y iv) un último sector entiende que la trata de personas tiene carácter pluriofensivo porque atenta a varios bienes jurídicos.

En esa medida, se propone adoptar una posición sobre el bien jurídico protegido, atendiendo a la esencia de la trata de personas, que implica cosificar al ser humano como objeto. Al respecto, de manera preliminar y como hipótesis de nuestra investigación, asumimos que en la trata de personas el bien jurídico protegido es la **dignidad del ser humano**.

- A partir de la definición del bien jurídico protegido, se realizará una reinterpretación del elemento “*consentimiento de la víctima*” en el delito de trata de personas. En efecto, a partir de afirmar que es la dignidad el bien jurídico protegido, se podría sustentar que en el delito de trata de personas no es posible que la víctima mayor de edad consienta una afectación a su dignidad, en el sentido de permitir ser explotada. Por tanto, los mecanismos establecidos para doblegar la voluntad de la víctima como son la violencia, amenaza, engaño, abuso de situación de vulnerabilidad, etc. no tendrían sentido y deberían ser eliminados, tal como lo regula el ordenamiento jurídico argentino.<sup>23</sup> Este tema también será materia de análisis en la presente investigación.

---

<sup>22</sup> SCHUNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. p 199. En: HEFENDHEL, Roland. La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edición española. Marcial Pons. Madrid, 2007. pp. 197-226.

<sup>23</sup> ARTICULO 1° (Ley 26.842) — Sustitúyese el artículo 2° de la ley 26.364 por el siguiente:

Artículo 2°: Se entiende por trata de personas el ofrecimiento, la captación, el traslado, la recepción o acogida de personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países.

A los fines de esta ley se entiende por explotación la configuración de cualquiera de los siguientes supuestos, sin perjuicio de que constituyan delitos autónomos respecto del delito de trata de personas:

a) Cuando se redujere o mantuviere a una persona en condición de esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad;  
b) Cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados;

Para tales efectos, la presente investigación se abordará de la siguiente manera: i) en el primer capítulo se analizará el tema del Bien Jurídico protegido en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, que permitirá sentar las bases para el desarrollo de la investigación; ii) en el segundo capítulo se desarrollarán las diversas tesis que se han formulado sobre el bien jurídico protegido por el delito de trata de personas, así como las objeciones que se han presentado a cada una de ellas; iii) en el tercer capítulo, quizás el más importante de la tesis, se referirá a la toma de posición de la dignidad del ser humano como bien jurídico protegido, para lo cual se realizará una evaluación histórica de dicho concepto, y se expondrán las razones para considerarla, en el marco del Derecho Penal, como bien jurídico protegido del delito de trata de personas; iv) en el cuarto capítulo se analizarán las implicancias prácticas de asumir a la dignidad como bien jurídico protegido en el delito de trata de personas, específicamente en el ámbito del consentimiento de la víctima; v) finalmente, y a partir de todo lo desarrollado, se formularán las conclusiones respectivas.



---

c) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la prostitución ajena o cualquier otra forma de oferta de servicios sexuales ajenos;

d) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la pornografía infantil o la realización de cualquier tipo de representación o espectáculo con dicho contenido;

e) Cuando se forzare a una persona al matrimonio o a cualquier tipo de unión de hecho;

f) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la extracción forzosa o ilegítima de órganos, fluidos o tejidos humanos.

El consentimiento dado por la víctima de la trata y explotación de personas no constituirá en ningún caso causal de eximición de responsabilidad penal, civil o administrativa de los autores, partícipes, cooperadores o instigadores.

# CAPITULO I

## EL BIEN JURÍDICO PENAL EN EL MARCO DE UN ESTADO CONSTITUCIONAL

### 1.1. La Constitución como norma vinculante en el ordenamiento jurídico

El reconocimiento de la Constitución como instrumento normativo de eficacia directa, en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, es un aspecto indiscutido. De ser una norma política, carente de contenido jurídico vinculante y compuesta por una serie de disposiciones referidas a la labor de los poderes públicos, la Constitución pasó a ser concebida como la norma jurídica suprema del ordenamiento jurídico nacional.<sup>24</sup> En opinión de LANDA ARROYO, esta nueva concepción de la Constitución –denominada Neoconstitucionalismo<sup>25</sup>– implica que ésta desplace a la ley y al principio de legalidad como la fuente suprema del ordenamiento jurídico, lo que no solo implica un cambio de posición jerárquica de las normas, sino que va más allá: exige un cambio en la manera de entender el derecho, la jurisprudencia, la jurisdicción y el rol del propio juez.<sup>26</sup>

En concordancia con lo expuesto, PRIETO SANCHÍS afirma lo siguiente:

(...) Que una Constitución es normativa significa que, además de regular la organización del poder y las fuentes del Derecho –que son dos aspectos de una misma realidad–, genera de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles. Los documentos jurídicos adscribibles al neoconstitucionalismo se caracterizan, efectivamente, porque están repletos de normas que le indican a los poderes públicos, y con ciertas matizaciones también a los particulares, qué no pueden hacer y muchas veces también qué deben hacer. Y dado que se trata de normas y más concretamente de normas supremas, su eficacia ya no depende de la interposición de ninguna voluntad legislativa, sino que es directa e inmediata. A su vez, el carácter garantizado de la Constitución supone que sus preceptos pueden hacerse valer a través de los procedimientos jurisdiccionales existentes para la protección de los derechos.<sup>27</sup>

Así también lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 05854-2005-AA/TC (fundamento jurídico N° 03):

(...) El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido

<sup>24</sup> LANDA ARROYO, César. La constitucionalización del derecho peruano. Pág. 14. En: Revista Derecho PUCP N° 71. Lima, 2013.

<sup>25</sup> En opinión de PIETRO SANCHÍS, el concepto de Neoconstitucionalismo tiene 3 acepciones principales: i) un cierto tipo de Estado de Derecho, designando el modelo institucional de una determinada forma de organización política; ii) una teoría del derecho; iii) la ideología que justifica o defiende la fórmula política así designada. Para mayor información, se recomienda revisar. PIETRO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. Pág. 201-202. En: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM) No 5 (2001).

<sup>26</sup> LANDA ARROYO, César. La constitucionalización del derecho peruano. Pág. 14 y 15. En: Revista Derecho PUCP, n° 71, 2013.

<sup>27</sup> PIETRO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. Pág. 205. En: AFDUAM 5 (2001).

dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto.

Es decir, significó superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria, que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso -de la mano del principio político de soberanía popular- al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder devino entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo.

En conclusión, la Constitución se entiende actualmente como una norma jurídica vinculante, cuyas disposiciones deben ser acatadas de manera directa por funcionarios estatales, políticos, operadores jurídicos y ciudadanos.

Cabe indicar además que, en este nuevo modelo de Estado Constitucional de Derecho, las características que lo definen son las siguientes: el predominio de los principios sobre las reglas; el empleo frecuente de la técnica de la ponderación en detrimento de la subsunción; la presencia relevante y activa de los jueces por encima de los legisladores, el reconocimiento del pluralismo valorativo en oposición a lo que sería una homogeneidad ideológica y, finalmente, el constitucionalismo invasivo que penetra en todas las áreas del Derecho,<sup>28</sup> que incluye también al Derecho Penal.

## **1.2. El Derecho Penal y la Constitución**

### **1.2.1. Antecedentes y experiencia comparada**

Queda claro que, en este nuevo modelo, la Constitución irradia su fuerza normativa a todos los ámbitos normativos del ordenamiento jurídico, que incluye, en definitiva, al Derecho Penal. Sin embargo, hay que aclarar que esta situación es el resultado de un proceso evolutivo, que ha presentado distintos matices en los Estados, inclusive hasta el día de hoy:

- a) Tradicionalmente, las relaciones entre la Constitución y el Derecho Penal eran débiles, toda vez que se trataban de dos órdenes normativos independientes, que apenas se vinculaban en la fase de creación de normas, en la medida que el legislador solo debía respetar el proceso de producción normativo establecido en la Norma Fundamental. En otros términos, si la ley ordinaria no podía violar la ley fundamental, el Derecho Penal no podía entrar en contradicción con la Constitución.<sup>29</sup>
- b) Paralelamente, en las primeras declaraciones internacionales sobre derechos humanos existían normas que se referían a la actividad punitiva del Estado, las que posteriormente fueron incorporadas a las constituciones de los Estados. No obstante, en concordancia con la convicción de la época, dichas normas tenían carácter programático, en la medida que únicamente establecían los objetivos que

<sup>28</sup> PIETRO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En: Neoconstitucionalismo (s). Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trota, 2005. Pp. 131 y 132. Citado en: HERNANDO NIETO, Eduardo. Neoconstitucionalismo y Teoría de la Argumentación Jurídica: ¿Son realmente proyectos convergentes? Pág. 330. En: Ius Et Veritas. N° 36.

<sup>29</sup> TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Sistema Penal y Estado de Derecho. Ensayos de Derechos Penal. Ara Editores. Lima, 2010. p. 21.

debía cumplir el legislador al momento de diseñar las normas penales, más no eran consideradas límites estrictos a respetar, en la medida que la decisión final estaba en manos de aquel.

Tal como lo sostiene el Tribunal Constitucional:

(...) La relación existente entre el Derecho Penal y la Constitución no es reciente sino más bien viene asentándose progresivamente desde inicios del constitucionalismo. Ya en el artículo 8° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se contenían las ideas fundamentales para limitar la acción del Estado cuando éste ejerce su poder punitivo. En efecto, en el referido artículo se establecía que “La ley no debe establecer más penas que las estricta y manifiestamente necesarias”, aludiéndose claramente a la obligación del Legislador de respetar el principio de proporcionalidad en la determinación de las penas, al postulado de subsidiariedad del Derecho Penal, así como a la exigencia de que sea la “ley” el instrumento jurídico que establezca las penas aplicables a los ciudadanos. Si bien las referidas ideas fundamentales se presentaban inicialmente como fórmulas programáticas y políticas, se han venido repitiendo en las Constituciones y en los Códigos Penales con diversa amplitud y precisión.<sup>30</sup>

De lo expuesto se entiende entonces que la Constitución, en tanto programa político y carente de eficacia vinculante, únicamente establecía las pautas político-criminales sobre la que el legislador, con un amplio margen de discrecionalidad, daba vida al ordenamiento jurídico penal.

Posteriormente, con los procesos de constitucionalización y democratización acaecidos en Europa occidental, después de la Segunda Guerra Mundial, las constituciones políticas adquirieron, de manera progresiva, una especial importancia, concibiéndose como un cuerpo normativo fundacional y –a diferencia de la etapa anterior- vinculante, para todos los órganos de los Estados.<sup>31</sup> A partir de allí es que se produce la expansión del Derecho Constitucional en todos los sistemas jurídicos sociales, incluyendo evidentemente al Derecho Penal.

Sin embargo, como señaláramos, este proceso no ha sido uniforme en todos los países. Al respecto, es ilustrativa la afirmación del profesor TIEDEMANN, a propósito del poco análisis realizado por la doctrina alemana sobre las relaciones entre el Derecho Penal y la Constitución:

Naturalmente que se puede encontrar algo positivo en ese mencionado retraimiento de la doctrina alemana, en lo que supone de expresión de la extendida y correcta opinión de que el orden de valores jurídico-constitucional y el orden legal jurídico penal son espacios relativamente autónomos, que tienen sus presupuestos respectivos en diferentes objetivos y finalidades del actuar humano, que muestran regulaciones diferenciadas y, en todo caso, que la Constitución concede al legislador ordinario un amplio margen de libertad para la configuración del ordenamiento penal, todo ello sin perjuicio de la validez teórica de postulados teóricos vinculantes como el de la “unidad del ordenamiento jurídico” o de expresiones como la de que el Derecho Penal es la ley a través de la cual se realiza la Constitución.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> STC. Exp. N° 012-2006-AI/TC (fundamento jurídico N° 1).

<sup>31</sup> MONTOYA VIVANCO, Yván. Aproximaciones a una funcionalización constitucional de la teoría del delito. Pág. 112. En: Revista Derecho PUCP, n° 71, 2013.

<sup>32</sup> TIEDEMANN, Klaus. Constitución y Derecho Penal. p. 148. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Año 11. Núm. 33. Septiembre-Diciembre 1991. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. En esa línea,

Distinto fue el derrotero seguido en Italia, en donde el enfoque constitucionalista no solo supuso que el Derecho Penal no pueda ser incompatible con la Constitución, sino que inclusive esta última debía establecer el fundamento y las bases de aquel. Cabe precisar que el desarrollo del enfoque constitucionalista en este país se produjo también por determinados factores particulares: a) la tradición constitucionalista surgió como remedio a la clásica estructura del “Código Penal de Rocco” de 1930, que solo había recibido modificaciones concretas y contenía un cuadro de valores desfasado; b) la estructura de la Constitución italiana de 1947 permitía formular soluciones adecuadas ante la deficiencia advertida en el referido Código de Rocco.<sup>33 34</sup>

A partir de esta aproximación constitucionalista, se postulan dos modelos:<sup>35</sup>

- I. *El modelo fuerte*, que comienza con FRANCO BRÍCOLA y que afirmaba que en la Constitución se encuentra escrito todo el catálogo de los bienes jurídicos más importantes que la ley penal está legitimada a tutelar, siempre que sea necesario intervenir con la pena. Por ende, la Constitución no es un simple límite para el legislador penal, sino que constituye el fundamento casi “a priori” del Código y de la legislación penal. En opinión de DONINI, este modelo es demasiado rígido y cerrado, por lo que actualmente nadie lo suscribe de manera íntegra.
- II. *El modelo débil*, que privilegia la idea de un sistema más abierto y con menos vínculos. En ese sentido, si bien la Constitución establece principios, estos podrán ser desarrollados en términos de decisiones políticas.

En esencia, y más allá de los modelos expuestos, lo que se rescata es la eficacia que se le reconoce a la Constitución en el proceso de elaboración y concretización de los delitos en la experiencia italiana, que servirá de pauta para otros países en la adopción de modelos que expliquen el vínculo entre el Derecho Penal y el Derecho Constitucional.

## 1.2.2. El “Programa Penal de la Constitución” y la “Constitucionalización” del Derecho Penal

### a. Doctrina

Sobre la base de lo expuesto precedentemente, ahora es necesario analizar lo que se ha denominado “Programa Penal de la Constitución”, término acuñado por el profesor LUIS

---

MONTOYA VIVANCO -citando a MUÑOZ CONDE- afirma que muchos penalistas alemanes en su momento mostraron un desprecio a la Constitución de la República de Weimar, por lo que no solo se trataría de un tema de desconocimiento de la Constitución, sino también de animadversión hacia ella. En: MUÑOZ CONDE, Francisco. Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. p. 104. CITADO EN: MONTOYA VIVANCO, Yván. Aproximaciones a una funcionalización constitucional de la teoría del delito. Pág. 112. En: Revista Derecho PUCP, n° 71, 2013.

<sup>33</sup> DONINI, Massimo. Un Derecho Penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana. P. 26. En: Revista Penal No. 8 (2001).

<sup>34</sup> Cabe precisar que, si bien en Italia se advierte un desarrollo mucho mayor del enfoque constitucionalista en el Derecho Penal, también es cierto que esta aproximación descuidó la atención respecto a la elaboración dogmática; todo lo contrario a lo ocurrido en Alemania, en donde el desarrollo dogmático ha tenido su mayor desarrollo. Al respecto, ver en: DONINI, Massimo. Un Derecho Penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana. P. 30 y ss. En: Revista Penal No. 8 (2001).

<sup>35</sup> En este punto seguimos a DONINI, Massimo. Principios constitucionales y sistema penal. Modelo y programa. p. 40 y ss. En: MONTOYA VIVANCO, Yván (coordinador). Críticas al funcionalismo normativista y otros temas actuales del Derecho penal. Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Palestra editores. Lima, 2011.



ARROYO ZAPATERO y que, en opinión del profesor BERDUGO GOMEZ, alude a que la Constitución contiene una serie de principios cuya vigencia delimita un marco político-criminal general en el que necesariamente deben situarse el legislador, el juez y el estudioso del Derecho penal.<sup>36</sup>

En el mismo sentido, DEMETRIO CRESPO afirma que el “*Programa Penal de la Constitución*” es concebido como el marco en el que tendría que inspirarse tanto la labor del legislador para la creación de las normas –que deberá ser coherente con los valores e intereses de naturaleza constitucional que dotan de cohesión al ordenamiento jurídico–, como la del juez a la hora de interpretar y aplicar las leyes.<sup>37</sup>

Similar posición tiene TERRADILLOS BASOCO, al manifestar que el “*Programa Penal Constitucional*” es el conjunto de postulados político-criminales que integran el marco normativo, en cuyo seno el legislador debe tomar sus decisiones y el juez extraer sus criterios interpretativos y aplicativos.<sup>38</sup> Aunque hace una notable precisión:

(...) No es tarea del Derecho penal la de dar acogida a los intereses, valores, principios y derechos constitucionales, asumiendo la ingente tarea de asegurar su vigencia. Comparte tal cometido con todo el ordenamiento jurídico, en el que se integra como limitado sector. Que, como tal, no traduce el todo, aunque no puede entrar en contradicción con él.<sup>39</sup>

En otros términos, la Constitución brinda los contenidos mínimos necesarios sobre los cuales el legislador deberá configurar el sistema normativo penal en su integridad (incluyendo las normas procesales y penitenciarias) y los jueces adoptarán sus decisiones. De no respetarse estos contenidos, las normas aprobadas serán directamente incompatibles con dichos principios, dada la eficacia vinculante que tiene la Norma Fundamental.

Para el profesor SAN MARTÍN CASTRO<sup>40</sup>, el Derecho Penal tiene un vínculo más amplio con la Constitución, a saber:

- a) Con el “*Programa Penal de la Constitución*”, entendido como el conjunto de postulados político-jurídicos y político-criminales que constituyen el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que les corresponde aplicar.
- b) Con el “*Derecho Penal Constitucional*”, integrado por los valores superiores del ordenamiento jurídico, los preceptos que consagran derechos fundamentales (dignidad de la persona, justicia, libertad, etc.), las normas que regulan conceptos

<sup>36</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Viejo y Nuevo Derecho Penal. Principios y desafíos del Derecho Penal de hoy. Iustel. 1era edición. Madrid, 2012. p. 108.

<sup>37</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Constitución y sanción penal. En: Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales N° 1, 2013 (julio). p. 59.

<sup>38</sup> TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Sistema Penal y Estado de Derecho. Ensayos de Derechos Penal. Ara Editores. Lima, 2010. p. 21.

<sup>39</sup> TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Sistema Penal y Estado de Derecho. Ensayos de Derechos Penal. Ara Editores. Lima, 2010. p. 22.

<sup>40</sup> SAN MARTÍN CASTRO, César. Jurisdicción constitucional y justicia penal: problemas y perspectivas. p. 416-417. En: Revista Derecho PUCP. N° 57 (2004).

del sistema penal (inviolabilidad e inmunidad de altos dignatarios, unidad jurisdiccional, conducción por el Ministerio Público de la investigación del delito, etc.) y los preceptos sobre mandatos, prohibiciones y regulaciones que afectan directamente al derecho penal (proscripción de las penas y tratos inhumanos y degradantes, las normas de garantía de la libertad personal frente a la privación de la libertad, etc.).

Es importante resaltar que estos contenidos mínimos establecidos en la Constitución deben ser respetados por todos los operadores jurídicos, especialmente por el legislador, por lo que el juez cumple un rol fundamental de garante en el cumplimiento de las disposiciones de la Norma Fundamental. Sobre este aspecto, cabe precisar lo siguiente:

- El Tribunal Constitucional es la entidad encargada de vigilar la eficacia normativa de la Constitución, a través de la doctrina legal constitucional que vincula a todos los órganos del Poder Judicial.<sup>41</sup> En esa medida, debe velar por el cumplimiento de los principios penales fundamentales contenidos en la Norma Fundamental, en el marco de los procesos constitucionales que conoce.
- Sin embargo, ello no quiere decir que los tribunales ordinarios no puedan invocar la Constitución al momento de aplicar la ley penal al caso concreto; al contrario, están obligados a hacerlo, en tanto norma directamente vinculante. No obstante, sus decisiones deben respetar los criterios adoptados por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia. Tal como se reconoce en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional<sup>42</sup>: “(...)los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.

Finalmente, queda señalar que los principios constitucionales reconocidos como parte del “Programa Penal de la Constitución”, protegen a los ciudadanos de un derecho penal inconstitucional, aunque no contra una mala política criminal, dada la libertad reconocida al legislador ordinario para resolver a su prudente arbitrio los problemas concretos que se plantean.<sup>43</sup>

## **b. Jurisprudencia**

Exista también jurisprudencia constitucional en la que se hace expresa la necesidad que el sistema jurídico penal del Estado se elabore respetando los principios y normas político-criminales consagradas en la Constitución. Sin embargo, el reconocimiento del denominado “Programa Penal de la Constitución”, por parte del Tribunal Constitucional, ha ido en evolución en el transcurso de los años.

Al respecto, en la sentencia recaída en el Exp. N° 005-2001-AI/TC (fundamento jurídico N° 2), se señaló lo siguiente:

<sup>41</sup> SAN MARTÍN CASTRO, César. Jurisdicción constitucional y justicia constitucional: problemas y perspectivas. p. 402. En: Revista Derecho PUCP. N° 57 (2004).

<sup>42</sup> Ley N° 28237, vigente desde el 1 de diciembre de 2004.

<sup>43</sup> SAN MARTÍN CASTRO, César. Constitución, Tribunal Constitucional y Derecho Penal nacional. Pág. 152. En: SAN MARTÍN CASTRO, César. Estudios de Derecho Procesal Penal. Ed. Grijley. Lima, 2012.

(...) El poder punitivo del Estado tiene límites impuestos por la Constitución. No puede ser arbitrario ni excesivo. Debe ser congruente con los principios constitucionales y razonablemente proporcionados no sólo al hecho delictivo, sino también al bien jurídico protegido.

En este caso, el máximo intérprete de la Constitución indicó que la tipificación de los delitos, como manifestación de la potestad punitiva, debe realizarse de conformidad con los principios constitucionales aplicables, aunque solo menciona al principio de proporcionalidad, que se vincula tanto con el hecho delictivo como con el bien jurídico protegido. Se tiene la impresión de que el Tribunal, en esa época, tenía la concepción de que los límites al *ius puniendi* eran amplios, brindando un gran ámbito de discrecionalidad al legislador.

Esta situación se modificaría con el transcurso del tiempo. Así, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Exp. N° 0017-2011-AI/TC, (fundamento jurídico 4), manifestó lo siguiente:

Este Tribunal ha reiterado que la existencia de una Constitución normativa limita el tradicional espacio de libertad que tuvo el Parlamento en el Estado Legal de Derecho para determinar los delitos y las penas, así como para regular el proceso penal. Y es que en el Estado Constitucional, el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución Penal vienen redimensionados por la influencia de los principios, valores y derechos constitucionales. (Exp. N° 0012-2006-PI). Conforme a lo expuesto, el Legislador no tiene una «discrecionalidad absoluta» para establecer las conductas que puedan resultar punibles o los límites máximos o mínimos de la pena, pues debe respetar las garantías materiales previstas en la Constitución. Entre ellos, los principios limitadores de la potestad punitiva del Estado como legalidad o lesividad, así como no limitar derechos fundamentales u otros bienes constitucionales de modo desproporcionado.

En este caso, se advierte claramente que, para el Tribunal Constitucional, los principios contenidos en la Constitución establecen límites infranqueables a la labor del Parlamento, reduciendo los espacios de discrecionalidad que siempre van a existir.

Pero no solo es el Tribunal Constitucional quien realiza el reconocimiento de los principios basilares del ordenamiento penal –esto es, el Programa Penal de la Constitución–, sino también el Poder Judicial, a través del Acuerdo Plenario 5-2006/CJ-116: “*Declaración de contumacia en la etapa de Enjuiciamiento. Presupuestos materiales*” (fundamento 6) de las salas penales de la Corte Suprema de Justicia:

La Constitución Política, en función a la jerarquía de las normas que la integran y a los principios y valores que entraña, vincula rigurosamente al legislador y a los jueces. En esta perspectiva se concibe el denominado “Programa Penal de la Constitución”, que contiene el conjunto de postulados político jurídico y político criminales que constituyen el marco normativo en el seno del cual el Legislador penal puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el Juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponde aplicar. Entre los preceptos que lo integran e incorpora el texto constitucional se encuentran aquellos que regulan los derechos de los justiciables y el modo o forma en que el Estado ha de conducirse para la determinación de la responsabilidad penal de las personas.

Por su parte, a nivel comparado, la **Corte Constitucional de Colombia** en la sentencia C-366/14 (fundamento jurídico N° 4), explica con mayor detalle el proceso de “Constitucionalización del Derecho Penal” que hemos descrito anteriormente:

(...) Así, ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el ius puniendi debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas.

Pero lo anterior no implica que la Constitución haya definido de una vez por todas el derecho penal, puesto que el Legislador, obviamente dentro de los marcos fijados por la propia Carta, tiene ante sí un espacio relativamente autónomo, caracterizado, a su turno, por unos valores, presupuestos y finalidades propios, pese a su acentuado grado de constitucionalización. Así, a través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, el Estado tipifica las conductas prohibidas y fija las condignas sanciones (principio de legalidad de la pena) y en este quehacer histórico acoge y abandona distintas y sucesivas filosofías punitivas, que pueden ser más o menos drásticas, según el propio Legislador lo considere políticamente necesario y conveniente.<sup>44</sup>

Este fallo es importante, porque si bien se reconoce que el legislador debe sujetarse a los lineamientos dispuestos por la Constitución para elaborar el ordenamiento jurídico penal, todavía es necesario que cuente con un ámbito de discrecionalidad que le permita concretar dicho objetivo.

En virtud a lo expuesto, queda evidenciado que existe un reconocimiento, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia -nacional e internacional- de lo que se ha denominado el “*Programa Penal de la Constitución*”, referido a ciertos principios fundamentales, recogidos en la Carta Fundamental, que delimitan, orientan y definen el diseño del sistema penal. Asimismo, dada la eficacia directa y vinculante que detenta la Constitución, estos principios no constituyen meras normas programáticas, sino que establecen contenidos mínimos sobre los cuales se debe diseñar e interpretar el derecho penal, por lo que vincula tanto al legislador como al juez.

### **1.2.3. La influencia de la Constitución en la dogmática penal**

El vínculo que existe entre el Derecho Penal y la Constitución se concretiza, como vimos, a través del Programa Penal de la Constitución.

En efecto, los principios y valores recogidos en la Norma Fundamental establecen contenidos mínimos que deben ser respetados por el legislador (al momento de crear normas) y por el juez (al momento de interpretarlas). Al respecto, si bien es evidente el papel que cumplen los principios constitucionales en tanto límites para el legislador (por

<sup>44</sup> Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-366-14.htm> (consultado el 15 de setiembre de 2015).

ejemplo, una ley que no cumple con determinar de manera precisa y exacta la conducta típica vulneraría el principio de legalidad), no queda claro el rol que cumple la Constitución al momento de la interpretación y posterior aplicación de la norma al caso concreto, realizada por los operadores jurídicos (jueces, fiscales, abogados).

En este último caso, tal como lo afirma el profesor BERDUGO, el contenido del sistema penal generado por la dogmática tiene que considerarse, al igual que el ordenamiento jurídico penal del que se deriva, en el marco del modelo social constitucionalmente diseñado, e incorporar las exigencias político-criminales vinculadas al mismo, pues las decisiones de utilización del Derecho penal tienen que quedar necesariamente dentro del marco constitucional.<sup>45</sup>

Se infiere, entonces, que existen nuevos espacios en los que la Constitución actúa sobre el Derecho Penal: ya no solo constituye un parámetro valorativo sobre el cual se debe establecer límites a la legislación penal, sino que también constituye un criterio esencial en la aplicación práctica de la norma penal al caso concreto. Por tanto, la Constitución condiciona necesariamente el catálogo de los delitos, el de las penas a las que se puede recurrir, y la dogmática que de ellos se deriva. Consecuentemente, la Constitución obliga al legislador penal cuando establece el contenido de las leyes, pero también al juez cuando las aplica.<sup>46</sup>

En ese contexto, las implicancias que el Neoconstitucionalismo tiene sobre el Derecho Penal y sobre la dogmática penal serían, por ejemplo, las siguientes:

- El delito ya no se concibe como el conjunto de normas (concebidas solo como reglas) jurídicas que asocian al delito, como presupuesto, penas o medidas de seguridad; sino como un conjunto de normas (entendidas como reglas), valoraciones y principios jurídicos que desvaloran y prohíben la comisión de delitos y asocian a estos como presupuestos, penas o medidas de seguridad. La inclusión de las valoraciones y principios -contenidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos- dentro de la aplicación de la norma penal es el aspecto innovador que trae la Constitucionalización del Derecho Penal.<sup>47</sup>
- La asunción de la ponderación como fórmula previa para determinar, en los casos difíciles pero también en no pocos casos comunes, el alcance concreto que tiene una norma-regla penal. Por ejemplo, ello ocurre al momento de evaluar las causas de exclusión de un injusto típico, especialmente los supuestos de ejercicio legítimo de un derecho: este sería el caso de la aplicación del tipo penal de difamación y la relación conflictiva que subyace entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor.<sup>48</sup> De otro lado, también se realiza una acción ponderativa en: i) la interpretación del tipo penal en casos difíciles o trágicos, o que presuponen una

<sup>45</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Viejo y Nuevo Derecho Penal. Principios y desafíos del Derecho Penal de hoy. Iustel. 1era edición. Madrid, 2012. p. 105.

<sup>46</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Viejo y Nuevo Derecho Penal. Principios y desafíos del Derecho Penal de hoy. Iustel. 1era edición. Madrid, 2012. p. 108 y 109.

<sup>47</sup> MONTROYA VIVANCO, Yván. Aproximaciones a una funcionalización constitucional de la teoría del delito. Pág. 117. En: Revista Derecho PUCP, n° 71, 2013.

<sup>48</sup> La ponderación, como técnica para determinar la prevalencia entre el derecho al honor y la libertad de expresión e información, fue reconocida en el Acuerdo Plenario N° 3-2006/CJ-116 (Delitos contra el honor personal y derecho constitucional a la libertad de expresión y de información).

materia altamente conflictiva (p. ej. con las lesiones consentidas); y ii) la aplicación de la imputación objetiva en un caso concreto, específicamente al momento de evaluar la categoría referida al “riesgo permitido”.<sup>49</sup>

- La ruptura con el formalismo jurídico o la hermenéutica legalista. Al respecto, se afirma que la dogmática penal ya no puede justificar la interpretación de la ley en el clásico criterio del “sentido literal posible”, al ser un referente débil y graduable. En ese sentido, el Tribunal Constitucional español (STC 129/2008) estableció un nuevo estándar de valoración para la interpretación de la ley, basado en la seguridad jurídica a través de la razonabilidad semántica, axiológica y metodológica.<sup>50</sup>
- El Neoconstitucionalismo, en cuanto teoría del Derecho, también se proyecta en la función dogmática y político-criminal del bien jurídico.<sup>51</sup> Al respecto, ALONSO ÁLAMO afirma que la teoría del Derecho neoconstitucionalista penetraría en la dogmática de la parte especial delimitando el alcance de la protección del bien jurídico, de acuerdo con la dogmática de los derechos fundamentales.<sup>52</sup>

Estas son pues, algunas manifestaciones de la influencia que tiene la Constitución en la aplicación del Derecho Penal que, a nuestro parecer, todavía no se encuentra cerrada. Tal como lo afirma el profesor TIEDEMANN: *“Un cierto ámbito de las cuestiones fundamentales de la dogmática penal están abiertas a la influencia directa del orden constitucional, es decir, en cierto modo se encuentran a la vez dentro de las fronteras de la Constitución y en vinculación con la política criminal”*.<sup>53</sup>

En el caso peruano, por ejemplo, la influencia del derecho constitucional sobre la dogmática penal se ha concretizado en diversas oportunidades a través del Tribunal Constitucional, mediante la asunción de un rol activo en cuanto se refiere a determinar y otorgar contenido, a través de sus sentencias, a las instituciones penales, haciéndolas conformes, de manera concreta o abstracta, con la Constitución.<sup>54</sup>

Ello ocurrió, por ejemplo, en la sentencia recaída en el Exp. N° 0010-2002-AI/TC, en la que, entre otras cosas, se reinterpreto el delito de apología, regulado en el artículo 316 del Código Penal,<sup>55</sup> a fin de adaptarlo al nivel mínimo exigido por la Constitución. En ese sentido, el máximo intérprete de la Constitución señaló lo siguiente (fundamento 88):

---

<sup>49</sup> MONTOYA VIVANCO, Yván. Aproximaciones a una funcionalización constitucional de la teoría del delito. Págs. 118-119. En: Revista Derecho PUCP, N° 71, 2013.

<sup>50</sup> MONTOYA VIVANCO, Yván. Aproximaciones a una funcionalización constitucional de la teoría del delito. Págs. 120-122. En: Revista Derecho PUCP, N° 71, 2013.

<sup>51</sup> ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos. p. 65. En: Estudios penales y criminológicos. Vol. XXIX (2009). Universidad Santiago de Compostela.

<sup>52</sup> ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos. p. 66. En: Estudios penales y criminológicos. Vol. XXIX (2009). Universidad Santiago de Compostela.

<sup>53</sup> TIEDEMANN, Klaus. Constitución y Derecho Penal. p. 148. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Año 11. Núm. 33. Septiembre-Diciembre 1991. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

<sup>54</sup> LANDA ARROYO, César. La constitucionalización del derecho peruano. Pág. 25. En: Revista Derecho PUCP, n° 71, 2013.

<sup>55</sup> Artículo 316.- Apología

El que públicamente hace la apología de un delito o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

(...) Finalmente, no es ajeno al Tribunal Constitucional que, detrás de tipos penales de esta naturaleza, en ocasiones se ha pretendido silenciar la expresión de grupos minoritarios u opositores al régimen de turno. Por ello, el Tribunal considera que, en el resguardo de estas libertades, los jueces del Poder Judicial deben ser especialmente sensibles en su protección, y por lo tanto, deberán aplicar estos tipos penales de conformidad con el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 13. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, esto es, en el sentido de que lo prohibido es la apología que constituya incitación a la violencia o a cualquier otra acción ilegal.

En consecuencia, la aplicación de este artículo 316 del Código Penal ha de realizarse tomando en consideración los criterios de merecimiento de pena en función de la gravedad del hecho. De ahí que no cualquier expresión de opinión favorable sobre un acto terrorista, o su autor, constituya delito; sino que deben respetarse ciertos límites. Estos son:

- a) Que la exaltación se refiera a un acto terrorista ya realizado;
- b) Que cuando la apología se refiera a la persona que haya cometido el delito, esta debe tener la condición de condenada por sentencia firme;
- c) Que el medio utilizado por el apologista sea capaz de lograr la publicidad exigida por el tipo penal, es decir, que debe tratarse de una vía idónea para propalar el elogio a un número indeterminado de personas; y,
- d) Que la exaltación afecte las reglas democráticas de pluralidad, tolerancia y búsqueda de consenso.

Por lo expuesto, se advierte que la conexión entre la dogmática penal y la Constitución es necesaria, toda vez que ésta última, tal como lo señaló Hassemer, (...), *no se ocupa de nada distinto de aquello de lo que se han ocupado las tradiciones penales desde Beccaria y Feuerbach: los límites a los que ha de someterse al Estado que ejerce el poder punitivo en interés de la protección de los derechos humanos de todos los intervinientes en un conflicto penal.*<sup>56</sup>

### **1.3. El principio de Lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos como parte del Programa Penal de la Constitución**

#### **1.3.1. Definición**

Dentro del Programa Penal de la Constitución se encuentran contemplados diversos principios fundamentales, entre los que se encuentra el principio de lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos. Al respecto, el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal peruano de 1991<sup>57</sup> establece que la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley.

De acuerdo a la doctrina, el principio de *lesividad, ofensividad o exclusiva protección de bienes* jurídicos exige que, para que una conducta sea considerada ilícita, no solo requiere una realización formal, sino que además es necesario que dicha conducta haya puesto en peligro o lesionado a un bien jurídico determinado.<sup>58</sup>

<sup>56</sup> HASSEMER, Winfried ¿Pueden haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? Pág. 96. En: HEFENDEHL, Roland (ed.) La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Marcial Pons. Madrid, 2007.

<sup>57</sup> Aprobado por Decreto Legislativo 635.

<sup>58</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal. Parte General. Ed. Grijley. Lima, 2006. Pág. 94

Cabe señalar que en otras experiencias, como la italiana<sup>59</sup> (de donde además es originario)<sup>60</sup> dicho principio constituye una construcción realizada por la jurisprudencia constitucional, aunque no ha sido utilizado como parámetro decisivo para determinar si una ley penal es constitucional o no, sino más bien como referente de racionalidad de la ley penal.<sup>61</sup> Lo mismo ocurre en Alemania, en donde el principio de protección de bienes jurídicos no presenta una potencia crítica suficiente para cuestionar la validez de los preceptos penales.<sup>62</sup>

En ese sentido, el principio de lesividad u ofensividad no implica proteger todos los bienes jurídicos, sino solo aquellos de relevancia jurídico penal. Así, el profesor HASSEMER manifiesta que el principio de protección de bienes jurídicos no pretende criminalizar toda conducta que vulnere un bien jurídico, sino que más bien exige que toda conducta tipificada como delito se remita a la protección de un bien jurídico porque, de lo contrario, sería terror de Estado.<sup>63</sup>

En consecuencia, el principio de protección de bienes jurídicos debe complementarse con los principios de fragmentariedad y de subsidiariedad,<sup>64</sup> por lo que no puede ser considerado el único criterio para la legitimación de los tipos penales.<sup>65</sup>

De otro lado, el principio de protección de bienes jurídicos tiene las siguientes consecuencias: i) todos los preceptos penales deberán, por principio, proteger bienes jurídicos, ante la puesta en peligro o la lesión al mismo; ii) un Estado no puede pretender imponer una moral, una política o una religión, ya que esto depende de una elección libre del ciudadano y; iii) la potestad punitiva del Estado debe estar al servicio de la mayoría de los ciudadanos, se debe tutelar intereses que pretendan toda la sociedad y no un grupo determinado.<sup>66</sup>

En el mismo sentido, FERRAJOLI afirma que el principio de ofensividad, que presuponga como fin del Derecho Penal la protección de bienes jurídicos, desarrolla una doble función: a) como condición de laicidad del derecho y de las instituciones estatales, en el sentido de que el Derecho Penal solo sancionará las conductas que generen daños a terceros, dejando a salvo aquellas situaciones que pueden calificar de inmorales pero que

---

<sup>59</sup> DONINI, Massimo. Un Derecho Penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana. p. 29. En: Revista Penal No 8 (2001).

<sup>60</sup> RESTREPO RODRÍGUEZ, Diana. Aproximación al concepto de bien jurídico en un Derecho penal colonizado: el caso colombiano. Págs. 145. En: Revista Nuevo Foro Penal No 75, julio-diciembre 2010. Universidad EAFIT.

<sup>61</sup> En opinión de DONINI, los principios constitucionales de política criminales pueden ser divididos en dos grupos: los denominados argumentativos u orientativos (extrema ratio o subsidiariedad) y aquellos que tienen “fuerza de ley” (principio de reserva de ley, de culpabilidad, de taxatividad, etc.). Solo este último grupo puede ser utilizado de manera autónoma por la Corte Constitucional –en la experiencia italiana– como parámetros para anular leyes que contra ellos se opongan. Ver en: DONINI, Massimo. Un Derecho Penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana. p. 29. En: Revista Penal No 8 (2001).

<sup>62</sup> ROXIN, Claus ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? p. 453. En: HEFENDEHL, Roland (ed.) La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Marcial Pons. Madrid, 2007.

<sup>63</sup> HASSEMER, Winfried ¿Pueden haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? Págs. 98 y 103. En: HEFENDEHL, Roland (ed.) La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Marcial Pons. Madrid, 2007.

<sup>64</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal. Parte General. Ed. Grijley. Lima, 2006. Pág. 95

<sup>65</sup> ROXIN, Claus ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? p. 453. En: HEFENDEHL, Roland (ed.) La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Marcial Pons. Madrid, 2007.

<sup>66</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal. Parte General. Ed. Grijley. Lima, 2006. Pág. 96



de ningún modo afecten bienes jurídicos; y b) como principal fundamento de la construcción de un Derecho penal del hecho y no de autor, en la medida que solo se podrá sancionar a las personas por las acciones que realicen en perjuicio de bienes jurídicos de relevancia constitucional o que, habiendo configurado un delito, no produzca ningún daño o peligro al bien jurídico protegido, descartando la imposición de sanciones por el modo de vida de la persona.<sup>67</sup>

### 1.3.2. El principio de lesividad como límite esencial del *ius puniendi*

Como se señaló anteriormente, el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal de 1991 regula el principio de *lesividad*. En ese sentido, si bien tiene reconocimiento en una norma con rango de ley, no está previsto de manera expresa en la Constitución Política de 1993, a partir del cual se podría cuestionar su importancia.

Ante dicho vacío, ha sido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la que lo ha catalogado como un principio esencial y limitante del *ius puniendi*. En efecto, en la sentencia recaída en el Exp. N° 0019-2005-AI/TC (fundamento 35), el máximo intérprete de la Constitución señaló lo siguiente:

El Derecho Penal es la rama del ordenamiento jurídico que regula el *ius puniendi*, monopolio del Estado, y que, por tal razón, por antonomasia, es capaz de limitar o restringir, en mayor o menor medida, el derecho fundamental a la libertad personal. De ahí que, desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como antijurídica, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, sólo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (principio de lesividad). Como resulta evidente, sólo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental.<sup>68</sup>

A partir de la consagración de este principio, de rango constitucional, es que se deben descartar aquellas posturas que apuestan más bien por afirmar que el Derecho Penal no protege bienes jurídicos, sino la vigencia de la norma.

En ese sentido, somos de la opinión que el funcionalismo sistémico, enarbolado por el profesor Gunther Jakobs, no es de recibo en el marco de un modelo neoconstitucionalista, en razón a que: i) establece un sistema penal autorreferencial, que distingue tajantemente entre la política criminal y la dogmática penal<sup>69</sup>, a pesar que la Constitución despliega sus ámbitos en todo el sistema penal; y ii) propone una doctrina que identifica el fin del Derecho penal con la estabilidad y la preservación del orden jurídico mismo, lo que constituye una doctrina prescriptiva inevitablemente autoritaria, idónea para legitimar la ausencia de límites al poder punitivo.<sup>70</sup>

Así también lo señala MIR PUIG:

<sup>67</sup> FERRAJOLI, Luigi. El principio de lesividad como garantía penal. En: Revista Nuevo Foro Penal. Vol. 8, N° 79, julio-diciembre 2012. Universidad Eafit. p. 109-111.

<sup>68</sup> Ver también en: STC. Exp. N° 014-2006-AI/TC, fundamento 11.

<sup>69</sup> MONTOYA VIVANCO, Yván. Aproximaciones a una funcionalización constitucional de la teoría del delito. Pág. 125. En: Revista Derecho PUCP, n° 71, 2013.

<sup>70</sup> FERRAJOLI, Luigi. El principio de lesividad como garantía penal. En: Revista Nuevo Foro Penal. Vol. 8, N° 79, julio-diciembre 2012. Universidad Eafit. p. 104.

(...) Sostener que el Derecho Penal sólo debe proteger bienes jurídico-penales entendidos como intereses fundamentales de los ciudadanos supone rechazar una concepción del Derecho como un sistema normativo cuyo sentido se agota en el mantenimiento de sus propias normas, al estilo del funcionalismo sistémico de Luhmann y Jakobs.<sup>71</sup>

De otro lado, cabe precisar que el Tribunal Constitucional ha establecido otras características del principio de lesividad, o también conocido como de exclusiva protección de bienes jurídicos:

- Del principio de proporcionalidad (reconocido en el Art. 200 de la Constitución), se deriva el test de proporcionalidad, que es utilizado para evaluar la constitucionalidad de una medida legislativa penal que afecte un derecho fundamental. Ya en la evaluación del test de proporcionalidad, al momento de verificar el primer subprincipio, que es el de idoneidad, se debe verificar la existencia de un fin de relevancia constitucional en la medida legislativa penal que limita un derecho fundamental. Esta verificación será uno de los ámbitos en los que se manifestará el aludido principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. En efecto, la prohibición de una conducta mediante la limitación de derechos fundamentales sólo será constitucionalmente válida si ésta tiene como fin la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional, y siempre y cuando la conducta prohibida lesione o ponga en peligro los referidos bienes jurídicos. Precisamente, esta relevancia constitucional del bien jurídico que se pretende proteger y la dañosidad social de la conducta que lesione o ponga en peligro tal bien jurídico justifican que este bien sea merecedor de protección por parte de Estado. (STC. Exp. N° 0012-2006-AI/TC, fundamento 32; Exp. No 0008-2012-AI/TC, fundamento 31).

Esta posición coincide con lo expresado por la doctrina mayoritaria. Al respecto, el profesor MIR PUIG afirma que el principio de proporcionalidad en sentido amplio constituye un límite constitucional que condiciona la legitimidad de la intervención penal, atendiendo a su gravedad. Por tanto, el principio de lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos también puede integrarse en el mismo.<sup>72</sup> En el mismo sentido, PIETRO SANCHÍS manifiesta que la intervención del Derecho Penal estará justificada cuando supere con éxito los siguientes pasos argumentales: existencia de un bien digno de protección e idoneidad de la reacción penal, necesidad de dicha reacción como opción menos gravosa para alcanzar con eficacia la tutela que se procura y, por último, balance razonable entre los inevitables costes de toda pena y los beneficios que pretenden alcanzarse con ella (principio de proporcionalidad en sentido estricto).<sup>73</sup>

<sup>71</sup> MIR PUIG, Santiago. Bases Constitucionales del Derecho Penal. 1º Edición. Iustel. Madrid, 2011. Pág. 113.

<sup>72</sup> MIR PUIG, Santiago. El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho Penal. En: CUERDA ARNAU (Coordinadora). Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con ocasión del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón). Tomo II. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2009. pp.1361- 1362. En el mismo sentido, SAN MARTÍN CASTRO, César. Constitución, Tribunal Constitucional y Derecho Penal nacional. Pág. 169. En: SAN MARTÍN CASTRO, César. Estudios de Derecho Procesal Penal. Ed. Grijley. Lima, 2012; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Bien jurídico y objeto protegible. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. VOL LX, 2007. Ministerio de Justicia. Madrid. Pág. 128.

<sup>73</sup> PIETRO SANCHÍS, Luis. Una perspectiva normativa sobre el bien jurídico. p. 463. En: DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel y GARCÍA AMADO, Juan Antonio (editores). Estudios de Filosofía del Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2006.

Sin embargo, el profesor ROXIN afirma más bien que el principio de protección de bienes jurídicos se complementa con el principio de proporcionalidad, toda vez que “(...) el principio de proporcionalidad, en cuanto punto de referencia, a su vez, presupone un bien a proteger, para lo cual la teoría del bien jurídico puede ofrecer puntos de partida, sin que con ello, sin embargo, se hubiera prefijado la conclusión a alcanzar después de un examen jurídico-constitucional”<sup>74</sup>. Asimismo, señala que “(...) no existe una proporcionalidad en sí misma, sino que necesariamente ha de ponerse en relación la intervención estatal con los objetivos por ella perseguidos, para lo cual las características y la dimensión de la protección de bienes jurídicos juegan un papel importante.”<sup>75</sup>

- La sola existencia de un bien jurídico no implica recurrir automáticamente a la sanción penal para protegerlo, toda vez que: i) es posible lograr los mismos fines a través de medidas menos restrictivas; ii) el legislador goza de un razonable margen de discrecionalidad dentro de lo constitucionalmente posible.<sup>76</sup> De lo contrario, la justicia constitucional estaría decidiendo directamente lo que debe penalizarse, lo que resultaría atentatorio del principio democrático (STC. Exp. N° 0017-2011-AI/TC, fundamento 10).
- En razón del principio de lesividad, el derecho penal tipifica atentados contra bienes de relevancia constitucional y, singularmente, contra derechos fundamentales, procurando su protección (STC. Exp. No 01010-2012-HC/TC, fundamento 5).

De lo expuesto se aprecia que el principio de lesividad ha adquirido la categoría de principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, que además debe regir en el proceso de producción de normas penales. Dicho esto, a continuación se analizará el elemento central sobre el cual se erige dicho principio, que no es otro que el “bien jurídico protegido”.

## 1.4. El bien jurídico penal en el marco de un Estado Constitucional

### 1.4.1. Origen

La creación del concepto de bien jurídico es reconocida al profesor alemán Johan Michael Franz BIRNBAUM durante la primera mitad del siglo XIX, que nació en oposición a la teoría imperante en ese momento, sostenida por Paul Johann Anselm FEUERBACH, que afirmaba que el objeto de protección del delito lo constituían los intereses estrictamente privados de la víctima, esto es, los derechos subjetivos. Al respecto, la consideración material del delito como la lesión de un derecho -en opinión de HORMAZÁBAL- no es

<sup>74</sup> ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. p. 23. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología –RECPC 15-01 (2013). Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf> (consultado el 28 de octubre de 2015).

<sup>75</sup> ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. p. 23. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología –RECPC 15-01 (2013). Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf> (consultado el 28 de octubre de 2015).

<sup>76</sup> De acuerdo al Tribunal Constitucional, “(...) lo que está ordenado por la Constitución es constitucionalmente necesario, lo que está prohibido por la Constitución, es constitucionalmente imposible y lo que la Constitución confía a la discrecionalidad del legislador es tan sólo constitucionalmente posible, porque para la Constitución no es necesario ni imposible”. (Exp. N° 4235-2010-HC, fundamento N° 33).

más que la expresión de la teoría del contrato social en el Derecho penal, afincada en la corriente iluminista que nació como respuesta al Absolutismo.<sup>77</sup>

En ese sentido, BIRNBAUM quería establecer un concepto que identificase al objeto de protección del delito –que era lo que lesionaba el delincuente- más allá de los intereses protegidos por la víctima, o sea, en interés de la sociedad.<sup>78</sup> En esa lógica:

La dañosidad social de una conducta ya no estará determinada por los entorpecimientos a las condiciones de vida en común, sino que por la lesión o puesta en peligro de los bienes. Y los bienes son objetos valorados y dados ya sea por la naturaleza, o por la evolución social y la sociedad burguesa.<sup>79</sup>

Adicionalmente, en la tesis de BIRNBAUM, es el Estado el encargado de fijar los bienes, en tanto es el titular de la soberanía.<sup>80</sup>

De ello se advierte que la teoría del bien jurídico surge con una clara inspiración liberal y con el objetivo de limitar la obra del legislador penal, a fin de acotar los hechos merecedores de pena únicamente a los socialmente dañosos, ofensivos de entidades reales del mundo exterior, dejando todo lo demás fuera del ámbito del Derecho Penal.

Como afirma ALVAREZ GARCÍA:

De esta forma quedaban fuera del Derecho penal no solamente los hechos puramente internos, sin referencia en el mundo exterior, sino que también se abandonaba la concepción claramente teológica que asumió el ilícito penal en la vigilia del movimiento iluminista; es decir: la concepción del delito como un “pecado contra Dios”, como una “desobediencia a la voluntad divina”.<sup>81</sup>

A partir de allí, el Derecho Penal identificó –no sin ciertos tropiezos y vaivenes- como objeto merecedor de protección del delito al bien jurídico, al que además define, delimita y da contenido. Como afirma LASCURAÍN:

El bien jurídico es un instrumento que sirve para condensar el aspecto esencial de la lesividad del delito, la razón genética de su tipificación, la finalidad básica de la contundente reacción estatal que surge contra él. Y esta comprensión sintética del desvalor esencial del delito sirve para precisar sus límites, para ponderar la reacción punitiva adecuada al mismo, para evaluar la legitimidad de su tipificación y de su pena.<sup>82</sup>

Cabe precisar además, siguiendo a MIR PUIG, que no todo bien jurídico es un bien jurídico penal. Para que se produzca ello, es necesario que se cumplan dos condiciones:

---

<sup>77</sup> *Los hombres, ante la inseguridad que supone vivir aislados, deciden organizarse en sociedad y confiar al Estado la conservación del nuevo orden creado. El Estado se erige como garante de las condiciones de vida en común.* En: HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal. IDEMSA. Lima, 2005. Pág. 21

<sup>78</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Acerca de la teoría de bienes jurídicos. Pág. 3-4. En: Revista Penal No 18 (2006).

<sup>79</sup> HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal. IDEMSA. Lima, 2005. Pág. 40

<sup>80</sup> HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal. IDEMSA. Lima, 2005. Pág. 41

<sup>81</sup> ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. Bien jurídico y Constitución. Pág. 6. En: Cuadernos de Política Criminal N° 43 (1991).

<sup>82</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Bien jurídico y objeto protegible. Bien jurídico y objeto protegible. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. VOL LX, 2007. Ministerio de Justicia. Madrid. Pág. 127

i) la importancia social del bien merecedor de tutela jurídico-penal, que implica que una sanción tan grave como la pena responda también a una infracción igualmente grave al interés protegido, y ii) la necesidad de protección penal del mismo, que significa que la tutela del bien jurídico no se satisface con otros medios de defensa (intervención civil, administrativa).<sup>83</sup>

#### 1.4.2. Funciones del bien jurídico

De acuerdo a FEIJÓO SÁNCHEZ, el concepto de bien jurídico sirve para afirmar tres cuestiones básicas del Derecho Penal:<sup>84</sup>

- a) Desde la perspectiva de una teoría general, la función básica que legitima el Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos.
- b) Desde la perspectiva dogmática el injusto penal es, en esencia, lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.
- c) Desde la perspectiva político-criminal, la teoría del bien jurídico nos sirve para discriminar entre criminalizaciones concretas legítimas e ilegítimas. Si no hay bien jurídico, la criminalización es ilegítima.

Bajo estos enfoques, es posible afirmar que el concepto de bien jurídico cumple 3 funciones relevantes, a saber:

**a) Función crítica:** a través del concepto del bien jurídico es que los tipos penales deben legitimarse. En otros términos, los delitos solo tendrán validez si cumplen con tutelar bienes jurídicos, por lo que no serían válidos aquellos delitos que no protegen ningún bien jurídico. Cabe señalar que sobre esta función crítica existe polémica en la actualidad.<sup>85</sup>

Por ejemplo, FEIJÓO SÁNCHEZ identifica diversos inconvenientes que dificultan que la teoría del bien jurídico cumpla una función crítica político-criminal: i) es un concepto que carece de contenido material, y que puede ser maleable ante un contexto histórico determinado; ii) es insuficiente para desarrollar una teoría global del hecho punible, es decir cuándo existe una protección de bienes jurídicos mediante penas legítima; iii) los nuevos criterios para criminalizar conductas (daños cumulativos, principio de precaución), inciden en una mayor protección a bienes jurídicos, pero implican una expansión indebida del derecho penal; iv) es ineficaz para deslindar injustos penales de las infracciones morales.<sup>86</sup>

---

<sup>83</sup> MIR PUIG, Santiago. Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi. En: Estudios Penales y Criminológicos, vol. XIV (1991). Universidad Santiago de Compostela. p. 209. y ss. Disponible en: [http://minerva.usc.es/bitstream/10347/4205/1/pg\\_204-217\\_penales14.pdf](http://minerva.usc.es/bitstream/10347/4205/1/pg_204-217_penales14.pdf) (consultado el 28 de octubre de 2015).

<sup>84</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. El actual debate alrededor de la teoría del bien jurídico. Pág. 1077. En: URQUIZO OLAECHEA, José, SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson y ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (coordinadores). Dogmática penal de Derecho Penal Económico y Política Criminal. Homenaje a Klaus Tiedemann. Vol. II. Universidad San Martín de Porres. Lima, 2011.

<sup>85</sup> Ver en: SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico. Pág. 70 y ss. En: HEFENDEHL, Roland (coordinador). La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, 2007.

<sup>86</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. El actual debate alrededor de la teoría del bien jurídico. Pág. 1091-1112. En: URQUIZO OLAECHEA, José, SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson y ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (coordinadores). Dogmática penal de Derecho Penal Económico y Política Criminal. Homenaje a Klaus Tiedemann. Vol. II. Universidad San Martín de Porres. Lima, 2011.

Adicionalmente, WOHLERS señala que el potencial crítico-sistemático de la teoría del bien jurídico no viene predeterminado a través del concepto de bien jurídico, sino que depende de los baremos que se tienen que incorporar externamente a dicha teoría. Por tanto, la teoría del bien jurídico, por sí misma, no puede ni conducir ni limitar el desarrollo del Derecho Penal.<sup>87</sup>

De lo expuesto, se aprecia que una de las principales críticas contra la teoría del bien jurídico es su imprecisión y vaguedad. Al respecto, es interesante la respuesta del profesor MIR PUIG:

(...) Mientras que el concepto político-criminal de bien jurídico condiciona la legitimidad de una norma penal a que sirva a la protección de valores que la merezcan, la concepción de Jakobs invierte en cierto modo el planteamiento y convierte a la norma en objeto en sí mismo legítimo de la protección penal: la norma pasa de instrumento que necesita ser legitimado por su fin, a fin en sí mismo legitimado. Ello no puede justificarse por el argumento de que el concepto de bien jurídico tampoco ofrece ningún límite porque es un concepto indeterminado: que sea discutible lo que merece ser considerado como un bien necesitado de protección-jurídico penal no significa que tal cuestión no deba discutirse, y exigir la comprobación de aquel merecimiento de protección supone precisamente declarar necesaria tal discusión. En realidad todos los principios generales están necesitados de concreción a través del debate público. Principios como el de democracia o el de igualdad son tan generales que permiten muy diferentes concreciones, pero nadie sensato extrae de ello la consecuencia de que es preferible dejar de invocar tales principios. Y, desde una perspectiva participativa, no ha de verse como un inconveniente, sino como una ventaja fundamental, el hecho de que los principios políticos y político-jurídicos estén abiertos a las opiniones de todos y, por tanto, al consenso democrático.<sup>88</sup>

En esa medida, la presunta “vaguedad” del bien jurídico no debe constituir una dificultad para su validez, ya que esta amplitud es más bien positiva, en la medida que permite un debate democrático para establecer su contenido. De otro lado, no se atiende al hecho de que, si suprimimos el concepto de bien jurídico del Derecho Penal, difícilmente el vacío que deja podrá ser reemplazado por un concepto similar.

Resta señalar que, de acuerdo a la doctrina, la función político criminal del bien jurídico no solo cumpliría funciones críticas sobre tipos penales que no protegen bien jurídico alguno, sino también a la inversa, para legitimar tipos penales controvertidos.<sup>89</sup>

---

<sup>87</sup> WOHLERS, Wolfgang. Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico. pp. 403-404. En: HEFENDEHL, Roland (coordinador). La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, 2007.

<sup>88</sup> MIR PUIG, Santiago. Valoraciones, normas y antijuridicidad penal. p. 434. En: DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel y GARCÍA AMADO, Juan Antonio (Editores). Estudios de filosofía del Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2006.

<sup>89</sup> SCHUNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales, de los tipos penales y de su interpretación. Pág. 224. En: HEFENDEHL, Roland (coordinador). La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, 2007.

**b) Función interpretativa o dogmática:** el bien jurídico constituye un criterio de interpretación esencial para desentrañar el significado de la norma penal, y atribuirle un sentido. Como expone LASCURAÍN:

El recurso al bien jurídico como criterio de interpretación sirve para seleccionar el significado de las palabras de la norma y para excluir aquellas conductas a las que no les sea imputable la lesión del bien jurídico. En la medida en que el bien jurídico incorpora el fin y la génesis de la norma instrumenta, por una parte, un criterio teleológico de interpretación, y por otra, una vía para alcanzar la pretensión prioritaria de la interpretación, que en un sistema democrático regido por el principio de legalidad es, antes que la de una solución justa, la pretensión de una solución jurídica, de hallazgo de la respuesta legal al conflicto suscitado: antes que una pretensión de juridicidad que de justicia.<sup>90</sup>

En ese sentido, el bien jurídico permite determinar los alcances de lo prohibido (injusto), si existen causas que permitirían justificar la afectación al bien jurídico protegido sobre la base de intereses igualmente relevantes (causas de justificación), fijar los alcances de la imputabilidad por el hecho cometido (culpabilidad) y la punibilidad de la conducta, así como la magnitud de la pena.<sup>91</sup>

Cabe precisar que la función interpretativa del bien jurídico implica, además, reconducir el significado de las conductas y prohibiciones sancionadas en la norma penal, buscando garantizar el respeto de los derechos fundamentales implicados y su ejercicio legítimo. Así, el profesor SCHUNEMANN señala que:

(...) La determinación del bien jurídico no se formula como mera etiqueta final sólo al término del proceso interpretativo, sino que con su impulso liberal, es decir, opuesto a las restricciones innecesarias de las libertades civiles, dirige la modelización de la materia prohibida, y, por consiguiente, respecto al proceso de interpretación es tanto inmanente como crítica. Al abrir frente al mero tenor literal de la ley una dimensión más general, haciendo así fructíferos para la interpretación los principios básicos del Derecho penal, se erige en su “punto de fuga” e introduce directamente en la exégesis de la ley la idea libertad básica que encarna una dimensión constitucional, sin cargarla a la vez con la calamidad de tener que fundamentar la inconstitucionalidad de una decisión legislativa.<sup>92</sup>

**c) Función sistémica:** que implica que el bien jurídico constituye el elemento de referencia para organizar los tipos penales en grupos (delitos contra la libertad, delitos contra el honor, etc.).<sup>93</sup>

<sup>90</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Bien jurídico y objeto protegible. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. VOL LX, 2007. Ministerio de Justicia. Madrid. Pág. 128

<sup>91</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Acerca de la teoría de bienes jurídicos. Pág. 3-4. En: Revista Penal No 18 (2006).

<sup>92</sup> SCHUNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales, de los tipos penales y de su interpretación. Pág. 199. En: HEFENDEHL, Roland (coordinador). La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, 2007.

<sup>93</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Acerca de la teoría de bienes jurídicos. Pág. 6. En: En: Revista Penal No 18 (2006). Sin embargo, para RESTREPO, esta función sistemática formaría parte más bien de la función dogmática. Al respecto, ver en: RESTREPO RODRÍGUEZ, Diana. Aproximación al concepto de bien jurídico en un Derecho penal colonizado: el caso colombiano. Págs. 143. En: Revista Nuevo Foro Penal No 75, julio-diciembre 2010. Universidad EAFIT.

Si bien es cierto que nuestro Código Penal está organizado bajo dicha lógica, no siempre la inclusión de un delito dentro de un grupo de delitos que presuntamente tutelan el mismo bien jurídico es correcta. A modo de ejemplo, el delito de discriminación previsto en el artículo 323 del Código Penal, en nuestra opinión, no constituye un tipo penal que pueda configurar un delito contra la humanidad, a pesar de estar reconocido en dicho grupo de delitos (Título XIV-A).<sup>94</sup>

## 1.5. Teoría Constitucional del Bien jurídico Penal

En el presente trabajo, partimos de establecer la influencia que tiene la Norma Fundamental en el diseño, como en la aplicación de la norma penal. Asimismo, se demostró que el principio de lesividad, en el marco de este proceso de constitucionalización del derecho penal, configura un instrumento de carácter esencial que rige dentro de nuestro ordenamiento jurídico penal.

Bajo dicho contexto, y siguiendo el hilo conductor, consideramos que la influencia de la Constitución también se evidencia en la definición de lo que se entiende por bien jurídico penal. Por tanto, asumimos la tesis constitucionalista del bien jurídico. Sin embargo, hay que reconocer que dicha tesis en realidad presenta diversos elementos y matices que pretendemos desarrollar en este punto.<sup>95</sup>

### 1.5.1. Evolución de la teoría constitucional del bien jurídico

De manera preliminar, cabe precisar que la teoría constitucional del bien jurídico establece a la Constitución como el instrumento externo capaz de condicionar la actividad del legislador al momento de establecer delitos,<sup>96</sup> constituyéndose además como un criterio de referencia que le permite al legislador definir qué bienes jurídicos deben ser protegidos.

#### a. En Alemania

Las tesis constitucionalistas de bien jurídico en Alemania tienen como primeros referentes a Walter SAX y Ernst-Joachim RUDOLPHI, quienes manifestaban –aunque no con la misma intensidad- que el concepto de bien jurídico debía vincularse a la Constitución.<sup>97</sup>

Posteriormente, el profesor Claus ROXIN afirmó la necesidad de que los bienes jurídicos sean compatibles con el ordenamiento constitucional de valores. Así, señaló que:

(...) El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante político-criminalmente solo se puede

<sup>94</sup> En ese sentido, MEINI MENDEZ, Iván. Los delitos contra la humanidad en el ordenamiento legal peruano. p. 115. En: MACEDO, Francisco (coordinador). Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú - IDEHPUCP. Lima, 2007.

<sup>95</sup> Al respecto, no se desconoce que, sobre el tema existen diversas teorías, las que además están supeditadas al contexto histórico, social y cultural en el que se elaboraron. Sobre las diversas teorías del bien jurídico, se recomienda revisar: HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal. IDEMSA. Lima, 2005.

<sup>96</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco. Bien jurídico y Constitución. Pág. 18-19. En: Cuadernos de Política Criminal N° 43 (1991).

<sup>97</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco. Bien jurídico y Constitución. Pág. 20. En: Cuadernos de Política Criminal N° 43 (1991).



derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado. En consecuencia se puede decir: los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema.<sup>98</sup>

A esta definición se debe precisar lo siguiente:<sup>99</sup>

- a) Las circunstancias –realidades- o fines se distinguen, en la medida que los bienes jurídicos no necesariamente le vienen dados al legislador (como ocurre con la vida humana), sino que también puede ocurrir que sean creados por él, como sucede en el caso de los impuestos.
- b) Esta definición presupone una concepción personal de los bienes jurídicos, que afirma que éstos solo son legítimos cuando en última instancia sirven al ciudadano individual, ya sea que detenten naturaleza individual o colectiva.

Otro autor que adopta una posición constitucionalista en Alemania sería HEFENDEHL quien busca, a partir de la Constitución, definir los bienes jurídicos que el Derecho penal debe proteger como también fijar los límites a la intervención penal. En ese sentido, el elemento personal (individual) procedente de la Constitución debería estar presente en el contenido de todo bien jurídico tutelable penalmente, ya sea individual o colectivo.<sup>100</sup>

## b. En Italia

Por su parte, en el Derecho italiano -en donde se ha producido un mayor desarrollo sobre el vínculo entre el Derecho Penal y la Constitución- la posición sobre el bien jurídico basado en la Constitución, como es lógico, se ha cimentado con mayor fuerza.

Franco BRÍCOLA, en ese sentido, afirmó lo siguiente:

La máxima restricción de la libertad personal, como es la que se efectúa de modo efectivo o potencial a través de la sanción penal, puede adoptarse solamente como extrema ratio. Para precisar tal concepto...puede afirmarse hoy..., que la sanción penal puede adoptarse solamente en presencia de la violación de un bien, el cual, si no de igual grado respecto al valor (libertad personal) sacrificado, esté al menos dotado de relieve constitucional. Es decir, el ilícito penal puede concretarse exclusivamente en una significativa lesión de un valor constitucionalmente relevante.<sup>101</sup>

En ese sentido, la teoría constitucional del bien jurídico propone dos tesis:<sup>102</sup>

<sup>98</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. THOMSOM CIVITAS. Reimpresión, 2008. Pág. 55-56.

<sup>99</sup> ROXIN, Claus ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal? p. 448. HEFENDEHL, Roland (coordinador). La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, 2007.

<sup>100</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Acerca de la teoría de bienes jurídicos. Pág. 9. En: Revista Penal No 18 (2006).

<sup>101</sup> BRICOLA. Teoría generale del reato, en Novissimo Digesto Italiano, vol. XIX, Milano, 1973, p. 15. En: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. Bien jurídico y Constitución. Pág. 21.

<sup>102</sup> RESTREPO RODRÍGUEZ, Diana. Aproximación al concepto de bien jurídico en un Derecho penal colonizado: el caso colombiano. Págs. 141-142. En: Revista Nuevo Foro Penal No 75, julio-diciembre 2010. Universidad EAFIT.

- a) **La Constitución como fundamento:** que establece que la Constitución tiene un valor fundante, por lo que no solo expresa únicamente una fuerza del límite para el Derecho Penal, sino que los criterios para la selección punitiva deben encontrarse también en la Carta Fundamental, esto es, un *numerus clausus* de los posibles intereses tutelables mediante el Derecho Penal.
- b) **La Constitución como límite:** que señala que la Norma Fundamental constituye un mero límite, de acuerdo al cual solo no puede ser bien jurídico lo que sea contrario a ésta, pero podrá serlo cualquier otro interés, aunque no esté previsto o reconocido expresamente en dicha norma.

Después de los años 70, en Italia sigue predominando la orientación constitucional del bien jurídico, con la única exigencia de que haya en esta norma superior al menos una referencia implícita a ese bien, la cual es interpretada de diversas formas.<sup>103</sup>

### 1.5.2. Concepto de bien jurídico

Hacer una definición de lo que constituye bien jurídico es una tarea que excede el objetivo del presente trabajo, ya que por la complejidad del tema requeriría una investigación específica.

Sin embargo, para nuestro propósito, es necesario adoptar una definición. En esa medida, nos inclinamos por la postura del profesor ROXIN, que entiende por bienes jurídicos *“todas las circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal edificado sobre esa finalidad”*.<sup>104</sup> Adicionalmente, estas circunstancias y finalidades, de acuerdo a la tesis constitucional del bien jurídico que asumimos, deberán ser halladas dentro de los principios y derechos consagrados en la Norma Fundamental.

En ese sentido, ABANTO señala que las tesis constitucionalistas del bien jurídico coinciden en afirmar un vínculo entre este elemento y la Norma Fundamental, por lo que se entendería al Derecho Penal como un *“Derecho constitucional aplicado”* y sería obligación del penalista concretar el ordenamiento objetivo de valores de la Constitución en las estructuras político criminales y dogmáticas del Derecho penal.<sup>105</sup>

Igualmente, REGIS PRADO afirma que:

El legislador ordinario debe siempre tener en cuenta las directrices contenidas en la Constitución y los valores en ellas consagrados para definir los bienes jurídicos, en razón del carácter limitativo de la tutela penal. Además, el propio contenido liberal del concepto de bien jurídico exige que su protección sea hecha tanto por el Derecho Penal como ante el Derecho Penal. Se encuentran, por tanto, en la norma constitucional, las líneas sustanciales prioritarias para la incriminación o no de conductas. El fundamento primero de la ilicitud material echa, pues, sus raíces en el Texto Magno. Solo así la noción de bien jurídico puede desempeñar una función verdaderamente restrictiva. El concepto material de bien jurídico implica el reconocimiento de que el legislador eleva a la

<sup>103</sup> RESTREPO RODRÍGUEZ, Diana. Aproximación al concepto de bien jurídico en un Derecho penal colonizado: el caso colombiano. Págs. 142. En: Revista Nuevo Foro Penal No 75, julio-diciembre 2010. Universidad EAFIT.

<sup>104</sup> ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. p. 5. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología –RECPC 15-01 (2013). Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf> (consultado el 28 de octubre de 2015).

<sup>105</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Acerca de la teoría de bienes jurídicos. Pág. 10. En: Revista Penal No 18 (2006).

categoría de bien jurídico lo que ya en la realidad social se muestra como un valor. Esa circunstancia es intrínseca a la norma constitucional, cuya virtud no es otra que la de retratar lo que constituye los fundamentos y los valores de una determinada época. No crea los valores a que se refiere, sino se limita a proclamarlos y darles un especial tratamiento jurídico.<sup>106</sup>

Adicionalmente, la definición de los bienes jurídicos a partir de los valores reconocidos en la Constitución debe tomar en cuenta que esta última norma es abierta, lo que permite la recepción de nuevos valores. Tal como lo afirma LASCURAIN:

El *caveat* de la finalidad constitucional de las normas cuya pena suponga la limitación de derechos fundamentales debe tomar en cuenta el sentido de la Constitución, su referencia implícita a un cierto consenso social en torno a los valores de partida y a sus manifestaciones, y su propio deseo de incorporar nuevos consensos que se sustenten en dichos valores. Los derechos que proclaman las constituciones democráticas son concreciones de valores más genéricos que a su vez también se proclaman como valores fundantes de sistema, de modo que cabe extraer de éstos nuevas concreciones no expresadas en el texto constitucional; en relación con lo anterior es característica de la Constitución democrática la de que la libertad preside el sistema y configura su cláusula de cierre del sistema, de modo que queda amparada cualquiera de sus manifestaciones que no colinda con una manifestación más intensa o preferente.<sup>107</sup>

De allí que los bienes jurídicos penales puedan variar con la evolución (a partir de la interpretación, tratados y jurisprudencia) del concepto constitucional del cual derivan, y con la aparición de bienes jurídicos implícitos, derivados de los expresos.<sup>108</sup> Adicionalmente, se debe tomar en cuenta que la Constitución también tiene vínculos con otras normas e instrumentos de carácter internacional, lo que amplía el espectro de valores reconocidos y tutelados por los Estados. Este aspecto es fundamental, por cuanto evidencia que el contenido de los valores consagrados en la Constitución (que además serán tomados en cuenta para la determinación del bien jurídico) no es estático.

Por otro lado, la teoría constitucional sobre bien jurídico, tal como lo señaló el profesor ROXÍN, se basa, a su vez, en la “concepción personal de bien jurídico”, sostenida por el profesor WINFRIED HASSEMER, que exige que todos los bienes jurídicos (incluyendo los supraindividuales) deban inferirse de la protección de la persona, a fin de garantizar el libre desarrollo de la personalidad. Esta teoría, por lo demás:

(...) refleja correctamente la relación entre el individuo y la sociedad establecida por el orden de valores de la Ley Fundamental para el ámbito penal. Aun cuando la imagen del ser humano de la Ley Fundamental parte de su naturaleza social, todas las colectividades que le rodean (hasta su institucionalización como Estado) deben girar en torno a él, correspondiéndoles exclusivamente una función de protección, promoción y servicio.<sup>109</sup>

<sup>106</sup> REGIS PRADO, Luiz. Bien jurídico-penal y Constitución. Ara editores. Lima, 2010. p. 85.

<sup>107</sup> LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Bien jurídico y objeto protegible. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. VOL LX, 2007. Ministerio de Justicia. Madrid. Pág. 158

<sup>108</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Acerca de la teoría de bienes jurídicos. Pág. 10. En: Revista Penal No18 (2006).

<sup>109</sup> STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. Pág. 109. HEFENDEHL, Roland (coordinador). La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, 2007.

### 1.5.3. ¿Cómo debe tutelarse los valores y principios consagrados en la Constitución por el Derecho Penal?

Si bien ya se ha señalado que el marco referencial para determinar los bienes jurídicos por el Derecho Penal es la Constitución, ahora es necesario establecer de qué forma se produce ello, toda vez que al respecto no existe consenso.

Siguiendo a TERRADILLOS, en el marco del Neoconstitucionalismo los bienes jurídicos que deben ser tutelados penalmente han de extraerse de la Constitución, ya sea porque lo imponga expresamente o porque se deduzca de las características del modelo constitucional, porque solo así se justifica la intervención punitiva sobre un individuo: la defensa de los elementos esencial a la vida en común.<sup>110</sup>

Ante ello, surgen tres teorías que son las siguientes:

**a) La tesis estricta:** que establece que el legislador penal, al momento de definir el bien jurídico protegido, solo debe tomar en cuenta los valores y principios contemplados en la Constitución. En otros términos, implica que los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal deben fundarse “*de manera directa*” en los derechos y valores contenidos en la Constitución, y si la Norma Fundamental no valora positivamente una realidad tampoco podrá hacerlo el legislador penal.<sup>111</sup>

Esta tesis presenta diversas críticas. En primer lugar, el problema surge debido a que la Constitución, en tanto norma basilar del ordenamiento jurídico, no establece de manera taxativa cuáles son los bienes jurídicos que deben ser tutelados por el derecho penal. Tal como refiere el profesor PIETRO SANCHÍS:

La virtud principal de la teoría constitucional del bien jurídico es que permite y estimula la transformación del discurso ético y político externo en un discurso jurídico interno, dado que la consecuencia inmediata de toda constitucionalización es el surgimiento de una obligación de respeto por parte de todos los poderes públicos y, en especial aquí, por parte del legislador. El problema es que, como hemos tratado de explicar, la Constitución no nos proporciona un catálogo cerrado de bienes jurídico penales, ni tampoco impone en relación con ninguno de ellos un mandato concreto de criminalización.<sup>112</sup>

Por otro lado, esta crítica se vincula además con las denominadas “*obligaciones expresas y tácitas de incriminar*”. Al respecto, las primeras se refieren a disposiciones constitucionales que expresamente exigen castigar una conducta; mientras que las obligaciones tácitas se refieren a que los bienes jurídicos se hallan en la Constitución y son reconocibles a partir de los derechos fundamentales. El problema radica especialmente con las **obligaciones tácitas**, porque imponen una carga desproporcionada al legislador, al restringirle su autonomía. Tal como lo afirma ALONSO ÁLAMO, “*(...) por la vía de reconocimiento de mandatos tácitos de incriminación se corre*

<sup>110</sup> TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Sistema Penal y Estado de Derecho. Ensayos de Derechos Penal. Ara Editores. Lima, 2010. p. 25.

<sup>111</sup> CARO CORIA, Carlos. Sobre la moderna teoría del bien jurídico penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs. p. 158. En: Revista Themis N° 35 (1997).

<sup>112</sup> PIETRO SANCHÍS, Luis. Una perspectiva normativa sobre el bien jurídico. p. 476. En: DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel y GARCÍA AMADO, Juan Antonio (editores). Estudios de Filosofía del Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2006.

*el peligro de una invasión del derecho penal por la Constitución, más allá de los derechos fundamentales*".<sup>113</sup>

De igual manera se pronuncia PIETRO SANCHÍS al señalar que

(...) Suponer que todo aquello que en la Constitución se propone como valioso ha de gozar de protección penal me parece exigir demasiado y convertiría a esa protección en un instrumento "obligado" de la política legislativa, con lo cual la idea de bien jurídico, en lugar de desempeñar una función limitadora del Derecho Penal, se convertiría en una invitación permanente a la incriminación.<sup>114</sup>

Asimismo, el profesor ROXIN afirma que no existe un mandato constitucional de punición, por lo que queda a discrecionalidad del legislador decidir si quiere proteger un bien jurídico a través del Derecho Penal o con medios del Derecho civil y del Derecho Público.<sup>115</sup>

Adicionalmente, MIR PUIG<sup>116</sup> afirma que, si bien el reconocimiento constitucional de un bien debe servir de criterio relevante para decidir si nos hallamos en presencia de un interés fundamental para la vida social que reclame protección penal, el solo recurso a la Constitución no permite justificar la criminalización de un bien jurídico, toda vez que:

- El reconocimiento de bienes y derechos que se efectúa en la Constitución tiene ante todo por objeto fijarlos como límites que deben respetar los poderes públicos.
- La intervención penal supone también lesión de derechos del condenado, lo que exige una ponderación de intereses no resuelta expresamente por la Constitución.
- Aunque la Constitución reconozca un determinado bien, sería contrario al principio de proporcionalidad protegerlo penalmente de todo ataque, incluso ínfimo, sin requerir un mínimo de afectación del bien.

Finalmente, PORTILLA CONTRERAS señala que la Constitución no puede ofrecer las garantías de seguridad jurídica mínima necesarias como para constituirse en el instrumento exclusivo para la jerarquización de los valores a proteger.<sup>117</sup> Adicionalmente señala que:

La función que se otorga a la libertad personal por los partidarios de la tesis constitucional más estricta, en su carácter condicionante de la estructuración de los valores a proteger no impide el proceso de carácter divinizador al que se ve sometida la Ley Fundamental, que se refleja, fundamentalmente, en la confusión frecuente entre

<sup>113</sup> ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos. p. 79-81. En: Estudios penales y criminológicos. Vol. XXIX (2009). Universidad Santiago de Compostela.

<sup>114</sup> PIETRO SANCHÍS, Luis. Una perspectiva normativa sobre el bien jurídico. p. 470. En: DIAZ Y GARCÍA CONLEDO, Miguel y GARCÍA AMADO, Juan Antonio (editores). Estudios de Filosofía del Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2006.

<sup>115</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. THOMSOM CIVITAS. Reimpresión, 2008. Pág. 64.

<sup>116</sup> MIR PUIG, Santiago. Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi. En: Estudios Penales y Criminológicos, vol. XIV (1991). Universidad Santiago de Compostela. p. 210-211. y ss. Disponible en: [http://minerva.usc.es/bitstream/10347/4205/1/pg\\_204-217\\_penales14.pdf](http://minerva.usc.es/bitstream/10347/4205/1/pg_204-217_penales14.pdf) (consultado el 28 de octubre de 2015).

<sup>117</sup> PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos. p. 730. En: Cuadernos de Política Criminal No 39 (1989).

derechos fundamentales y bienes jurídicos, en el reconocimiento de la existencia de valores implícitos o conexos a los constitucionalmente descritos, y en el hecho de hacer depender la graduación de la pena de la intensidad de la lesión.<sup>118</sup>

**b) La tesis amplia:** que postula más bien que la Constitución solo constituye un límite negativo, por lo que la definición del bien jurídico no solo debe provenir de los valores y principios consagrados en la Constitución, sino también de otros instrumentos externos, bajo la condición de que no sean incompatibles con la Norma Fundamental.

Como se advierte, esta posición brinda libertad al legislador para decidir acerca de qué es un bien jurídico penal y cómo o hasta qué punto ha de protegerse, sin más limitaciones que las que procedan de la fórmula *“que no están constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes”*.<sup>119</sup>

Tal como lo señala ALONSO ÁLAMO:

(...) Es decir, el sacrificio de la libertad que toda norma penal lleva consigo, presupone lo que al propio tiempo fundamenta la norma: la relevancia social y la conformidad con la Constitución de los bienes que se pretende proteger, sin mayores precisiones (lo que haya de ser bien jurídico penal queda, en definitiva, constitucionalmente abierto, y el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos adquiere de forma implícita una dimensión negativa: que no haya delito sin bien jurídico).<sup>120</sup>

Esta tesis amplia considera además que el concepto de bien jurídico debe tener la capacidad de acoger nuevos supuestos y desarrollos, a la par con los avances sociales y tecnológicos que se produzcan en la sociedad. Y es que, *“(...) en la medida que el Estado va realizando labores más complejas, con la progresiva complejidad de la sociedad, los bienes jurídicos también van evolucionando”*.<sup>121</sup>

Por ello, en vez de establecer un concepto positivo de bien jurídico, se prefiere una concepción negativa, que descarte lo que no debe ser considerado bien jurídico.<sup>122</sup>

**c) La tesis ecléctica:** recientemente en la doctrina se viene apostando por un tercer modelo o tesis de carácter ecléctico, ya que busca conciliar las tesis anteriores.

Así, REGIS PRADO afirma que *“(...) las relaciones entre las teorías constitucionales amplias y restringidas no son de antagonismo, sino de complementariedad. Eso resulta en el acogimiento de una directriz constitucional de naturaleza ecléctica o intermedia – de justo medio y no hermética-, que privilegia el texto constitucional, prima facie la concepción de Estado Democrático y Social de Derecho, el bien jurídico (sustancial) basado en la realidad socio-individual, complementada además por elementos de una*

<sup>118</sup> PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos. p. 730-731. En: Cuadernos de Política Criminal No 39 (1989).

<sup>119</sup> ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos. p. 91. En: Estudios penales y criminológicos. Vol. XXIX (2009). Universidad Santiago de Compostela.

<sup>120</sup> ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos. p. 87. En: Estudios penales y criminológicos. Vol. XXIX (2009). Universidad Santiago de Compostela.

<sup>121</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. El actual debate alrededor de la teoría del bien jurídico. Pág. 1094. En: URQUIZO OLAECHEA, José, SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson y ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (coordinadores). Dogmática penal de Derecho Penal Económico y Política Criminal. Homenaje a Klaus Tiedemann. Vol. II. Universidad San Martín de Porres. Lima, 2011.

<sup>122</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Acerca de la teoría de bienes jurídicos. Pág. 22. En: Revista Penal No 18 (2006).

*visión metodológica propia y de la peculiar naturaleza del bien jurídico penal, en una alineación que se compatibiliza con los modernos postulados de la ciencia del Derecho Penal y de la Política Criminal”<sup>123</sup>(resaltado nuestro).*

En ese sentido, la teoría constitucional ecléctica exige que los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal se sustenten en la Constitución, aunque no en una relación de identidad sino de manera referencial, lo que permitiría al legislador poder introducir innovaciones sobre nuevos contenidos. No obstante, el bien jurídico siempre debe tener un referente en un valor, principio o derecho constitucional.<sup>124</sup>

#### **1.5.4. La teoría del bien jurídico más allá de la Constitución: los derechos humanos**

A partir del desarrollo de la teoría constitucional del bien jurídico, un sector de la doctrina va más allá, al afirmar que el presupuesto para determinar el bien jurídico protegido en el Derecho Penal no es la Constitución sino los derechos humanos.

Al respecto, la profesora ALONSO ÁLAMO señala que, a efectos de delimitar los bienes jurídicos protegibles penalmente, es necesario partir de los derechos humanos, reconocidos o que se puedan reconocer, en todo caso antepuestos a los derechos fundamentales, toda vez que estos “(...) *constituyen el criterio de racionalidad ética por excelencia y el referente básico para la delimitación positiva de los bienes jurídicos penales (y no solo para establecer límites negativos al legislador). Están más allá de las “creencias compartidas” por una comunidad determinada, dado que son universalizables y, en consecuencia, no pueden ser sacrificados (desprotegidos) en aras de una determinada tradición o cultura*”.<sup>125</sup>

Pero su tesis va más allá, al señalar que:

El neoconstitucionalismo, en cuanto modo de acercarse al Derecho, no conduce a una concepción constitucionalista del bien jurídico en sentido estricto, es decir, no conduce a sostener que los bienes jurídicos penales hayan de extraerse de la Constitución ni a que, al menos hayan de tener relevancia constitucional. Aunque de ordinario los bienes jurídicos penales poseen relevancia constitucional, los bienes jurídicos protegibles por el Derecho penal preexisten a la Constitución. Ello no

<sup>123</sup> REGIS PRADO, Luiz. Bien jurídico-penal y Constitución. Ara editores. Lima, 2010. pp. 99-100.

<sup>124</sup> Asume la tesis ecléctica MACHADO DE PAULA, al señalar lo siguiente:

*(...) Baseada na ideia de que não existe uma relação de contrariedade entre a teoria constitucional ampla e a teoria constitucional estrita, mas uma relação de complementariedade, a teoria constitucional ecléctica defende que o objeto de proteção penal deve ser orientado politicamente aos valores constitucionais. O bem jurídico deve encontrar, como sua fonte legitimadora, o sistema social, preexistindo ao próprio ordenamento. Contudo, é necessário que os bens do sistema social se materializem em bens passíveis de tutela jurídico-penal, e isso só poderá ocorrer se utilizarmos a Constituição como instrumento para essa concretização. Jorge de Figueiredo Dias nos esclarece que se torna necessário, assim, estabelecer uma relação de mútua referência entre um valor estabelecido constitucionalmente e o bem jurídico-penal, cabendo aqui ressaltar que a relação deve ser de referência, e não de identidade, o que abre para o legislador a possibilidade de inovar, caso necessário, em relação à tutela de novos bens jurídicos em âmbito penal. E “É nesta acepção, e só nela, que os bens jurídicos protegidos pelo direito penal se devem considerar concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais”.* Ver en: MACHADO DE PAULA, Francine. Bem jurídico-penal e Constituição: a vinculação necessária para se limitar o poder punitivo estatal em face aos direitos e às garantias individuais. pp. 389-390. En: ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO 2015. Fundación Konrad Adenauer. Bogotá, 2015. Disponible en: [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_43166-1522-4-30.pdf?151109172731](http://www.kas.de/wf/doc/kas_43166-1522-4-30.pdf?151109172731) (consultado el 4 de diciembre de 2015).

<sup>125</sup> ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos. p. 102-103. En: Estudios penales y criminológicos. Vol. XXIX (2009). Universidad Santiago de Compostela.

significa tomar posición a favor del no positivismo (corrientes positivistas y no positivistas coexisten, como queda dicho, en el seno del neoconstitucionalismo). Significa que, aunque las Constituciones democráticas desaparecieran, no por ello desaparecerían los bienes protegibles penalmente. Y significa también que pueden surgir dinámicamente, en el devenir histórico, bienes jurídicos necesitados de protección penal no reconocidos (todavía) en las Constituciones rígidas.<sup>126</sup>

Es interesante la motivación que explica la posición asumida por la profesora ALONSO ÁLAMO, en el sentido de que la inestabilidad política, que puede suprimir y variar constituciones concebidas democráticamente, no puede franquear los contenidos mínimos indisponibles establecidos en los derechos humanos y, por extensión, en el Derecho Penal.

De manera similar, la profesora colombiana RESTREPO RODRIGUEZ afirma que en las últimas décadas se ha configurado una construcción del concepto de bien jurídico en el ámbito latinoamericano que gira en torno a la idea de la vinculación de esta noción con los derechos fundamentales de las personas, incluso más allá de los reconocimientos constitucionales.<sup>127</sup> En ese sentido, señala que:

Así, el bien jurídico se vincula a la Constitución, pero en un modo en que tal conexión se dirige a su vez a un derecho fundamental que esta normativa superior no crea sino que reconoce, y que lleva a centrar la naturaleza pre-positiva del bien jurídico en los derechos fundamentales, especialmente en la estipulación constitucional del libre desarrollo de la personalidad y en las argumentaciones, directamente también, sobre la dignidad humana que le sirve de base.<sup>128</sup>

### **1.5.5. La protección de los derechos fundamentales por el Derecho Penal**

Si bien ya se determinó que los bienes jurídicos pueden basarse en la Constitución, la interrogante que surge es de qué manera el Derecho Penal puede tutelar un derecho fundamental como bien jurídico penalmente protegido.

Al respecto, el profesor TERRADILLOS afirma que no puede existir identidad entre bienes jurídicos tutelables por el Derecho penal y derechos subjetivos.<sup>129</sup> En ese sentido, señala que:

Los derechos subjetivos, incluso los públicos, no pueden identificarse con bienes jurídicos. Constituyen un “mecanismo de distribución y protección de los bienes jurídicos”, pero no se identifican necesariamente con ellos. En palabras de ROCCO, la

---

<sup>126</sup> ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos. p. 103-104. En: Estudios penales y criminológicos. Vol. XXIX (2009). Universidad Santiago de Compostela.

<sup>127</sup> RESTREPO RODRÍGUEZ, Diana. Aproximación al concepto de bien jurídico en un Derecho penal colonizado: el caso colombiano. Págs. 178. En: Revista Nuevo Foro Penal No 75, julio-diciembre 2010. Universidad EAFIT.

<sup>128</sup> RESTREPO RODRÍGUEZ, Diana. Aproximación al concepto de bien jurídico en un Derecho penal colonizado: el caso colombiano. Págs. 182. En: Revista Nuevo Foro Penal No 75, julio-diciembre 2010. Universidad EAFIT.

<sup>129</sup> TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal. p. 14. En: BUSTOS RAMÍREZ, Juan (Director). Penal y Estado. Función simbólica de la pena. Editorial Jurídica ConoSur Ltda. Santiago de Chile, 1995.



diferencia entre derecho subjetivo y bien jurídico es la diferencia que existe entre medios y fines.<sup>130</sup>

Por su parte, MUÑOZ CONDE afirma que, en realidad, todos los delitos previstos en el Código Penal se reconducen, ya sea de manera directa o indirecta, a un derecho fundamental.<sup>131</sup> Sin embargo, ello no quiere decir que los derechos fundamentales sean tutelados directamente por el Derecho Penal, como si éste fuera “*un mero apéndice del Derecho constitucional y que su misión consista solo en brindar protección a través de la sanción penal a los derechos ya previamente reconocidos en la Constitución*”.<sup>132</sup>

En ese sentido, MUÑOZ CONDE precisa que:

(...) El Derecho Penal protege los derechos fundamentales en la medida en que éstos, a través de un proceso de normativización, son reelaborados en función de necesidades específicas y de determinados principios característicos, y convertidos en bienes jurídicos. De forma que, como ya se ha dicho, tan importante o más que el concepto de bien jurídico o de derecho fundamental que subyace en todo tipo delictivo, es el proceso mismo social y político a través del que se constituye. En esta tarea el Derecho penal goza de una autonomía casi absoluta, pero esto no quiere decir que los bienes jurídicos (los derechos fundamentales convertidos en bienes jurídicos protegidos en los respectivos [tipos] penales) puedan ser protegidos de cualquier modo o de forma arbitraria. La protección de bienes jurídicos no significa necesariamente protección a través del Derecho Penal. Los bienes jurídicos, dice ROXIN no solo deben ser protegidos por el Derecho Penal, sino también ante el Derecho Penal.<sup>133</sup>

En ese sentido, coincidimos con el profesor ABANTO, en el sentido de que la teoría constitucional del bien jurídico no implica trasladar conceptos constitucionales al Derecho penal y que éste sea un mero apéndice del primero, sino que el Derecho penal, en su tarea de proteger los derechos fundamentales y bajo el respeto de sus propios principios (basados a su vez en principios constitucionales) permita identificar tanto la conducta penalizada como el bien jurídico que se quiere proteger. Esto último es una tarea del penalista a partir de la función interpretativa del bien jurídico.<sup>134</sup>

### **1.5.6. La delimitación del bien jurídico penalmente protegido a partir de la ponderación en el ámbito del Neoconstitucionalismo**

Podemos afirmar, entonces, que el bien jurídico protegido, a partir de una tesis constitucional:

<sup>130</sup> TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal. p. 15. En: BUSTOS RAMÍREZ, Juan (Director). Penal y Estado. Función simbólica de la pena. Editorial Jurídica ConoSur Ltda. Santiago de Chile, 1995.

<sup>131</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Protección de los derechos fundamentales en el Código Penal. Estudios sobre el Código Penal español de 1995 (Parte General).p. 1. Disponible en: [http://www.derechoycambiosocial.com/revista022/derechos\\_fundamentales\\_en\\_el\\_codigo\\_penal.pdf](http://www.derechoycambiosocial.com/revista022/derechos_fundamentales_en_el_codigo_penal.pdf) (consultado el 30 de octubre de 2015).

<sup>132</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Protección de los derechos fundamentales en el Código Penal. Estudios sobre el Código Penal español de 1995 (Parte General).p. 2. Disponible en: [http://www.derechoycambiosocial.com/revista022/derechos\\_fundamentales\\_en\\_el\\_codigo\\_penal.pdf](http://www.derechoycambiosocial.com/revista022/derechos_fundamentales_en_el_codigo_penal.pdf) (consultado el 30 de octubre de 2015).

<sup>133</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Protección de los derechos fundamentales en el Código Penal. Estudios sobre el Código Penal español de 1995 (Parte General).p. 6. Disponible en: [http://www.derechoycambiosocial.com/revista022/derechos\\_fundamentales\\_en\\_el\\_codigo\\_penal.pdf](http://www.derechoycambiosocial.com/revista022/derechos_fundamentales_en_el_codigo_penal.pdf) (consultado el 30 de octubre de 2015).

<sup>134</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Acerca de la teoría de bienes jurídicos. Pág. 10. En: Revista Penal No 18 (2006).

- I. Puede sustentarse en el contenido de los derechos y principios reconocidos en la Norma Fundamental, aunque no es obligatorio que la vulneración de los mismos se penalice en todos los casos, dado que no existe una vinculación estricta (asumiendo la tesis amplia o la tesis ecléctica).
- II. No puede basarse en aspectos que carezcan de relevancia constitucional o estén prohibidos constitucionalmente.

Esta idea es compartida por el profesor BERDUGO, cuando afirma que “(...) *la presencia de un interés en la Constitución no debe llevar a su necesaria protección penal, sí, en cambio, no debe ser objeto de protección penal un interés que no tenga relevancia constitucional, como sería el quebrantamiento de un determinado orden ético, aunque fuera el socialmente mayoritario*”.<sup>135</sup>

De otro lado, la referencia a la Constitución es sobre todo un criterio para construir normativamente el contenido de cada concreto bien jurídico y no una mera referencia formal.<sup>136</sup> Esta idea se refuerza en el marco del neoconstitucionalismo, que potencia la fuerza normativa de la Constitución en todos los ámbitos del derecho, del cual no es ajeno el Derecho Penal. En este ámbito concreto “(...) *la teoría del Derecho neoconstitucionalista penetraría en la dogmática de la parte especial delimitando el alcance de la protección del bien jurídico, de acuerdo con la dogmática de los derechos fundamentales*”.<sup>137</sup>

Finalmente, la determinación concreta del bien jurídico no es un aspecto estático e inmutable. Como se analizó a lo largo de este trabajo, el concepto de bien jurídico debe tener la suficiente capacidad para adecuarse a los cambios propios de la sociedad contemporánea. Por ello, la determinación del bien jurídico se construye a partir de una ponderación de consideraciones valorativas, como afirma el profesor MEINI:

Que el bien jurídico sea un interés valioso que requiere protección, dependen en realidad de las consideraciones valorativas que se tomen en cuenta (...), lo que implica trasladar a la discusión sobre estas consideraciones valorativas la responsabilidad de decidir qué se protege por el derecho penal. De ahí que cualquier concepto de bien jurídico sea siempre insuficiente para responder a la pregunta del objeto de protección del derecho penal. Incluso el que aquí se ha dado (condición imprescindible para el desarrollo libre de las personas). Si el Estado de derecho obliga a legitimar las razones por las cuales se protege un determinado bien jurídico, habrá que analizar la idoneidad y necesidad de restringir la libertad de actuación para proteger el bien jurídico, y si la forma en que se restringe la libertad es adecuada de cara a dicha protección.<sup>138</sup>

Enlazado con lo anterior, se advierte entonces que este ejercicio de ponderación realizado para determinar el contenido del bien jurídico protegido, debe tomar en cuenta el

<sup>135</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Viejo y Nuevo Derecho Penal. Principios y desafíos del Derecho Penal de hoy. Iustel. 1era edición. Madrid, 2012. p. 208-209.

<sup>136</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Viejo y Nuevo Derecho Penal. Principios y desafíos del Derecho Penal de hoy. Iustel. 1era edición. Madrid, 2012. p. 209.

<sup>137</sup> ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos. p. 66. En: Estudios penales y criminológicos. Vol. XXIX (2009). Universidad Santiago de Compostela.

<sup>138</sup> MEINI MENDEZ, Iván. Lecciones de Derecho Penal-Parte General. Teoría jurídica del delito. Fondo editorial PUCP. Lima, 2014. pp. 32-33.

contenido normativo de la Constitución, esto es, los derechos y principios fundamentales reconocidos en él.

Por tanto, la Constitución influye decisivamente en la determinación del bien jurídico, en donde la argumentación juega un papel muy importante, tal como lo resalta PIETRO SANCHÍS:

La vieja teoría liberal del bien jurídico mantiene su vocación limitadora sobre el poder punitivo, pero se transforma al menos en un doble sentido: primero, porque lo que en origen aparecía como una exigencia ética suprapositiva quiere integrarse hoy resueltamente en el Derecho positivo a través de la Constitución, convirtiendo el juicio externo sobre la justicia o legitimidad de la norma penal en un juicio interno sobre su validez. Y segundo, porque el debate acerca de cuáles habrían de ser los objetos materiales merecedores de tutela penal, como si éstos hubieran de darse de una vez y para siempre y con expresa delimitación además de las conductas lesivas, tiende a presentarse ahora como un debate menos objetivista que gira alrededor de un esfuerzo de argumentación racional, tiende a presentarse concretamente como un requerimiento a participar en la empresa de justificación (y crítica) que pesa sobre toda decisión del poder que limite la libertad de los individuos (...).<sup>139</sup>

De lo expuesto se advierte entonces la necesidad de recurrir a la argumentación jurídica para determinar el bien jurídico protegido en el caso concreto. Al respecto, resulta interesante la propuesta formulada por GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, quien afirma que la adopción de una u otra solución a un problema jurídico, como puede ser la determinación en el caso concreto del bien jurídico protegido por un tipo penal "(...) se convierte en una cuestión de racionalidad, esto es, de márgenes de racionalidad argumentativa. Se trata de ponderar los diversos contenidos éticos, teleológicos, pragmáticos, jurídico-formales y lingüísticos presentes en unas u otras comprensiones. De este modo, el principio del mejor argumento adquiere ciertos tintes objetivos presentándose como una cuestión de eficiencia argumentativa en los señalados términos de racionalidad".<sup>140</sup>

## **1.6. Jurisprudencia sobre la teoría constitucional del bien jurídico**

Luego de exponer el aspecto teórico, a continuación analizaremos la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional en la materia, así como algunos pronunciamientos del Poder Judicial, que permitirán ilustrar los temas anteriormente abordados.

### **1.6.1. El bien jurídico como concepto genérico e indeterminado**

Existen diversas sentencias que vinculan el concepto de bien jurídico con definiciones amplias, no vinculadas al Derecho Penal. Esta situación confirmaría lo señalado por el profesor MIR PUIG, en el sentido de distinguir lo que es "bien jurídico" de lo que es "bien jurídico penal".

---

<sup>139</sup> PIETRO SANCHÍS, Luis. Una perspectiva normativa sobre el bien jurídico. p. 487. En: DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel y GARCÍA AMADO, Juan Antonio (editores). Estudios de Filosofía del Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2006.

<sup>140</sup> GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando. Una teoría de la argumentación jurídico-penal. Un primer esbozo sobre el ejemplo del bien jurídico protegido en el artículo 318 bis del Código Penal español. p. 588. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 31 (2008). Dykinson.

No obstante, el Tribunal Constitucional no establece un concepto genérico de lo que es bien jurídico, sino solo lo menciona. Por ejemplo, en la sentencia recaída en el Exp. N° 0008-2005-AI/TC (fundamento 44), señaló lo siguiente:

(...) Al respecto, el Tribunal Constitucional estima que el texto constitucional reconoce la existencia de una carrera administrativa para los servidores públicos, pero también que el ingreso a ella y los derechos, deberes y responsabilidades serán regulados por ley. Por tanto, en rigor, **estamos frente a un bien jurídico garantizado por la Constitución** cuyo desarrollo se delega al legislador [resaltado nuestro].

En este caso, se atribuyó a la carrera administrativa la condición de bien jurídico “garantizado por la Constitución”. No obstante, la sentencia no define previamente qué debe entenderse por bien jurídico. Este criterio se repitió en la sentencia emitida en el Exp. N° 05057-2013-PA/TC, fundamento jurídico 8.b (Caso Huatuco).

Otro concepto que puede ser calificado como bien jurídico, en opinión del Tribunal Constitucional, lo constituye la “Seguridad Ciudadana”, tal como se advierte en la sentencia recaída en el Exp. N° 4094-2011-AA/TC (fundamento 2):

El artículo 2º, inciso 11) de la Constitución regula las limitaciones explícitas ordinarias que puede sufrir el derecho constitucional a la libertad de tránsito, las cuales pueden adoptarse por razones de sanidad, mandato judicial y aplicación de la ley de extranjería; asimismo, las limitaciones explícitas extraordinarias están reguladas por el artículo 137º, incisos 1) y 2) de la misma Norma Fundamental. Adicionalmente, dentro de nuestro ordenamiento se han previsto las denominadas limitaciones implícitas, las cuales han sido desarrolladas por este Tribunal en anterior jurisprudencia (...). Es dentro de estas últimas limitaciones implícitas que encontramos la instalación de rejas metálicas u otro tipo de sistema de seguridad en la vía pública, entendiéndose ésta como una restricción legítima del derecho a la libertad de tránsito, siendo su objeto tutelar otro **bien jurídico constitucional como la seguridad ciudadana** [resaltado nuestro].

Al respecto, llama la atención que para el Tribunal Constitucional, el bien jurídico seguridad ciudadana tiene la capacidad suficiente para limitar el derecho fundamental a la libertad de tránsito.

De otro lado, la denominación de bien jurídico también ha sido utilizada para determinar el objeto de protección de un derecho fundamental, tal como se advierte en la sentencia recaída en el Exp. No 02262-2004-HC/TC (fundamento 13):

Si bien la Constitución señala en su artículo 2, inciso 4, la existencia de (...) las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento (...), en realidad, existen solamente dos derechos fundamentales en juego: a la expresión y a la información, pues **el derecho a la opinión solo es el bien jurídico tutelado de la expresión**; y el derecho a la difusión del pensamiento, un grado superlativo en que la comunicación puede llegar al público (...) [resaltado nuestro].

Finalmente, se ha utilizado los conceptos de bien jurídico y derecho fundamental de manera indistinta. Al respecto, la sentencia recaída en el Exp. N° 2488-2002-HC/TC (fundamento 8), afirma lo siguiente:

La Nación tiene el derecho de conocer la verdad sobre los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal. Tal derecho se traduce en la posibilidad de conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ellos ocurrieron, así como los motivos que impulsaron a sus autores. **El derecho a la verdad es, en ese sentido, un bien jurídico colectivo inalienable** [resaltado nuestro].

Es interesante que el derecho a la verdad, que se identifica como un derecho de rango fundamental, se lo equipare a la calidad de “bien jurídico colectivo”. Esto es una muestra de la duda que existe por parte del máximo intérprete de la Constitución respecto al concepto de bien jurídico.

### **1.6.2. El bien jurídico como elemento de evaluación en el test de proporcionalidad**

De otro lado, existe jurisprudencia constitucional en la que el bien jurídico se erige como un elemento de análisis del test de proporcionalidad, frente a la evaluación de un tipo penal.

Esto ocurrió, por ejemplo, en la sentencia recaída en el Exp. N° 0008-2012-AI/TC, en la que el Tribunal Constitucional analizó la constitucionalidad del artículo 173 inciso 3 del Código Penal, modificado por la Ley N° 28704, que sancionaba cualquier tipo de relación sexual (consentida o no) sostenida con una persona mayor de 14 y menor de 18.

En esa medida, el Tribunal Constitucional (fundamento 31) señaló lo siguiente:

En cuanto a lo primero, se debe verificar la existencia de un fin de relevancia constitucional en la medida legislativa penal que limita un derecho fundamental. Esta verificación será uno de los ámbitos en los que se manifestará el aludido principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, así como el principio de lesividad. **En efecto, la prohibición de una conducta mediante la limitación de derechos fundamentales sólo será constitucionalmente válida si ésta tiene como fin la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional, y siempre y cuando la conducta prohibida lesione o ponga en peligro los referidos bienes jurídicos.** Precisamente, esta relevancia constitucional del bien jurídico que se pretende proteger y la dañosidad social de la conducta que lesione o ponga en peligro tal bien jurídico justifican que este bien sea merecedor de protección por parte de Estado [resaltado nuestro].

Este párrafo es importante, porque el Tribunal Constitucional hace una distinción entre el *principio de exclusiva de protección de bienes jurídicos*, que exige que una limitación de derechos fundamentales tenga por objetivo la protección de un bien jurídico de relevancia constitucional, del *principio de lesividad*, que exige más bien que la conducta, para que sea limitada válidamente en términos constitucionales, lesione o ponga en peligro el bien jurídico protegido.

Asimismo, en el caso concreto, el Tribunal Constitucional consideró que el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.° 28704, tenía un fin constitucionalmente legítimo, como es la protección del bien jurídico indemnidad sexual de los menores de 14 a 18 años de edad. En ese sentido, cumplía el subprincipio por idoneidad. Sin embargo, posteriormente se determinó que dicha medida no cumplía con los subprincipios de necesidad ni de proporcionalidad en sentido estricto, en la medida que vulneraba el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los adolescentes.

Por otro lado, la sentencia bajo comentario también es importante por cuanto señala que los jueces, en su labor interpretativa, deben respetar el principio de legalidad penal, lo que determina que no puedan: i) crear nuevos delitos vía interpretativa; ii) identificar sentidos interpretativos que cambien por completo o desnaturalicen el contenido normativo establecido por el legislador en la disposición penal o cambien el bien jurídico tutelado por el legislador penal; y iii) identificar sentidos interpretativos *in malam partem*.<sup>141</sup>

### 1.6.3. El bien jurídico penal requiere tener relevancia constitucional

Por otro lado, existen sentencias en las que el Tribunal Constitucional asume directamente la tesis constitucional del bien jurídico, al señalar la necesidad de que éste se funde en los derechos y valores reconocidos en la Norma Fundamental.

A mayor abundamiento, en la sentencia recaída en el Exp. N° 00012-2006-AI/TC, en la que se cuestionó diversos artículos del Decreto Legislativo N.° 961, Código de Justicia Militar Policial, el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente (fundamento 27):

Como lo ha sostenido este Colegiado en anterior oportunidad, desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como ilícita, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, sólo será constitucionalmente válida si tiene como propósito **la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional. Como resulta evidente, sólo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental.**

A continuación, para precisar el concepto de lo que se define por constitucionalmente relevante, el máximo intérprete de la Constitución estableció una definición tomando la definición del profesor CARBONELL MATEU (fundamento 28):

Por relevancia constitucional no ha de entenderse que el bien haya de estar concreta y explícitamente proclamado por la Norma Fundamental. Eso sí, habría de suponer una negación de las competencias propias del legislador ordinario. La Constitución contiene un sistema de valores compuesto por los derechos fundamentales, los derechos de los ciudadanos, aquellos que son necesarios y convenientes para hacer efectivos los fundamentales y los que simplemente se desprenden como desarrollo de aquellos. Por otra parte la interpretación que se realice de la norma fundamental no ha de ser estática sino dinámica; esto es adecuada a los cambios sociales y de cualquier otra índole que se vayan produciendo. De esta manera puede decirse que el derecho penal desarrolla, tutelándolos, los valores proclamados en la Constitución y los que de ella emanan; puede decirse, en fin, que detrás de cada precepto penal debe haber un valor con relevancia constitucional.<sup>142</sup>

Al respecto, consideramos que el Tribunal Constitucional, a partir de esta sentencia, **asume la tesis ecléctica dentro de la teoría constitucional del bien jurídico**, toda vez que los bienes jurídicos no se construyen automáticamente a partir de lo señalado en la Constitución, aunque finalmente deben referirse a un principio, valor o derecho contenido en él. Evidentemente, en ningún caso se podrá aceptar bienes jurídicos que contravengan los valores de la Constitución.

<sup>141</sup> Fundamento 67.

<sup>142</sup> El mismo fundamento ha sido desarrollado en la STC. Exp. N° 014-2006-AI/TC (fundamento jurídico 11).

En consecuencia, y siempre dentro de los límites que la Constitución establece, el legislador goza de un amplio margen para diseñar la política criminal del Estado. Entre tales límites no sólo se encuentra la proscripción de limitar la libertad personal más allá de lo estrictamente necesario, entre otros, sino también que la actividad punitiva del Estado sirva para la exclusiva protección de bienes constitucionalmente relevantes (fundamento 29).

De otro lado, el Tribunal Constitucional establece que el legislador debe evaluar la dañosidad de las conductas que pongan en peligro o afecten los bienes jurídicos de relevancia constitucional, así como que dichos bienes “*expresen las posibilidades de libre desarrollo del individuo mediante su participación en la sociedad*” (fundamento 30).

Finalmente, el Tribunal Constitucional hace suyo el concepto de bien jurídico penal adoptado por el profesor Luzón Peña, que establece que dichos bienes son

[C]ondiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad (o, si se prefiere, para el desarrollo de la vida de la persona, tanto como individuo en su esfera más íntima, cuanto en sus relaciones con la sociedad). Tales condiciones pueden consistir en objetos, materiales o inmateriales, relaciones, intereses o derechos, que en cualquier caso han de ser socialmente valiosos y por ello dignos de protección jurídica.

Esta sentencia, sin duda, marca una pauta en el tratamiento del bien jurídico, porque no solo adopta la tesis constitucional (en su versión ecléctica), sino que además señala la utilidad del bien jurídico, como mecanismo para la participación del individuo en la sociedad.

De otro lado, esta sentencia es importante también porque el Tribunal Constitucional analiza la constitucionalidad de los delitos previstos en el Código de Justicia Militar, verificando si se tratan de delitos de función, tal como lo exige el artículo 173 de la Constitución Política de 1993 o no.<sup>143</sup> Los delitos de función son aquellas conductas que claramente tienen índole militar o policial debido a que afectan bienes jurídicos institucionales de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, es decir, aquellos relevantes para la existencia organización, operatividad y cumplimiento de los fines que la Constitución asigna a las instituciones castrenses (fundamento 38).

A partir de esta definición, el máximo intérprete de la Constitución declaró la inconstitucionalidad de diversos artículos del Código de Justicia Militar, al considerar que los bienes jurídicos protegidos por dichos delitos no estaban vinculados a las funciones que cumplen las instituciones castrenses, de acuerdo a la Constitución.

En ese sentido, por ejemplo, el artículo 121° del CJMP sancionaba como delito lo siguiente: “*El militar o policía que agreda a un superior, en actos de servicio, causándole lesiones leves, será sancionado con pena privativa de la libertad, de seis meses a dos años*”.

---

<sup>143</sup> Competencia del Fuero Privativo Militar

Artículo 173.- En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el artículo 141 sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte.

Quienes infringen las normas del Servicio Militar Obligatorio están asimismo sometidos al Código de Justicia Militar.

Sobre este punto, el Tribunal Constitucional (fundamento 79) señaló que:

Como se aprecia, en la referida norma penal no se presentan todos los requisitos que identifican a los delitos de función. Así, mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (en actividad), que en acto de servicio o con ocasión de él, agrede a un superior, causándole LESIONES LEVES, afectando el bien jurídico INTEGRIDAD FÍSICA de una persona (que no es un bien jurídico institucional de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional). En consecuencia, teniendo en cuenta que el extremo del primer párrafo del artículo 121° del CJMP que establece: “causándole lesiones leves” no forma parte de las características básicas del delito de función, tal como lo exige el artículo 173° de la Constitución, el Tribunal Constitucional considera que tal extremo es inconstitucional.

Al respecto, consideramos que este caso es una muestra de la fuerza vinculante que tiene el *principio de protección de bienes jurídicos* dentro de nuestro ordenamiento. Ello, en la medida que, a través de dicho principio, es posible declarar la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, aunque solo se haya circunscrito a los delitos de función.

Así, a través de la sentencia bajo comentario, se declaró la inconstitucionalidad de diversos artículos del Código de Justicia Militar, al considerar que no configuraban delitos de función por no tutelar bienes jurídicos institucionales de la PNP y de las Fuerzas Armadas.

A pesar de dicha situación, se siguieron investigando a muchas personas por delitos de función que ya habían sido declarados inconstitucionales. Esto motivó a que se presentaran demandas de hábeas corpus y amparo, en los cuales el Tribunal Constitucional reiteró los criterios adoptados en la STC. 0012-2006-AI/TC.

Por ejemplo, en la sentencia recaída en el Exp. N° 2557-2009-HC/TC (fundamento 12), indicó lo siguiente:

Este Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 0012-2006-PI/TC al evaluar la constitucionalidad del artículo 147 del Código de Justicia Militar Policial (Decreto Legislativo N. ° 961) señaló que la Fe Pública no constituye un bien jurídico institucional propio y particular de las Fuerzas armadas (FJ 100), por lo que un tipo penal que tipifique un acto contra dicho bien jurídico no puede ser de competencia de la Justicia Militar.

#### **1.6.4. No todo bien jurídico requiere automáticamente una sanción penal para ser tutelado**

Por otro lado, el Tribunal Constitucional reconoce que la norma penal debe ser adecuada, a fin de garantizar una debida protección del bien jurídico (STC. Exp. N° 0017-2011-PI/TC, fundamento 8):

Conforme a lo expuesto, estaremos ante una actuación inconstitucional del legislador cuando la norma penal contenga una intervención excesiva en un derecho fundamental, pero también se presentará una situación inconstitucional si la norma no prevé una protección suficiente de los bienes constitucionales que pretende proteger.

Sin embargo, afirma que el legislador tiene un ámbito de discrecionalidad amplio para recurrir a la sanción penal en aras de proteger un bien jurídico (fundamentos 10 y 11):



Ahora bien, no se trata tampoco de que la sola existencia de un bien jurídico a ser protegido genere per se la necesidad de recurrir a la sanción penal para protegerla. Ello, no solo porque la sanción penal es la última ratio, lo que tiene como correlato constitucional el determinar que solo es posible recurrir a la restricción de derechos (libertad personal) cuando no sea posible lograr los mismos fines a través de medidas menos restrictivas, sino también porque el legislador goza de un razonable margen de discrecionalidad dentro de lo constitucionalmente posible (...), lo contrario, es decir, que la propia justicia constitucional termine decidiendo en todos los casos si se debe o no penalizar, resultaría atentatorio del principio democrático, por desconocer el margen de discrecionalidad del que goza el legislador.

Al respecto, cabe reiterar que lo que está ordenado por la Constitución es constitucionalmente necesario, lo que está prohibido por la Constitución, es constitucionalmente imposible y lo que la Constitución confía a la discrecionalidad del legislador es tan sólo constitucionalmente posible, porque para la Constitución no es necesario ni imposible (...)

Como lo precisa el Tribunal Constitucional, la preferencia por recurrir al Derecho Penal, a fin de garantizar la protección de un bien jurídico constituye una decisión que forma parte de lo “constitucionalmente posible”, por lo que está dentro del marco de su discrecionalidad.

No obstante, al momento de configurar los tipos penales, el legislador, si bien goza de discrecionalidad, *“se encuentra vinculado por los principios y valores de la Constitución, lo que posibilita el control constitucional”* (fundamento 13).

### **1.6.5. Nuevamente, bien jurídico y delitos de función**

En el año 2015 el Tribunal Constitucional expidió la sentencia recaída en el Exp. N° 0022-2011-PI/TC (en donde se analizó la constitucionalidad del artículo único de la Ley N° 29584, así como de los Decretos legislativos 1094 –que aprueba el Código Penal Militar-Policial - y 1095 –que establece reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional- ). Esta sentencia es importante porque reitera los argumentos establecidos en su oportunidad en la STC. 0012-2006-AI/TC.

Así, con respecto al bien jurídico protegido en los delitos de función (fundamentos 87 y 88), afirma que:

El Tribunal Constitucional considera que, desde una perspectiva político-criminal compatible con la Constitución, deben entenderse como bienes jurídico- penales a todas las circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal edificado sobre esa finalidad. Razón por la cual la tutela especializada de bienes jurídicos propios de las FFAA y la PNP no puede ser contraria a tal premisa básica, esto es, la protección, a través del derecho penal común, de las circunstancias y finalidades indispensables para el desarrollo de la persona humana en la sociedad.

En coherencia con los elementales principios de lesividad y última ratio, consustanciales al derecho penal del Estado constitucional y democrático de Derecho, por tanto, aplicables también al derecho penal militar policial, el delito de función debe implicar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico institucional y exigir un vínculo directo con las funciones constitucionales asignadas a la fuerza pública. Debe ser, entonces, un ilícito cuya magnitud suponga un grave atentado contra un bien jurídico propio, particular

y relevante para la existencia, organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses.

Del texto se advierte que: i) se adopta la definición de bien jurídico formulada por ROXIN, que se identifica como un autor de la corriente constitucionalista del bien jurídico; ii) se reconoce al principio de lesividad como elemento de un Estado constitucional y democrático de Derecho.

Asimismo, para el Tribunal Constitucional (fundamento 89), los delitos de función deben afectar los bienes jurídicos institucionales, que implican que se afecte o ponga en riesgo:

- a) La existencia de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional;
- b) la organización de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional;
- c) la operatividad de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional;
- d) las funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional;
- e) la actuación de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional;
- f) la seguridad del estado; y
- g) la disciplina de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional

La eficacia del bien jurídico para determinar la constitucionalidad de un tipo penal se verifica, por ejemplo, en el caso del artículo 86 del Decreto Legislativo N° 1094 que señala lo siguiente

Artículo 86.- El militar o el policía que, en estados de excepción y cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno, sin facultad legal y sin justa causa establezca contribuciones, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

En opinión del Tribunal Constitucional (fundamento 207):

[E]sta disposición penal no sanciona la lesión de un bien jurídico castrense, como la disciplina, sino que más bien protege bienes jurídicos comunes, incluyendo el patrimonio y el buen funcionamiento de la administración pública, frente a la conducta del militar o policía (en actividad) que, en el ejercicio de la función (en acto de servicio o con ocasión de él) durante los estados de excepción, exija o establezca contribuciones sin tener "facultad legal" ni "justa causa".

De allí se concluye que, al no tutelar un bien jurídico institucional sino uno de carácter común, no constituye delito de función. En atención a ello, este delito se declaró inconstitucional (fundamentos 208 y 209).

#### **1.6.6. Acuerdo de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia sobre el bien jurídico**

Por su parte, también las salas penales de la Corte Suprema han señalado, en algunos acuerdos plenarios, una definición de lo que se debe entender por bien jurídico, asumiendo la tesis constitucional. En ese sentido, en el Acuerdo Plenario 01-2012/CJ-116: *"Reconducción del delito de abuso sexual no consentido por adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años de edad, al artículo 170 del Código Penal"* (fundamento 10) se indica lo siguiente:

- El bien jurídico queda establecido dentro de la norma jurídica, de manera que a cada norma le corresponde un bien jurídico. Este es creado por el derecho que elige los objetos que en opinión del legislador merecen protección; así, bien jurídico será todo lo que, aún no constituyendo derecho, es valorado por el legislador como condición para que la vida comunitaria se desarrolle normalmente. Por lo que es interés de la comunidad conservarlo íntegro protegiéndolo mediante normas jurídicas. El objetivo del legislador no es la defensa de intereses jurídicos individuales sino el mantenimiento de las condiciones complejas para que la paz social no sea perturbada y los individuos puedan desarrollarse normalmente y ejercer sus derechos en libertad.
- **Todo bien jurídico debe partir de los principios fundamentales basados en la Constitución a través de los cuales se les marcan sus límites de potestad punitiva al Estado**, calificando a los bienes jurídicos como aquellas circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema (resaltado nuestro).
- El Derecho Penal no puede intervenir en todos los conflictos sociales, sino que se limita a la protección de los valores fundamentales del orden social, estos valores son los denominados bienes jurídicos -interés jurídicamente tutelado-. Un Derecho Penal democrático sólo debe proteger aquellos bienes jurídicos que se valoran como absolutamente indispensables para la permanencia y el desarrollo de la coexistencia pacífica. Por ende, no existen bienes jurídicos que fluctúan libremente sin estar asignados a un titular, sino sólo aquellos de cuya titularidad goza un individuo o un colectivo.
- De ahí que el artículo IV del Título Preliminar del CP ha establecido que la imposición de pena necesariamente requiere la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley; entiéndase bienes jurídicos relativos al tipo penal correspondiente (expresión del carácter estricto del tipo penal), para no extender los alcances del Derecho Penal fuera de los límites de lo racional.
- Si bien la fuente principal del Derecho Penal es la ley, su aplicación es insuficiente a partir de una mera interpretación literal de la misma, ya que en la actualidad la interpretación teleológica es el más importante criterio de interpretación, lo cual evidentemente se efectúa con el apoyo de la jurisprudencia, la costumbre, principios generales del derecho, la doctrina, entre otras fuentes. Lo anterior va de la mano con la concepción de bien jurídico, pues esta constituye la base de la estructura e interpretación de los tipos, siendo el núcleo central y directriz en la formación del tipo, constituyendo así mismo el motivo y el límite del Derecho Penal.
- El bien jurídico tutelado en los tipos penales constituye su esencia; no es de libre generación o determinación, menos aún judicial, y desde que no existe en el Estado Democrático de Derecho un solo tipo penal que no afecte o ponga en riesgo algún bien jurídico de relevancia tal que merezca protección bajo amenaza de sanción como delito, se ha de concluir que forma parte del carácter estricto relativo a la tipología penal.

Además, este acuerdo plenario es importante porque establece la definición de bien jurídico, las características del mismo así como la importancia del bien jurídico en la interpretación del tipo penal.

### 1.7. Comentario final

De lo expuesto, se advierte entonces que en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, en el que la Constitución tiene eficacia directa y vinculante, los principios, derechos y valores contenidos en ésta deben ser tutelados por el Derecho Penal,

respetando siempre un margen de discrecionalidad para el legislador para que concrete dicha protección, tal como lo exige la tesis ecléctica de la teoría constitucional del bien jurídico penal, que ha sido asumida en nuestro sistema jurídico, de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En ese contexto, la determinación del bien jurídico no puede desconocer los derechos, principios y valores contenidos en la Constitución. De allí que sea fundamental que los conceptos y definiciones adoptados en sede constitucional deban ser valorados por el intérprete al momento de definir el contenido del bien jurídico protegido por un tipo penal. Esta conclusión será fundamental para el desarrollo del siguiente capítulo, en el que se pretenderá identificar y delimitar el bien jurídico protegido por un delito en particular: la trata de personas.



## CAPÍTULO II

### LAS TEORÍAS SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS

#### 2.1. La tipificación del delito de trata de personas en el Perú

##### 2.1.1. Antecedentes: la Constitución Política de 1993

El artículo 2° inciso 24 literal b) de la Constitución señala lo siguiente:

*Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: (...) b. No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. **Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas** (el resaltado es nuestro).*

Al respecto, se aprecia que en la Constitución Política de 1993, norma suprema del ordenamiento jurídico peruano, a la par del reconocimiento del derecho a la libertad personal, se establece expresamente que está prohibida la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas. Cabe precisar que dicho articulado es casi idéntico al previsto en la Constitución de 1979,<sup>144</sup> por lo que la prohibición de la trata de personas –al más alto nivel- ya estaba reconocida en la Norma Fundamental anterior.

En ese sentido, se puede inferir lo siguiente:

- Para el constituyente, existe un vínculo entre el derecho a la libertad personal y la trata de personas, entendida como una restricción de aquella sobre la que no se puede plantear justificación alguna.
- Si bien se reconocen a la esclavitud, a la servidumbre y a la trata de seres humanos como fenómenos que atentan contra la libertad personal, también de manera implícita se distinguen entre sí. En esa medida, la trata de personas es un fenómeno autónomo e independiente de los otros mencionados, incluyendo a la esclavitud.

Al respecto, MARCIAL RUBIO<sup>145</sup> ha señalado que la vinculación de libertad personal con la trata de seres humanos se basa en diversos tratados internacionales que reconocen dicha relación: Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 4); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 8); Declaración Americana de Derechos Humanos

<sup>144</sup> Constitución de 1979. Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: (...) 20.- A la libertad y seguridad personales. En consecuencia: (...) b) No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo los casos previstos por la ley. **Están abolidas la esclavitud, servidumbre y trata en cualquiera de sus formas** (resaltado nuestro).

<sup>145</sup> RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Fondo Editorial PUCP. Lima, 1999. TOMO I. Pág. 446-447.

(Art. 6); así como en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Art. 6).

Sobre la definición de “trata de seres humanos”, afirma que:

[La] trata es la realización de actividades comerciales teniendo como objeto del contrato respectivo a un ser humano. Se produce cuando se comercia esclavos, cuando se pone a disposición a seres humanos para la prostitución a cambio de un pago a quien los facilita, cuando se alquila o vende niños para que sean utilizados como servidores domésticos y en muchas otras circunstancias similares”.<sup>146</sup>

Igualmente, RUBIO CORREA, EGUIGUREN PRAELI y BERNALES BALLESTEROS señalan que la trata de seres humanos “(...) es su explotación sexual, laboral o la privación de su libertad bajo formas de esclavitud o servidumbre. La tecnología reciente incluye la posibilidad de que se explote a los seres humanos extrayendo sus órganos para finalidades de trasplante. En la trata, casi siempre hay un interés económico de parte de quien explota a los seres humanos, aunque basta la privación de la libertad bajo estas formas para que se configure la ilicitud”.<sup>147</sup>

En esa misma lógica, VARSÍ ROSPIGLIOSI y SIVERINO BAVIO señalan que “la prohibición de la esclavitud, servidumbre y trata de personas (...) tiene una raigambre clásica”, refiriéndose concretamente a la esclavitud. Sin embargo, destacan que, en la actualidad, es la trata de personas la que ha alcanzado dimensiones inusitadas, generando la adopción de un instrumento internacional específico, así como de diversas iniciativas a nivel mundial sobre el tema.<sup>148</sup>

En suma, no existe duda alguna que, de acuerdo a nuestra Constitución, la trata de personas constituye una conducta prohibida, en cualquiera de sus formas, lo que debe ser tomado en cuenta en adopción de todas las normas y políticas públicas sobre el tema, a fin de cumplir dicho mandato.<sup>149</sup>

Esta prohibición debe complementarse con lo dispuesto por el Tribunal Constitucional sobre el tema de trata de personas, en tanto supremo intérprete de la Constitución. En ese sentido, se tiene lo siguiente:

- En la resolución recaída en el **Exp. N° 03933-2009-PHC/TC** (caso Rojas Cuarite),<sup>150</sup> referido a un caso de trata de personas con fines de explotación sexual

<sup>146</sup> RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Fondo Editorial PUCP. Lima, 1999. TOMO I. Pág. 454.

<sup>147</sup> RUBIO CORREA, Marcial, EGUIGUREN PRAELI, Francisco y BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución*. Fondo editorial PUCP. Lima, 2010. pp. 669-670.

<sup>148</sup> GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter (director). *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima, 2005. pp. 240-245.

<sup>149</sup> Así se resalta en los considerandos del D.S. 004-2011-IN (que aprueba el Plan Nacional de Acción contra la Trata de Personas 2011-2016), al señalar que: “la Ley Fundamental también establece que están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas, mandato que requiere el desarrollo de una serie de políticas y acciones coordinadas de los organismos del Estado comprometidos con la lucha contra la trata de personas”

<sup>150</sup> Los datos del caso son los siguientes:

- Doña Luz Delia Rojas Cuarite interpuso demanda de hábeas corpus, cuestionando la sentencia del Primer Juzgado Penal de Juliaca (Exp. N° 031-2005) que se le impuso por el delito de trata de personas en agravio de menores de edad.

en agravio de menores de edad, los magistrados César Landa Arroyo y Ernesto Álvarez Miranda emitieron un fundamento de voto<sup>151</sup> interesante, resaltando la gravedad del delito de trata de personas cuando las víctimas son niños, niñas y adolescentes:

- ❖ La denominada labor de “*damas de compañía*” realizada por menores de edad en centros nocturnos, atenta contra la dignidad de éstas (Art. 1 de la Const.), y fomenta además la explotación sexual infantil, lo que es inconstitucional a la luz del artículo 4° de la Constitución.
- ❖ La incorporación de niños, niñas y adolescentes con necesidades económicas, en ambientes en donde prolifera el alcoholismo y la prostitución genera dos consecuencias negativas. De un lado, se afecta irreversiblemente el ámbito espiritual y psicológico de aquellos, en cuanto resultan ser víctimas de episodios traumáticos que determinarán sus personalidades y la manera en que se relacionarán con otros individuos. De otro lado, los menores de edad se ven expuestos a enfermedades de transmisión sexual, con las graves consecuencias que éstas pueden causarles.
- ❖ En consecuencia, es necesario que el Estado combata estas prácticas, atacando no solo el acto en sí, **sino los pasos previos para que se concreten tales situaciones**. De igual forma, es importante que los operadores jurídicos apliquen la legislación de conformidad con el principio de supremacía del interés del Niño, tomando en cuenta precisamente la fragilidad de la personalidad de los niños y adolescentes.

De lo expuesto se advierte que, dada la necesidad de evitar un daño irreversible en los menores de edad que son explotados sexualmente, es necesario combatir los actos previos a dicha explotación. De esta forma, se estaría legitimando constitucionalmente la tipificación del delito de trata de personas, ya que sanciona la captación, transporte, traslado, acogida, recepción y retención de las víctimas con fines de explotación, sin necesidad de que ésta se concrete.

- Recientemente, el máximo intérprete de la Constitución emitió la sentencia recaída en el **Exp. N° 05149-2014-PHC/TC**, en donde nuevamente se pronuncia por la gravedad del delito de trata de personas. En ese sentido, señaló que “(...) este *Tribunal Constitucional desea llamar la atención sobre la gravedad del delito de*

- 
- En el proceso penal se acreditó que Rojas Cuarite fue la persona que, aprovechando la extrema necesidad de trabajo de las menores víctimas, las trasladó desde Cusco a Juliaca con la finalidad de que trabajen en el club nocturno Harlem. Asimismo, la propietaria de dicho local declaró que no sabía que las agraviadas eran menores de edad y que no las obligó a tener relaciones sexuales con los clientes, sino que solamente se encargaban de acompañar y hacer consumir los licores.
  - En el proceso constitucional de hábeas corpus, la señora Rojas Cuarite alegó la afectación del principio de legalidad penal, por cuanto fue condenada por el delito de trata de personas en agravio de menores de edad, a pesar de que las adolescentes que trabajaron para ellas en un night club nunca fueron captadas para ejercer la prostitución, trabajando únicamente como damas de compañía.
  - Finalmente, la demanda de hábeas corpus fue declarada improcedente.

<sup>151</sup> Debe precisarse que en el fundamento de voto, el magistrado que suscribe coincide con el sentido final del fallo, pero considera que deberían esgrimirse otros argumentos o razones adicionales para sustentar aún más la decisión final. También se denomina “*concurring opinión*”. Ver en: NEYRA ZEGARRA, Ana Cristina. *La formación de la sentencia en el Tribunal Constitucional. Panorámica general*. En: Revista Gaceta Constitucional N° 28. Lima. Pág. 82.

*trata de personas, cuya incidencia a nivel internacional como nacional obliga a la judicatura a redoblar esfuerzos por afrontar los casos que son sometidos a su conocimiento conforme a los estándares derivados del debido proceso”.*<sup>152</sup>

Al respecto, indica cifras de instituciones públicas y privadas sobre el tema, en donde evidencia que la mayor cantidad de víctima de este flagelo lo constituyen niños, niñas y adolescentes, exigiendo una mayor actuación del Estado en estos casos. Así, afirma que:

Fluye de las cifras mencionadas que se trata de un delito que afecta con especial intensidad a los menores de edad, de ahí que el Tribunal Constitucional desea reiterar lo expuesto con ocasión de resolver el expediente N° 01817-2009-PHC/TC. Allí, al hacer referencia al mandato de protección especial a los niños y adolescentes que deben otorgar la comunidad y el Estado conforme a lo previsto en el artículo 4° de la Constitución, el Tribunal Constitucional destacó que: "Este énfasis tuitivo se debe a su condición de debilidad manifiesta para llevar una vida totalmente independiente, de modo que por la situación de fragilidad, inmadurez o inexperiencia en que están los menores frente a los adultos, se le impone a la familia, a la comunidad, a la sociedad y al Estado, la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar tanto su desarrollo normal y sano en los aspectos biológico, físico, psíquico, intelectual, familiar y social, como la promoción y preservación de sus derechos y el ejercicio pleno y efectivo de ellos" (cfr. STC recaída en el expediente 01817-2009- PHC/TC. Lima. J.A.R.R.A. y V.R.R.A., de fecha 7 de octubre del 2009, FJ 5).<sup>153</sup>

En síntesis, se advierte que: i) existe una disposición constitucional que prohíbe la trata de personas; ii) el Tribunal Constitucional ha reconocido la gravedad de este terrible delito, en especial cuando las víctimas son niños, niñas y adolescentes.

Sin embargo, un aspecto que todavía no se ha abordado es el siguiente: ¿la prohibición establecida en la Constitución conlleva automáticamente la tipificación penal de la trata de personas? Al respecto, rechazamos la existencia de mandatos expresos de tipificación que surjan de la Constitución. Y es que, tal como se afirmó en el capítulo anterior, la teoría constitucional de bienes jurídicos en sentido ecléctico -que es la tesis que asumimos-, considera que la protección de los principios y valores establecidos en la Constitución no implican automáticamente, y en todos los casos, recurrir al Derecho penal para su protección, ya que es potestad del legislador determinar ello.

En ese sentido, el hecho que la Constitución establezca expresamente como práctica prohibida a la trata de personas no quiere decir categóricamente que tenga que tipificar dicha conducta como delito. Para ello se requerirá de otros argumentos que, en el caso de trata de personas sí existen, tal como se analizará a continuación.

### **2.1.2. Protocolo Para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo, 2000)**

<sup>152</sup> Fundamento jurídico N° 16.

<sup>153</sup> Fundamento jurídico N° 19.



Como veremos en este punto, otro instrumento que sirve de parámetro para la tipificación del delito de trata de personas en el Perú lo constituye, qué duda cabe, el Protocolo Para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, más conocido como Protocolo de Palermo, que será analizado a continuación. Sin embargo, antes es necesario ver, al menos de manera breve, los instrumentos que le antecedieron.

#### **a. Instrumentos internacionales previos al Protocolo de Palermo**

Existen diversos instrumentos internacionales previos al Protocolo de Palermo. Al respecto, desde la aparición de la Sociedad de las Naciones (antecedente de la ONU) se han expedido convenciones instrumentos sobre trata de personas vinculados a dos grandes formas de explotación: la laboral y la sexual.<sup>154</sup>

En el primer caso (trata con fines de explotación laboral), se tienen los siguientes instrumentos:

- Convención sobre la Esclavitud de 1926, expedida en Ginebra.
- Convenio 29 OIT sobre Trabajo Forzoso (1930).
- Convenio 105 OIT sobre Abolición del Trabajo Forzoso (1957).
- La Convención suplementaria sobre abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, hecha en Ginebra (1956).

En el caso de la trata con fines de explotación sexual, los instrumentos referidos al tema son:

- Acuerdo Internacional para la Represión de la Trata de Blancas (18 de mayo de 1904).
- Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas (1910).
- Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños (1921).
- Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres mayores de edad (1933).
- Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena (1950): es el emblema normativo del movimiento abolicionista, porque criminalizó el proxenetismo, la tercería locativa y el rufianismo.<sup>155</sup>

Estos instrumentos internacionales, si bien contemplan medidas para la lucha contra la trata de personas, -evidenciando la importancia que ha tenido dicho tema en la agenda de los Estados desde inicios del siglo pasado- son incompletos, en la medida que abordan el fenómeno desde diversas perspectivas, distinguiendo entre personas (esclavos, niños y mujeres), momentos (contemplando acciones frente a los actos previos a la explotación como en la fase de explotación misma, como es el caso del trabajo forzoso), modalidades (sexual y laboral), entre otros criterios.

Esta dispersión en el tratamiento del tema fue reconocida en el preámbulo del Protocolo de Palermo, al señalar que:

---

<sup>154</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. El delito de trata de seres humanos. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Pág. 41

<sup>155</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. El delito de trata de seres humanos. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Pág. 44

(...) Teniendo en cuenta que si bien existe una gran variedad de instrumentos jurídicos internacionales que contienen normas y medidas prácticas para combatir la explotación de las personas, especialmente las mujeres y los niños, no hay ningún instrumento universal que aborde todos los aspectos de la trata de personas (...).

Bajo este contexto es que se emite el Protocolo de Palermo, que contiene una serie de disposiciones innovadoras sobre el tema, como veremos en breve.

## **b. Contenido del Protocolo de Palermo**

Este instrumento internacional fue ratificado por el Estado peruano y se encuentra vigente en nuestro país desde el 2003.<sup>156</sup> Se concibe a este tratado como el “instrumento internacional contemporáneo por excelencia”, debido, entre otros aspectos, a que establece una concepción normativa de trata no circunscrita únicamente a la explotación sexual;<sup>157</sup> además de ir más allá del concepto de trata de blancas e incorporar una serie de conductas realizadas con determinados medios y con invariable finalidad de explotar a la víctima con independencia de su nacionalidad.<sup>158</sup>

Como señala IGLESIAS SKULJ:

(...) La definición de trata se considera como una de las más completas sobre el fenómeno en comparación con otras recogidas en otros instrumentos legales o declaraciones, ya que ésta abarca distintas formas y manifestaciones de la trata de seres humanos.

Se produce de esta forma un avance respecto de, por ejemplo, la definición de la Convención de Naciones Unidas para la Represión de la Trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena (1949), o del Protocolo sobre la Venta, prostitución y pornografía infantil (2000), anexo a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, o en la Acción Común adoptada por el Consejo de la UE, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de niños (1997), textos que describen el fenómeno centrándose en la explotación sexual de determinados colectivos.<sup>159</sup>

Al respecto, establece diversas acciones que deben ser cumplidas por los Estados en el marco de la lucha contra la trata de personas, que están divididas en 4 ejes:<sup>160</sup>

- 1. El eje de prevención**, que se refiere a todas aquellas acciones destinadas a prevenir y evitar que se configure la trata de personas, como actividades de investigación y campañas de información y difusión, actividades de capacitación dirigidas a funcionarios públicos encargados de hacer cumplir la ley o la adopción

<sup>156</sup> Aprobado por Resolución Legislativa N° 27527, de fecha 4 de octubre de 2001. Ratificado por Decreto Supremo N° 088-2001-RE. Instrumento de ratificación depositado el 23 de enero de 2002. Fecha de ratificación el 19 de noviembre de 2001. Fecha de entrada en vigencia el 29 de septiembre de 2003.

<sup>157</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Tráfico y trata de seres humanos: regulación internacional y europea. Pág. 37. En: AA.VV. Estudios sobre la lucha contra la trata de seres humanos. 1era Edición. Thomson Reuters-Aranzadi. Navarra, 2013.

<sup>158</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional. Thomson Reuters-Aranzadi. Pamplona, 2011. Pág. 34.

<sup>159</sup> IGLESIAS SKULJ, Agustina. La trata de mujeres con fines de explotación sexual: una aproximación político-criminal y de género. 1era Edición. Editorial Didot. Buenos Aires, 2013. pp. 111-112.

<sup>160</sup> Defensoría del Pueblo. Informe Defensorial N° 158: La trata de personas en agravio de niños, niñas y adolescentes. Serie informes defensoriales. Lima, 2012. p. 29-31.

de medidas legislativas, educativas, sociales y culturales con el fin de desalentar la demanda que propicia cualquier forma de explotación conducente a la trata de personas, especialmente de mujeres y niños.

2. **El eje de protección y asistencia a las víctimas**, que alude a todas aquellas medidas que deben asumir los Estados parte para brindar asistencia y protección a las víctimas de trata de personas a través de acciones destinadas a proteger su privacidad e identidad garantizando la confidencialidad de las actuaciones judiciales, así como de actividades destinadas a su recuperación física, psicológica y social, entre otros aspectos.
3. **El eje de cooperación nacional e internacional**, referido a todas las acciones destinadas a coordinar esfuerzos institucionales para erradicar la trata de personas, tanto a nivel interno como en el ámbito internacional. Dentro de este eje se encuentran las medidas referidas a la repatriación de las víctimas, controles fronterizos, así como las acciones de coordinación entre entidades del sector público y de la sociedad civil.
4. **El eje de persecución y sanción**, que establece las medidas que tienen por objeto la criminalización y judicialización de la trata de personas. Se puede señalar, entre otras, la obligación de tipificar la trata como delito en los ordenamientos jurídicos de cada Estado parte o la tipificación de la tentativa y la participación de terceros en la comisión del hecho delictivo. Debe precisarse que las medidas procesales para la lucha contra la trata de personas —referidas a las técnicas especiales de investigación, asistencia judicial, etc.— se encuentran recogidas en la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de Palermo, la cual se aplica de manera complementaria a los casos de trata de personas.

Como se advierte, las acciones que se deben adoptar frente a la Trata de Personas, tal como están previstas en el Protocolo de Palermo, exceden la esfera penal y contemplan también otros ámbitos, entre los que destaca la protección y asistencia a las víctimas. En esa medida, dicho instrumento, si bien se centra en el aspecto punitivo (perspectiva criminocéntrica) establece medidas a favor de las víctimas, dándole cabida a un enfoque victimocéntrico.<sup>161</sup> Para la presente investigación, abordaremos el tema exclusivamente desde el eje de persecución y sanción, vinculado directamente con el Derecho Penal.

Siguiendo dicho propósito, el artículo 3 del Protocolo de Palermo mencionado establece la definición de lo que se debe entender por “trata de personas”, en los siguientes términos:

#### *Artículo 3*

##### *Definiciones*

*Para los fines del presente Protocolo:*

*a) Por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una*

---

<sup>161</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Tráfico y trata de seres humanos: regulación internacional y europea. Pág. 42. En: AA.VV. Estudios sobre la lucha contra la trata de seres humanos. 1era Edición. Thomson Reuters-Aranzadi. Navarra, 2013; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional. Thomson Reuters-Aranzadi. Pamplona, 2011. Pág. 161.

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;

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

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

d) Por "niño" se entenderá toda persona menor de 18 años.

Como se aprecia, la trata, como concepto, no alude a la fase de explotación de los servicios de una persona -que constituyen actos de esclavitud propiamente dichos-, sino al proceso conducente a dicha situación.<sup>162</sup> Así:

(...) El concepto de trata no se focaliza específicamente en la fase de explotación, que constituye la finalidad del proceso y que a menudo es la fase que más se dilata en el tiempo, sino que se circunscribe al tránsito de una situación de no sometimiento a la de sometimiento (...) La trata constituye un simple mecanismo mediante el cual conseguir esclavizar a las personas. Esto es, se trata de la referencia nominativa al proceso de esclavización, pero no al resultado de tal proceso, que es en lo que constituye propiamente la esclavitud, también la moderna.<sup>163</sup>

Aunque, en opinión de otro sector de la doctrina, el concepto de trata de seres humanos, al representarla como un conjunto de actos concatenados entre sí, ya importan una explotación y no una mera finalidad. Como señala ABOSO, en este ámbito se propone distinguir, por un lado, el *Slave Trading*, que consiste precisamente en las distintas fases que componen el tráfico de personas, al incluir el reclutamiento, el transporte y la recepción de individuos en condición de esclavitud, y por otro, la *Slavery*, como el proceso coercitivo mediante el cual se logra que la persona sea finalmente explotada.<sup>164</sup>

Esta es la definición moderna de lo que debe entenderse por trata de personas. No obstante, un sector de la doctrina considera que dicho concepto, si bien es novedoso y se adapta a las circunstancias del siglo XXI, todavía es demasiado impreciso y vago, compuesto por términos y expresiones formulados de forma ambigua que pueden generar discrepancias interpretativas en su aplicación.<sup>165</sup>

### c. Obligación de tipificar el delito de trata de personas

<sup>162</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional. Thomson Reuters-Aranzadi. Pamplona, 2011. Pág. 58.

<sup>163</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional. Thomson Reuters-Aranzadi. Pamplona, 2011. Págs. 57-58.

<sup>164</sup> ABOSO, Gustavo Eduardo. Trata de personas. La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual. Editorial B de F. Madrid, 2013. Pág. 10.

<sup>165</sup> LÓPEZ RODRÍGUEZ, Josune. Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra, 2016. Pág. 40

Por otro lado, en opinión de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), la principal razón para definir a la trata de personas en el derecho internacional era imponer un cierto grado de armonización de conceptos basada en un consenso.<sup>166</sup> Señala también que:

La finalidad perseguida era, a su vez, servir de base a la tipificación en el derecho interno de delitos que fuesen suficientemente análogos como para reforzar una cooperación internacional eficiente en la investigación y seguimiento de los casos. Además de entrañar ventajas directas en ese ámbito, también era de prever que una definición concertada armonizaría a su vez la investigación con otras actividades, lo que permitiría una mejor comparación de los datos nacionales y regionales y daría una visión global más clara del problema. El requisito de penalizar la trata se concebía como un elemento de una contraestrategia global que también comprendería la prestación de apoyo y asistencia a las víctimas y que integraría la lucha contra la trata en los esfuerzos de más vasto alcance contra la delincuencia organizada transnacional.<sup>167</sup>

En esa lógica, el artículo 5 del Protocolo de Palermo señala lo siguiente:

#### *Artículo 5*

##### *Penalización*

**1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas en el artículo 3 del presente Protocolo, cuando se cometan intencionalmente.**

**2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito:**

- a) *Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo;*
- b) *La participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo; y*
- c) *La organización o dirección de otras personas para la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo.*

En ese sentido, este tratado internacional obliga a los Estados que lo suscriben a adoptar las medidas legislativas “y de otra índole que sean necesarias” para incorporar como delito las conductas calificadas como “trata de personas”, de acuerdo al Protocolo de Palermo.

Sobre este punto, MATUS ACUÑA señala que aquellos delitos cuya tipificación se impone como parte de las obligaciones establecidas en tratados internacionales forman parte de los denominados “*crímenes de trascendencia internacional*”, tal como ocurre en el caso de trata de personas. En ese sentido, la asunción voluntaria de obligaciones por parte de Estados que luego refrendan los tratados en cuestión de manera democrática, constituye la fuente legítima de estas obligaciones de penalización.<sup>168</sup>

<sup>166</sup> UNODC. Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Naciones Unidas. Nueva York, 2004. p. 271.

<sup>167</sup> UNODC. Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Naciones Unidas. Nueva York, 2004. p. 271.

<sup>168</sup> MATUS ACUÑA, Jean Pierre. La política criminal de los tratados internacionales. *Ius et Praxis*. Vol 13, Núm. 1, 2007. pp. 267-289. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19713110> (consultado el 6 de noviembre de 2015).

De otro lado, en el caso de la trata de personas, así como otros delitos reconocidos en convenciones internacionales, existe una opinión común entre diversos países sobre la gravedad de dicha conducta, así como de la necesidad de adoptar una respuesta uniforme:

Incluso el hecho de que también adhieran a estos tratados un no despreciable número de Estados de distintas culturas jurídicas, no necesariamente democráticas, da cuenta de que más allá de estas diferencias culturales, existe un consenso generalizado de que ciertos hechos que (sic) deben ser castigados penalmente de manera relativamente uniforme.<sup>169</sup>

Por tanto, el Protocolo de Palermo establece expresamente un deber de penalización del delito de trata de personas, al considerarlo una conducta delictiva grave con trascendencia internacional. Sin embargo, cabe precisar lo siguiente:

a) El Protocolo de Palermo, en la medida que: i) regula las medidas aplicables para combatir la trata de personas, que tiene impacto en el derecho a la libertad, la integridad y la vida de las personas; y ii) establece todo un sistema de protección a favor de todas las personas que se encuentran bajo la jurisdicción de los Estados que la suscriben, a fin de proteger los derechos humanos; configura un tratado de derechos humanos.<sup>170</sup> En ese sentido, dicho tratado tiene rango constitucional, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia.<sup>171</sup>

b) A pesar de la jerarquía con la que cuenta este tratado internacional, la disposición que ordena la tipificación del delito de trata de personas es una norma *non self executing*, es decir, no puede ser aplicada directamente sino que requiere de una norma interna de desarrollo que cumpla la disposición internacional. Tal como lo establece el profesor MONTOYA VIVANCO:

En nuestra consideración, las normas internacionales de derechos humanos de carácter incriminatorio son, en general, no autoaplicativas, esencialmente en virtud de las exigencias y alcances del principio de legalidad penal. En efecto, se trata de un principio fundamental del Estado de derecho que se encuentra reconocido en el artículo 2.24.d. de la Constitución Política y en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal. Tal como se ha redactado este principio y teniendo en cuenta la forma en la cual ha sido reconocido por la literatura penal y la jurisprudencia del TC, impediría una recepción inmediata de normas del derecho penal internacional que impliquen nuevos ámbitos de incriminación de conductas.<sup>172</sup>

<sup>169</sup> MATUS ACUÑA, Jean Pierre. La política criminal de los tratados internacionales. *Ius et Praxis*. Vol 13, Núm. 1, 2007. pp. 267-289. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19713110> (consultado el 6 de noviembre de 2015).

<sup>170</sup> MONTOYA VIVANCO, Yván. *Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de trata de personas*. Organización Internacional para las Migraciones (OIM)-Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Idehpucp). Lima, 2012. Pág. 41.

<sup>171</sup> “Nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades. Estos tratados no solo son incorporados a nuestro derecho nacional –conforme al artículo 55.º de la Constitución– sino que, además, por mandato de ella misma, son incorporados a través de la integración o recepción interpretativa” (STC. Exp. N° 0007-2007-AI/TC, fundamento 13).

<sup>172</sup> MONTOYA VIVANCO, Yván. El derecho internacional y los delitos. p. 43. En: MACEDO, Francisco (coordinador). *Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú - IDEHPUCP. Lima, 2007.

En ese sentido, para sancionar a la trata de personas como delito, en los términos exigidos por el Protocolo de Palermo, es necesario que el legislador emita una norma introduciendo dicho delito dentro del ordenamiento jurídico peruano. Nótese que el Protocolo de Palermo señala que cada Estado parte “adoptará” las medidas legislativas correspondientes, lo que evidencia un mandato. Al respecto, cabe precisar que este Protocolo presenta un enfoque *criminocéntrico* de la trata, toda vez que sus disposiciones se centran en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, otorgando a la protección y reparación de las víctimas un papel claramente subsidiario o secundario.<sup>173</sup>

c) Finalmente, esta obligación de tipificar a nivel interno el delito de trata de personas, prevista en el Protocolo de Palermo -ratificado por el Estado peruano- debe ser concordada con la disposición constitucional analizada anteriormente: “(...) *Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas*” (Art. 2, inciso 24, literal “b”). Como se señaló, esta norma, si bien establece expresamente que la trata de personas es una conducta prohibida dentro de nuestro ordenamiento, no señala de qué forma se concretiza dicha prohibición (por ejemplo, a través del Derecho penal, administrativo sancionador, etc.); por lo que, a ese nivel, no existiría ningún mandato, para el Estado peruano, de calificar a la trata internamente como delito. Sin embargo, el mandato de tipificación de la trata de personas prevista en el Protocolo de Palermo sí opta expresamente por la vía penal como respuesta a la lucha contra la trata de personas.

En esa medida, y dado que la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece que *“las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”*; ahora sí es posible afirmar que la tipificación del delito de trata de personas en el Perú constituye una obligación constitucional de penalización.

Sobre los aspectos que debe tomar en cuenta el legislador al momento de tipificar el delito de trata en el ordenamiento jurídico interno de un país, la UNODC afirma que es más importante que se refleje el sentido del Protocolo de Palermo, más que los términos utilizados. En ese sentido, *“(...) la mera incorporación de la definición y los elementos de penalización en el derecho nacional no será suficiente; dadas las características y la complejidad de la trata y demás formas de delincuencia organizada transnacional, se aconseja a los encargados de elaborar leyes y a los legisladores que examinen, redacten y definan los delitos y las disposiciones con sumo cuidado”*.<sup>174</sup> Por ende, no basta con incorporar textualmente los términos del protocolo, sino comprender el verdadero sentido del mismo.

Adicionalmente a lo expuesto, cabe señalar que esta obligación constitucional de penalizar la trata de personas, tal como lo hemos visto, se vio reforzada en su momento por la recomendación que hiciera el Comité de los Derechos del Niño al Estado peruano en sus Observaciones Finales al tercer informe presentado por nuestro país, sobre el

<sup>173</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. El delito de trata de seres humanos. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Pág. 47.

<sup>174</sup>UNODC. Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Naciones Unidas. Nueva York, 2004. p. 272.

cumplimiento de las obligaciones estipuladas en la Convención sobre los Derechos del Niño (CRC/C/PER/CO/3 del 14 de marzo de 2006).<sup>175</sup>

La recomendación realizada expresamente fue la siguiente: **“Que [el Estado peruano] tipifique la trata en la legislación penal conforme a la definición que figura en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños”**.<sup>176</sup>

### 2.1.3. Convención Americana de Derechos Humanos

Una fuente adicional que respalda la tipificación del delito de trata de personas en nuestro ordenamiento jurídico, sin duda, lo constituye la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>177</sup>. En efecto, el artículo 6 de dicho instrumento internacional, ratificado por el Estado peruano<sup>178</sup>, señala lo siguiente:

Artículo 6. Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre

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

2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzados, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso.

3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo:

a. los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona recluida en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;

b. el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél;

c. el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad, y

d. el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales (resaltado nuestro).

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *“(...) el derecho a no ser sometido a esclavitud, a servidumbre, trabajo forzoso o trata de esclavos y mujeres tiene un carácter esencial en la Convención Americana. De conformidad con el artículo 27.2 del referido tratado, forma parte del núcleo inderogable de derechos, pues no pueden ser suspendidos en casos de guerra, peligro público u otras amenazas”*.<sup>179</sup>

<sup>175</sup> El Comité examinó el tercer informe periódico del Perú (CRC/C/125/Add.6) en sus sesiones 1087ª y 1089ª (véase CRC/C/SR.1087 y 1089), celebradas el 12 de enero de 2005, y aprobó en su 1120ª sesión, celebrada el 27 de enero de 2006, las referidas observaciones finales.

<sup>176</sup> Párrafo 68 inciso “a”.

<sup>177</sup> Adoptada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. En la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969. Entró en vigor el 18 de julio de 1978, de acuerdo a su Artículo 74.2 de la Convención.

<sup>178</sup> Suscrita por Perú el 27 de julio de 1977 y aprobada mediante Decreto Ley N° 22231, publicado el 12 de julio de 1978. El instrumento de ratificación del 12 de julio de 1978, se depositó el 28 de julio de 1978. Vigente desde el 28 de julio de 1978. Ratificada por la Décimo Sexta Disposición General y Transitoria de la Constitución Política de 1979.

<sup>179</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Sentencia del 20 de octubre de 2016 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Párrafo 243.



En otros términos, la prohibición de la esclavitud y prácticas similares, como es la trata de personas, forman parte del derecho internacional consuetudinario y del *ius cogens*.<sup>180</sup>

Por otro lado, como se aprecia, el artículo en mención solo se refiere al tema de trata de personas en el inciso 1. De acuerdo a una interpretación literal del texto se entiende que la Convención Americana de Derechos Humanos solo prohíbe la “trata de esclavos” y la “trata de mujeres”, dejando de lado a otras víctimas (varones, ancianos, niños, niñas y adolescentes).

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que en ambos casos se busca proteger a las personas traficadas para sometimiento a variadas formas de explotación sin su consentimiento, presentándose en estos casos un control ejercido por los perpetradores sobre las víctimas durante el transporte o traslado con fines de explotación. Asimismo, la Corte indicó que, ya sea trata de esclavos o de mujeres, los elementos son los mismos: i) el control de movimiento o del ambiente físico de la persona; ii) el control psicológico; iii) la adopción de medidas para impedir la fuga, y iv) el trabajo forzoso u obligatorio, incluyendo la prostitución.<sup>181</sup>

En ese sentido, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la trata ya no solo puede referirse a los esclavos y a las mujeres, sino que es un fenómeno que puede tener como víctima potencial a cualquier ser humano, independientemente de su edad, raza, sexo o condición económica:

(...) la Corte Interamericana considera que a la luz del desarrollo ocurrido en el derecho internacional en las últimas décadas, la expresión “trata de esclavos y de mujeres” del artículo 6.1 de la Convención Americana debe ser interpretada de manera amplia para referirse a la “trata de personas”. De la misma forma que la trata de esclavos y de mujeres tienen como fin la explotación del ser humano, la Corte no podría limitar la protección conferida por ese artículo únicamente a las mujeres o a los dichos “esclavos”, bajo la óptica de la interpretación más favorable al ser humano y el principio pro persona. Lo anterior es importante para dar efecto útil a la prohibición prevista en la Convención Americana de conformidad con la evolución del fenómeno de la trata de seres humanos en nuestras sociedades.<sup>182</sup>

Asimismo, la prohibición de la trata de personas, tal como está reconocida en el artículo 6.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos –en opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos- debe entenderse como: i) la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas; ii) 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.

<sup>180</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Movilidad humana: estándares americanos. 2015. Párrafo 219 (Pág. 109).

<sup>181</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Sentencia del 20 de octubre de 2016 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Párrafo 288.

<sup>182</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Sentencia del 20 de octubre de 2016 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Párrafo 289.

Para los menores de 18 años estos requisitos no son condición necesaria para la caracterización de la trata; iii) con cualquier fin de explotación.<sup>183</sup>

De otro lado, la Corte establece también cuáles son las obligaciones de los Estados que derivan del artículo 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, entre las cuales destaca la de tipificar a la trata como un delito grave, con la correspondiente sanción:

(...) Respecto de la obligación de garantizar el derecho reconocido en el artículo 6 de la Convención Americana, la Corte considera que ello implica el deber del Estado de prevenir e investigar posibles situaciones de esclavitud, servidumbre, trata de personas y trabajo forzoso. Entre otras medidas, los Estados tienen la obligación de: i) iniciar de oficio e inmediatamente una investigación efectiva que permita identificar, juzgar y sancionar a los responsables, cuando existe denuncia o razón fundada para creer que personas sujetas a su jurisdicción se encuentren sometidas a uno de los supuestos previstos en el artículo 6.1 y 6.2 de la Convención; ii) eliminar toda legislación que legalice o tolere la esclavitud y la servidumbre; iii) **tipificar penalmente dichas figuras, con sanciones severas**; iv) realizar inspecciones u otras medidas de detección de dichas prácticas, y v) adoptar medidas de protección y asistencia a las víctimas<sup>184</sup> (resaltado nuestro).

Al respecto, el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237) -complementando lo dispuesto en la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución<sup>185</sup>- señala que *“el contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”*.

Por tanto, la obligación de tipificar a la trata como delito para el Perú se deriva también de lo dispuesto por el artículo 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de acuerdo a la interpretación realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## 2.1.4. Código Penal de 1991

### a. Antecedentes

A modo de introducción, cabe señalar que la formulación del delito de trata de personas no responde a un modelo único: con respecto a la técnica incriminatoria empleada, existen países que diferencian la tipificación de la trata de personas con fines de explotación sexual y la trata de personas con fines de explotación laboral como dos delitos distintos, que serían en aquellos casos en los que primero se criminalizó una de

<sup>183</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Movilidad humana: estándares americanos. 2015. Párrafo 221 (Pág. 110); CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Sentencia del 20 de octubre de 2016 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Párrafos 289-290.

<sup>184</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Sentencia del 20 de octubre de 2016 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Párrafo 319.

<sup>185</sup> Interpretación de los derechos fundamentales

Cuarta.- Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

estas conductas. Otros, por el contrario, establecen un único delito de trata de personas, con independencia de las finalidades de explotación que pueden surgir a partir de aquella.<sup>186</sup> Esta referencia es importante, por cuanto permite identificar el camino trazado por el legislador peruano para regular el delito de trata de personas en nuestro ordenamiento jurídico. Así, se tiene que:

- De acuerdo a la doctrina, la trata de personas, como conducta prohibida por el Derecho Penal se encontraba desde ya tipificada —de manera parcial— en los Códigos Penales de 1836, 1863 y 1924, como parte de los delitos de promoción de la prostitución y corrupción de mujeres y menores.<sup>187</sup>
- Con la entrada en vigencia del Código Penal de 1991, las conductas que hoy conocemos por trata de personas se encontraban reguladas en dos artículos independientes: **el artículo 153 y el artículo 182 del Código Penal.**

A continuación, realizaremos un breve análisis de ambos artículos, para luego ver cómo se produjo la evolución de los mismos, hasta llegar al delito de trata de personas vigente.

### a.1. El artículo 153 del Código Penal: Tráfico de menores

El artículo 153 original señalaba lo siguiente:

*El que promueve, favorece o ejecuta el tráfico de menores, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años.*

*La pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4:*

*1.- Si el agente comete el hecho en agrupación o en calidad de afiliado a una agrupación destinada al tráfico de menores.*

*2.- Si el agente es funcionario o servidor público, que tiene vinculación especial o genérica con menores.*

Este tipo penal sancionaba las conductas de promoción, favorecimiento o ejecución del tráfico de menores. Sin embargo, en nuestra opinión, esta redacción era muy amplia e imprecisa, no solo por la dificultad para establecer una definición del verbo “traficar”, sino también por las modalidades de intervención contempladas por el legislador a título de autoría (promoción, favorecimiento o ejecución). Esta indeterminación, tal como está descrita, vulneraba el principio de legalidad. De otro lado, tampoco precisaba si el “tráfico” solo tenía alcances internos o también incluía el ámbito internacional.

Posteriormente, este artículo fue modificado por el artículo 1 de la Ley N° 26309 (de fecha 20 de mayo de 1994). La variación se visualiza en el siguiente cuadro:

<b>Art. 153 (original)</b>	<b>Art. 153 (modificado por Ley N° 26309)</b>
----------------------------	---

<sup>186</sup> A mayor abundamiento ver en: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional. Thomson Reuters-Aranzadi. Pamplona, 2011. Pág. 297 y ss.

<sup>187</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la relación entre los delitos contra la libertad sexual y de trata de personas. pp. 91-92. En: Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 29. Gaceta Jurídica. Noviembre, 2011.

<p><b><i>El que promueve, favorece o ejecuta el tráfico de menores, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años.</i></b></p> <p>La pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4:</p> <p>1.- Si el agente comete el hecho en agrupación o en calidad de afiliado a una agrupación destinada al tráfico de menores.</p> <p>2.- Si el agente es funcionario o servidor público, que tiene vinculación especial o genérica con menores.</p>	<p><b><i>El que retiene o traslada de un lugar a otro a un menor de edad o a una persona incapaz de valerse por sí misma, empleando violencia, amenaza, engaño u otro acto fraudulento, con la finalidad de obtener ventaja económica o explotar social o económicamente a la víctima, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de 10 años, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2, 4 y 5.</i></b></p> <p>Si el agente comete el hecho en agrupación o en calidad de afiliado a una banda, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de doce años, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2, 4 y 5.</p>
---	--

Al respecto, se tienen algunos comentarios:

- a) Se modificó la redacción del tipo: i) ahora se sanciona la retención o traslado de la víctima, aunque nuevamente no se precisa si también cubre el extranjero; ii) se incluye a las personas con discapacidad como sujetos pasivos del delito.
- b) Este tipo penal requeriría además mecanismos destinados a doblegar la voluntad del sujeto pasivo (como lo es la violencia, amenaza, engaño, etc.).
- c) Indica que la finalidad puede ser obtener una ventaja económica o el explotar social o económicamente a la víctima.
- d) Existe un aumento en la pena abstracta, tanto para el tipo base como para la agravante.
- e) Este tipo solo se aplicaba para proteger a víctimas menores de edad y con discapacidad; por ende, las personas adultas que sufrían una situación similar (traslado o retención, con fines de explotación) tenían un tratamiento distinto (Art. 182 C.P.).

Si bien se analizará más adelante el artículo 182 C.P., desde ya se puede afirmar que la protección de las víctimas menores de edad era mucho menor que la brindada para las adultas, en la medida que el tipo penal, para las primeras, exigía más requisitos para configurar la conducta delictiva.

Sobre este tipo penal, el profesor BRAMONT ARIAS TORRES<sup>188</sup> señaló lo siguiente:

- El bien jurídico que se protegía era la libertad personal de los menores, en sentido amplio, como la de las personas incapaces de valerse por sí mismas, pero específicamente la libertad ambulatoria o de locomoción y el derecho a la custodia de los menores e incapaces.
- El comportamiento consiste en retener o trasladar de un lugar a otro a un menor o a un incapaz de valerse por sí mismo. Retener significa detener, apresar o

<sup>188</sup> BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. 4ta. edición, aumentada y actualizada. San Marcos. Lima, 1998. pp. 192-193.

mantener a alguien en un lugar. Trasladar es mover a la persona de un lugar a otro.

- Los medios para realizar el tipo son la violencia, amenaza, engaño u otro acto fraudulento. Violencia es la fuerza física ejercida sobre una persona, suficientemente intensa como para vencer su resistencia. La amenaza es el anuncio del propósito de causar un mal inminente a alguien. Los actos fraudulentos –engaño– son actos que hacen creer a otro, con palabras o de cualquier otra forma, una cosa que no es verdad.
- El consentimiento no es causa de atipicidad, puesto que carece de importancia para el tipo que el menor o el incapaz de valerse por sí mismo hayan prestado su consentimiento.
- Se requiere dolo y un elemento subjetivo del tipo concretado en la finalidad de obtener una ventaja económica o de explotar social o económicamente a la víctima.

## a.2. El artículo 182 del Código Penal: Trata de personas adultas

El artículo 182 previsto en el Código Penal de 1991, en su versión original, señalaba lo siguiente:

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

*La pena será no menor de ocho ni mayor de doce años, si media alguna de las circunstancias agravantes enumeradas en el artículo anterior.*

Se advertía de la redacción del tipo penal los siguientes elementos: a) como conductas se sancionaba la “promoción” o “facilitación”, de la entrada o salida del país de la víctima, o su traslado dentro del país; b) exigía que el sujeto activa tenga por finalidad de que la víctima ejerciera la prostitución; c) las circunstancias agravantes aplicables eran las del artículo 181 del Código Penal, que regula el delito de proxenetismo en su versión original.<sup>189</sup>

Las características de este delito, en opinión del profesor BRAMONT ARIAS TORRES,<sup>190</sup> son las siguientes:

- El bien jurídico protegido es una determinada moral sexual social, que está en contra de todo tráfico de personas que tenga por objeto destinarlas a la prostitución. Asimismo, también se protege la libertad sexual individual.

<sup>189</sup> Dicho delito establecía las siguientes agravantes:

1. La víctima tiene menos de dieciocho años de edad.
2. El agente emplea violencia, amenaza, abuso de autoridad u otro medio de coerción.
3. La víctima es cónyuge, concubina, descendiente, hijo adoptivo, hijo de su cónyuge o de su concubina, o si está a su cuidado.
4. La víctima es entregada a un proxeneta.

<sup>190</sup> BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. 4ta. edición, aumentada y actualizada. San Marcos. Lima, 1998. pp. 275-276.

- El sujeto activo puede ser cualquier persona, aunque en la práctica son varios los sujetos que intervienen en la comisión de este delito, actuando organizadamente. Así, mientras unos reclutan las personas, otros se ocupan de la documentación para viajar, otros acompañan a la víctima, otros se encargan de colocar a las personas en el mercado de la prostitución, etc. Todos estos sujetos deberán considerarse autores de este delito, al margen de su posible responsabilidad como miembros de organizaciones criminales.
- Promover o facilitar el traslado de personas con la finalidad de que ejerzan la prostitución incluye la actividad tanto de quien inicia el traslado ilegal de las personas, como del que elimina los obstáculos que pudieran aparecer en el curso del desarrollo de esa actividad, favoreciendo su continuación. Por tanto, es delito tanto la promoción de la actividad en su comienzo como el favorecimiento en su desarrollo.
- En el traslado de personas se diferencian dos supuestos: por un lado, la entrada o salida del país, lo que implica un tráfico de prostitución internacional. Y, por otro, el traslado dentro del territorio de la República, que viene a ser el tráfico de la prostitución nacional.
- Se exige únicamente dolo y no existe un elemento subjetivo del tipo (intención), como en el caso anterior.

Sin embargo, en nuestra opinión, se advierten algunos problemas de la redacción: i) la conducta de promoción o favorecimiento para la entrada o salida del país, así como del traslado dentro del mismo, eran muy ambiguas y genéricas, lo que vulneraba el principio de legalidad, en su dimensión de taxatividad; ii) se sancionaba como finalidad el ejercicio de la prostitución, dejando de lado otras situaciones que implican un aprovechamiento económico de la víctima (trabajos forzados, etc.).

Esta redacción varió con la modificación realizada por el artículo 1° de la Ley N° 28251,<sup>191</sup> que reformuló el delito de trata de personas (adultas) de la siguiente manera:

<b>Art. 182 C.P. (original)</b>	<b>Art. 182 C.P. (modificado por Ley N° 28251)</b>
---------------------------------	--

<sup>191</sup> Ley N° 28251, publicada el 8 de junio de 2004, que modifica los artículos 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 176-A, 179, 180, 181, 182, 183, 183-A, e incorpora los artículos 179-A, 181-A, 182-A a los Capítulos IX, X y XI del Título IV, del Libro Segundo del Código Penal

<p><i>El que promueve o facilita la entrada o salida del país o el traslado dentro del territorio de la República de una persona para que ejerza la prostitución,</i> será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.</p> <p>La pena será no menor de ocho ni mayor de doce años, si media alguna de las circunstancias agravantes enumeradas en el artículo anterior.</p>	<p><i>El que promueve o facilita la captación para la salida o entrada del país o el traslado dentro del territorio de la República de una persona para que ejerza la prostitución, someterla a esclavitud sexual, pornografía u otras formas de explotación sexual,</i> será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.</p> <p>La pena será no menor de diez ni mayor de doce años, si media alguna de las circunstancias agravantes enumeradas en el artículo anterior.</p>
---	--

Se advierte dos modificaciones esenciales, con respecto a la legislación anterior: a) se establece como conductas la promoción y facilitación de la captación, para la entrada o salida del país, incorporando la conducta de captación, lo que supone un adelantamiento de la barrera de punibilidad;<sup>192</sup> b) aparte de la prostitución, se incluyen otros fines de la trata de personas, como la esclavitud sexual, la pornografía u otras formas de explotación sexual; c) existe un aumento del mínimo de la pena agravada recogida en el segundo párrafo (de ocho a diez años).

Sin embargo, todavía se presentan algunos problemas: i) siguen siendo ambiguas las conductas de promoción y facilitación de la captación y el traslado de la víctima; ii) se aprecia que las formas de aprovechamiento de la víctima se reducen a un aspecto sexual, cuando en la realidad existen otras modalidades de explotación, como es la laboral.

De lo expuesto, se aprecia que los delitos previstos en los artículos 153° y 182° sancionaban un aspecto común: el traslado de personas de un lado a otro con el fin de ser explotadas. Aunque se advierte que la regulación para menores de edad establecía mayores requisitos que para los adultos (esto es, la presencia de medios comisivos para que se configure el delito: violencia, amenaza, engaño u acto fraudulento).

Debemos enfatizar que estos tipos penales, en su versión original, fueron emitidos antes de la aprobación del Protocolo de Palermo, que data del año 2000 –que establece la definición moderna del delito de trata de personas-, así como de su ratificación por el Estado peruano y la entrada en vigencia a nuestro ordenamiento jurídico –que es del 2003-.<sup>193</sup> En suma, se puede apreciar que, si bien la trata de personas en el Perú constituía ya de por sí una problemática abordada por el Derecho Penal antes de la emisión del Protocolo de Palermo, su ámbito de aplicación variaba sustancialmente, dependiendo especialmente de la calidad de la víctima.

#### **b. Ley N° 28950, Ley contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes (modificación del artículo 153 C.P.)**

<sup>192</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la relación entre los delitos contra la libertad sexual y de trata de personas. p. 92. En: Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 29. Gaceta Jurídica. Noviembre, 2011.

<sup>193</sup> Para el profesor Caro Coria, la Ley N° 28251, del 8 de junio de 2004, que modificó el artículo 182 del Código Penal, ya buscaba adecuar el delito de trata de personas a la regulación prevista en el Protocolo de Palermo, aunque fue insuficiente. Es por ello que se emitió posteriormente la Ley N° 28950. Ver en: CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la relación entre los delitos contra la libertad sexual y de trata de personas. p. 92. En: Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 29. Gaceta Jurídica. Noviembre, 2011.

La Ley N° 28950, Ley contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes<sup>194</sup> es vital por cuanto establece una serie de modificaciones normativas desde el ámbito sustantivo, procesal y penitenciario para la lucha contra la trata de personas, de acuerdo a los estándares establecidos por el Protocolo de Palermo. Para efectos del presente trabajo, solo nos centraremos en el aspecto del tipo penal.

## b.1. Antecedentes

Los antecedentes<sup>195</sup> de la vigente Ley de trata de personas son los siguientes:

- Luego de ratificado el Protocolo de Palermo por parte del Estado peruano el año 2001, no hubo mayor desarrollo en la lucha contra la trata de personas a nivel interno; por su parte, ese año el Departamento de Estado de Estados Unidos creó una Oficina especial para monitorear las acciones contra la Trata de Personas (GTIP) a nivel internacional, así como para coordinar la política exterior norteamericana en este aspecto, siendo uno de sus encargos el de elaborar anualmente un informe para el Congreso en el que se señalaría la situación mundial de la trata de personas.

A partir de allí, anualmente el Departamento de Estado Norteamericano emite informes sobre la situación de la trata en el mundo, en el que además, entre otras cosas, clasifican a los países de la comunidad internacional en uno de los cuatro niveles<sup>196</sup> posibles, de acuerdo a los esfuerzos que vienen adoptando para combatir el delito.<sup>197</sup>

- Posteriormente, durante el año 2003, el Departamento de Estado norteamericano comenzó a recabar información sobre la situación de la trata de personas en el Perú, y paralelamente nuestro país negociaba el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos. En vista a ello, era necesario adoptar acciones en la lucha contra la trata de personas.<sup>198</sup>
- El Ministerio Público presentó en el año 2003 el **Proyecto de Ley N° 9574/2003-MP**, mediante el cual se proponía la aprobación de la Ley contra la trata de personas y tráfico ilícito de migrantes. Dicho proyecto, además, fue aprobado por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso con fecha 10 de mayo de 2005, y posteriormente, el Pleno del Congreso aprobó el Dictamen de la

---

<sup>194</sup> De fecha 16 de enero de 2007.

<sup>195</sup> Esta información se encuentra disponible en: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf>

<sup>196</sup> La clasificación de los niveles es la siguiente:

**Nivel 1:** Países cuyos gobiernos cumplen plenamente con las normas mínimas de la TVPA (Victims of Trafficking and Violence Protection Act) para la eliminación de la trata.

**Nivel 2:** Países cuyos gobiernos no cumplen plenamente con las normas mínimas de la TVPA pero que hacen esfuerzos considerables para cumplir esas normas.

**Lista de Vigilancia de Nivel 2:** Países cuyos gobiernos no cumplen plenamente con las normas mínimas de la TVPA pero que hacen esfuerzos considerables para cumplir esas normas

**Nivel 3:** Países cuyos gobiernos no cumplen plenamente con las normas mínimas ni hacen esfuerzos considerables para cumplirlas. Ver en: <http://www.state.gov/documents/organization/167348.pdf>

<sup>197</sup> VALDES CAVASSA, Ricardo. *El RETA y la trata de personas. La historia de un Registro, el registro de una historia. Una visión longitudinal de la experiencia.* Capital Humano y Social Alternativo. Lima, 2012. Pág. 5.

<sup>198</sup> VALDES CAVASSA, Ricardo. *El RETA y la trata de personas. La historia de un Registro, el registro de una historia. Una visión longitudinal de la experiencia.* Capital Humano y Social Alternativo. Lima, 2012. Pág. 6.



referida comisión sobre el proyecto indicado, con fecha 02 de junio de 2005. Luego de ello, se remitió la autógrafa de Ley para su promulgación por el Ejecutivo.

Sin embargo, con fecha 27 de junio de 2005, mediante Oficio N° 061-2005-PR, el Poder Ejecutivo observó la referida autógrafa de ley, al considerar esencialmente que el concepto de trata de personas propuesto en el mismo no guardaba armonía con la definición prevista en el Protocolo contra la Trata de personas complementario a la Convención de Palermo; además de otros aspectos.<sup>199</sup> Finalmente, la autógrafa mencionada retornó al Congreso y fue archivada.

Luego de ello, en el año 2006, se presentaron 3 proyectos de ley, a saber:

- a) **El Proyecto de Ley N° 108/2006-CR** presentado por el congresista Yonhy Lescano, mediante el cual proponía la modificación de los delitos previstos en los artículos 153 y 153-A del Código Penal.<sup>200</sup> Este proyecto pretendía adecuar el delito de tráfico de menores de acuerdo a lo dispuesto en el Protocolo contra la trata de personas. Sin embargo, se plantearon dos observaciones esenciales: a) se centraba únicamente en el menor de edad como víctima, a pesar de que el delito de trata de personas afecta también a mayores de edad, hombres y mujeres; b) confundía la trata de personas con el tráfico ilícito de migrantes.<sup>201</sup>
- b) **El Proyecto de Ley N° 314/2006-MP** presentado por el Ministerio Público, que proponía la creación de la Ley frente a la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, en estricto respeto de los criterios estipulados en el Protocolo de Palermo. Cabe señalar que este proyecto se diseñó recogiendo las observaciones formuladas al mencionado Proyecto de Ley N° 9574/2003-CR.

<sup>199</sup> Entre las críticas que se plantearon se tienen las siguientes:

- a) La inserción del “móvil económico” en el artículo 182 del Código Penal dificultaba la persecución del delito de trata, por cuanto proponía que sólo en los casos en los que la motivación del sujeto activo fuese económico se sancionase por delito de trata.
- b) El término “adopción irregular” no puede ser catalogado como una forma de explotación, sino más bien de un medio para conseguir la explotación de la víctima.
- c) Se debe modificar la expresión “comercio sexual” por el de “explotación sexual”, el cual se adecuaba al Protocolo de Palermo.
- d) Se debe insertar como medios para la comisión del delito de trata, al “abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o la concesión o recepción de pagos o beneficios”, tal como lo señala el Protocolo.

<sup>200</sup> Los artículos 153 y 153-A vigentes en dicha época (modificados por la Ley N° 26309) señalaban lo siguiente:

*Retención o traslado de menor de edad o de persona incapaz*

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

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

*Forma agravada. Abuso de cargo de persona vinculada con menores o personas incapaces*

*Artículo 153- A.- El funcionario o servidor público y los directivos de las entidades privadas, vinculados especial o genéricamente con menores o personas incapaces que, abusando de su cargo, los retiene o traslada arbitrariamente de un lugar a otro, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de doce años e inhabilitación conforme al Artículo 36, incisos 1, 2, 4 y 5.*

*Si comete el hecho con la finalidad de obtener ventaja económica o explotar social o económicamente a la víctima, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años, e inhabilitación conforme al Artículo 36, incisos 1, 2, 4 y 5.*

<sup>201</sup> Ver en: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf>

- c) **El Proyecto de Ley N° 513/2006-PE**, elaborado por el Poder Ejecutivo, que proponía, al igual que el proyecto del Ministerio Público, la creación de una Ley contra la trata de personas. Dicha propuesta establecía no solo una nueva tipificación del delito de trata de personas en concordancia con el Protocolo complementario a la Convención de Palermo, sino también obligaciones de prevención, de persecución e investigación del delito así como de asistencia y protección a víctimas, colaboradores, testigos y peritos.

Todos estos proyectos de ley fueron tramitados conjuntamente, y finalmente tuvieron dictámenes aprobatorios tanto en la Comisión de la Mujer y Desarrollo Social,<sup>202</sup> así como en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos.<sup>203</sup> Luego de ello, con fecha 11 de enero los proyectos en mención pasaron a votación, y fueron finalmente aprobados por el Pleno del Congreso de la República en primera votación con 64 votos a favor, ninguno en contra y ninguna abstención.<sup>204</sup> Posteriormente, fueron exonerados de segunda votación con 68 votos a favor, ninguno en contra y ninguna abstención.<sup>205</sup>

Este elevado consenso en la aprobación del dictamen evidenció la preocupación que el tema de trata de personas concitó en el Congreso; asimismo, los proyectos presentados recogieron también el sentir de la ciudadanía ante un fenómeno que recién empezaba a ser identificado como una grave vulneración a los derechos humanos.

Estos pues, son los antecedentes de la Ley N° 28950, “*Ley contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes*” -publicada en el diario oficial “El Peruano” con fecha 16 de enero del 2007- , cuyo análisis realizaremos a continuación.

## **b.2. Modificación del tipo penal de trata de personas**

Como se señaló anteriormente, la Ley N° 28950 estableció una serie de modificaciones normativas acordes con las disposiciones establecidas en el Protocolo de Palermo. Respecto al ámbito penal sustantivo, la citada ley derogó el artículo 182 del Código Penal y modificó el artículo 153 del mismo cuerpo normativo, adoptando una nueva definición del delito de trata de personas en los siguientes términos:

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

<sup>202</sup> Con fecha 23 de noviembre de 2006.

<sup>203</sup> Con fecha 10 de enero de 2007.

<sup>204</sup> Diario de los Debates. Primera Legislatura Ordinaria 2006. Tomo III. Pág. 2245. Disponible en: <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2007/Enero/16/L-28950.pdf>

<sup>205</sup> Diario de los Debates. Primera Legislatura Ordinaria 2006. Tomo III. Pág. 2250. Disponible en: <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2007/Enero/16/L-28950.pdf>

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

Se advierte una modificación sustancial en la configuración del delito de trata de personas, a saber:

- a) Se estructura el tipo penal sobre la base de 3 elementos: las conductas, los mecanismos y los fines, de manera coincidente con la definición establecida en el Protocolo de Palermo.<sup>206</sup>
- b) Con respecto a las conductas, se sanciona una serie de acciones (captación, transporte, traslado, acogida, recepción y retención), todas ellas dirigidas a poner a la víctima a disposición para la explotación. En ese sentido, se puede hablar de un “circuito de conductas” o un proceso, esto es, el trayecto que recorre la víctima con la finalidad de ser explotada en diversos ámbitos y bajo diferentes circunstancias.<sup>207</sup>
- c) Los mecanismos o medios a los que debe recurrir el sujeto activo, de acuerdo al tipo penal (como lo es la violencia, amenaza, privación de la libertad, etc.), pretenden doblegar la voluntad de la víctima. Cabe precisar que estos mecanismos no se reducen a acciones capaces de causar daño físico o psicológico, sino que también incluye a otras que se basan en el ardid o falseamiento de la realidad (engaño, fraude) y en la situación de desprotección en la que se encuentra la víctima (como puede ser el abuso de poder o la situación de vulnerabilidad).
- d) Los fines de la trata ya no se reducen, como en las redacciones anteriores, a la explotación sexual de la víctima, sino que se extiende a otras modalidades (explotación laboral, extracción o tráfico de órganos), evidenciando que lo que importa es la cosificación de la víctima como un objeto de comercio.
- e) Los actos de trata en contra de menor de edad constituyen conductas con un mayor grado de reproche, en la medida que no se exige que se utilice mecanismo alguno para doblegar la voluntad de la víctima para calificar el hecho como delito de trata.

Cabe precisar además que se produce un incremento sustancial de la pena no solo para el tipo base (Art. 153 C.P.), sino también para el tipo agravado (153-A C.P.). En este último caso, la sanción puede llegar hasta los 35 años de pena privativa de libertad, lo que evidencia su gravedad.<sup>208</sup>

---

<sup>206</sup> MONTOYA VIVANCO, Yván. *Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de trata de personas*. Organización Internacional para las Migraciones (OIM)-Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Idehpucep). Lima, 2012. Págs. 10-11.

<sup>207</sup> IGLESIAS SKULJ, Agustina. *La trata de mujeres con fines de explotación sexual: una aproximación político-criminal y de género*. 1era Edición. Editorial Didot. Buenos Aires, 2013. pp. 214-215.

<sup>208</sup> Artículo 153-A.- Formas agravadas de la Trata de Personas

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;

De otro lado, si bien se afirmó que la tipificación del delito se basa en la definición estipulada en el Protocolo de Palermo, debe señalarse que el delito de trata de personas en el Perú ha incorporado ciertos elementos que no estaban previstos originalmente en el tratado internacional mencionado:

- Se incluye como una de las conductas típicas de la trata de personas a la *retención*, entendida como la privación de la libertad de una persona, sea para que ésta permanezca en el territorio nacional o para su salida o entrada en el mismo.<sup>209</sup>
- Se incluyen nuevos fines para la trata de personas: venta de niños, sometimiento a la mendicidad y la extracción o tráfico de tejidos humanos.<sup>210</sup>
- Se amplían las conductas sancionadas por el delito, toda vez que se incorpora la promoción, el favorecimiento, la financiación y la facilitación.

<b>Protocolo de Palermo (2000)</b>	<b>Art. 153 del Código Penal (modificado por la Ley N° 28950)</b>
<p><b>Artículo 3.- Definiciones</b></p> <p>Para los fines del presente Protocolo:</p> <p>a) Por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la</p>	<p><b>Artículo 153.- Trata de personas</b></p> <p>El que promueve, favorece, financia o facilita la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país, recurriendo a: la violencia, la amenaza u otras formas de coacción, la privación de libertad, el fraude, el engaño, el abuso del poder o de una situación de vulnerabilidad, o la concesión o recepción de pagos o beneficios, con fines de explotación, venta de niños, para que ejerza la prostitución, someterlo a esclavitud sexual u otras formas de explotación sexual, obligarlo a mendigar, a realizar trabajos o servicios</p>

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.

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.

<sup>209</sup> MONTOYA VIVANCO, Yván. *Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de trata de personas*. Organización Internacional para las Migraciones (OIM)-Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Idehpucp). Lima, 2012. Pág. 11.

<sup>210</sup> MONTOYA VIVANCO, Yván. *Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de trata de personas*. Organización Internacional para las Migraciones (OIM)-Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Idehpucp). Lima, 2012. Pág. 12.

<p>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;</p> <p>b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;</p> <p>c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;</p> <p>d) Por "niño" se entenderá toda persona menor de 18 años.</p>	<p>forzados, a la servidumbre, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud u otras formas de explotación laboral, o extracción o tráfico de órganos o tejidos humanos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.</p> <p>La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considerará trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios señalados en el párrafo anterior.</p>
--	--

De lo expuesto, consideramos que la emisión de la Ley N° 28950 fue sumamente positiva, toda vez que permitió: i) uniformizar nuestra legislación interna, al regular un solo delito de trata de personas (modificando el artículo 153 del C.P. y derogando el artículo 182 del mismo cuerpo normativo); ii) adecuar nuestra legislación a los estándares internacionales de protección exigidos por el Protocolo de Palermo.<sup>211</sup>

### c. Ley N° 30251, Ley que perfecciona la tipificación del delito de trata de personas

Con la modificación de dicho tipo penal, se entendía que ya se habían eliminado los obstáculos para sancionar eficazmente los casos de trata de personas que ocurrían en la realidad. Sin embargo, a partir de diversas investigaciones, se identificaron algunas dificultades para la aplicación del delito a los casos concretos:

- De acuerdo a una encuesta realizada por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), los jueces y fiscales no aplican el tipo penal de trata de personas por cuanto tienen poca claridad: i) sobre el bien jurídico protegido en el delito de trata de personas; ii) sobre la naturaleza del delito mismo (si es un delito de peligro o un delito de lesión; si es un delito instantáneo o un delito permanente; si es un delito de mera actividad o un delito de resultado, etc.); iii) sobre la calidad del sujeto activo o el sujeto pasivo, a las conductas típicas prohibidas por este delito, a la precisión de los medios empleados, a la relevancia o no del consentimiento, al momento de la consumación, y las formas imperfectas de su

<sup>211</sup> En el mismo sentido, GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino y DELGADO TOVAR, Walther Javier. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II. Jurista Editores. Lima, 2011. pp. 149-150.

realización. Finalmente, esto ha generado que se apliquen otros tipos penales con sanciones más benignas.<sup>212</sup>

- Según información del INPE, entre los años 2011 al 2013 solo se han identificado a 243 reos por el delito de trata de personas<sup>213</sup> a pesar que, en ese mismo periodo, el Observatorio de la Criminalidad del Ministerio Público registró 1,318 denuncias por el delito de trata de personas.

En suma, se advierte que: i) los operadores jurídicos no aplican el delito de trata de personas; ii) producto de la falta de aplicación es que existen pocas condenas efectivas por dicho delito.

Esta fue la razón para que se gestara una nueva modificación al delito de trata de personas, que se concretizó mediante Ley N° 30251, Ley que perfecciona la tipificación del delito de trata de personas,<sup>214</sup> en los siguientes términos:

<b>Art. 153 del Código Penal (modificado por la Ley N° 28950)</b>	<b>Art. 153 del Código Penal (modificado por la Ley N° 30251)</b>
<p>El que promueve, favorece, financia o facilita la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país, recurriendo a: la violencia, la amenaza u otras formas de coacción, la privación de libertad, el fraude, el engaño, el abuso del poder o de una situación de vulnerabilidad, o la concesión o recepción de pagos o beneficios, con fines de explotación, venta de niños, para que ejerza la prostitución, someterlo a esclavitud sexual u otras formas de explotación sexual, obligarlo a mendigar, a realizar trabajos o servicios forzados, a la servidumbre, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud u otras formas de explotación laboral, o extracción o tráfico de órganos o tejidos humanos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.</p> <p>La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considerará trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios</p>	<p>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.</p> <p>2. Para efectos del inciso 1, los fines de explotación de la trata de personas comprende, entre otros, la venta de niños, niñas o adolescentes, la prostitución y cualquier forma de explotación sexual, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, cualquier forma de explotación laboral, la mendicidad, los trabajos o servicios forzados, la servidumbre, la extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos, así como cualquier otra forma análoga de explotación.</p>

<sup>212</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de trata de personas. OIM-Idehpucp. Lima, 2012. Pág. 49-50.

<sup>213</sup> Información recogida en el instrumento denominado “Política Nacional contra la Trata de Personas y sus formas de explotación”, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2015-JUS. Pág. 82. Disponible en: [http://www.peru.gob.pe/normas/docs/DS\\_001\\_2015\\_JUS.pdf](http://www.peru.gob.pe/normas/docs/DS_001_2015_JUS.pdf) (consultado el 13 de abril de 2015).

<sup>214</sup> Publicada en el diario “El Peruano”, con fecha 21 de octubre de 2014.

<p>señalados en el párrafo anterior.</p>	<p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p>
--	--

Al respecto, se tienen los siguientes comentarios:

- a) Se distingue claramente las conductas de *promoción, favorecimiento, financiación y facilitación* (inciso 5) de aquellas propias del tipo penal, como son la *captación, transporte, traslado, acogida, recepción y retención* (inciso 1). En el primer caso nos hallamos ante actos de participación, mientras que el segundo grupo se refiere a conductas de autoría. Esta nueva precisión aclara además que los autores cometen directamente las acciones de captación, transporte, traslado, acogida, recepción y retención, a diferencia de la redacción anterior donde existía dudas sobre ello.
- b) Cabe precisar que el legislador establece la posibilidad que a los partícipes se les imponga la misma pena que para los autores.
- c) Se incluye, como forma de explotación, la extracción o tráfico de componentes humanos. Sin embargo, lo más importante es que se establece una cláusula abierta (“cualquier otra forma análoga de explotación”), lo que determina que sea el operador jurídico quien pueda sustentar, en el caso concreto, una nueva forma de explotación no contemplada en el tenor de la ley (por ejemplo, la participación obligada en organizaciones delictivas), con la condición de que esta tenga la misma intensidad y gravedad que las otras formas de explotación contempladas expresamente (por la exigencia de que sea “análoga”).
- d) Si bien era innecesario, por cuanto en la redacción anterior del tipo penal se encontraba implícito, ahora se señala literalmente que el consentimiento de la víctima carece de efectos jurídicos si éste es viciado, por haber concurrido violencia, amenaza, engaño, u otro mecanismo destinado a doblegar la voluntad de la víctima.

## 2.2. Sobre el bien jurídico protegido por el delito de trata de personas

El análisis del delito de trata de personas, sin duda, es un aspecto polémico, en gran medida por la gran cantidad de elementos que contempla dicho tipo penal, así como por

la ambigüedad de sus términos, lo que permite adoptar diversas interpretaciones. Como refiere JOSUNE LÓPEZ:

(...) Indudablemente, la adopción de estos conceptos muestra la existencia de un cierto consenso internacional sobre el alcance actual de la trata de seres humanos, un acercamiento de posturas que, por supuesto, debe valorarse positivamente. No obstante, las definiciones carecen de la precisión deseable y dejan un amplio margen de discreción a los estados, quienes tienen la potestad para interpretar el alcance de los términos y expresiones que las componen. Evidentemente, la transposición de estos conceptos ambiguos a las normativas internas origina interpretaciones distintas y contrapuestas en torno al alcance de la trata, dificultando la cooperación internacional en la materia. Esta realidad evidencia la urgente necesidad de delimitar un concepto de trata de seres humanos integrado por términos claros y precisos que pueda ser transpuesto a las legislaciones internas de manera uniforme.<sup>215</sup>

Esto determina, finalmente, que el alcance de los elementos del delito de trata de personas sea definido, finalmente, por los órganos jurisdiccionales.<sup>216</sup>

Entre dichos elementos se encuentra el referido al bien jurídico protegido, el cual será materia de análisis en el presente trabajo. De hecho, en el delito de trata de personas, el tema del bien jurídico es altamente complejo, en razón de la variedad de posiciones que existe en la doctrina. Tal como señala SOTO DONOSO:

(...) En el plano de la trata de personas el problema del bien jurídico se torna complejo, no por su debilidad o carencia, sino que al contrario, por la frondosidad de su contenido, pues la comunidad internacional ha entendido que son variados los valores comprometidos en la realización de las conductas constitutivas de la trata de personas.<sup>217</sup>

Como se determinó en el capítulo previo, en la medida que adoptamos la tesis constitucional del bien jurídico protegido, la posición que se asuma necesariamente deberá tomar en cuenta los valores y principios reconocidos en la Norma Fundamental.

A continuación, se exponen las diversas posturas que se han formulado sobre el bien jurídico protegido por el delito de trata de personas. Vale acotar que las diversas posiciones que se esgrimen se basan en doctrina y jurisprudencia peruana y extranjera. Sobre éste último recurso, consideramos que no existe problema en ello, toda vez que la tipificación del delito de trata de personas en la mayoría de países se basa en el concepto de trata establecido en el Protocolo de Palermo, por lo que parten de una base común.

### **2.2.1. Posición que asume a la libertad personal como bien jurídico protegido**

Los partidarios de esta posición consideran que la libertad es lo que realmente tutela la trata de personas, o al menos lo que se protege en mayor medida. Esta tesis cobra fuerza además por el hecho de que el delito de trata de personas en el Perú se ubica dentro del

<sup>215</sup> LÓPEZ RODRÍGUEZ, Josune. Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral. Thomson Reuters-Aranzadi. Navarra, 2016. Págs. 193-194.

<sup>216</sup> LÓPEZ RODRÍGUEZ, Josune. Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral. Thomson Reuters-Aranzadi. Navarra, 2016. Pág. 195.

<sup>217</sup> SOTO DONOSO, Francisco. Aspectos dogmáticos del delito de trata de personas del artículo 3° del Protocolo de Palermo. Pág. 174. En: Revista Jurídica del Ministerio Público N° 39 – Junio 2009. Santiago de Chile.



Capítulo I (Violación de la Libertad Personal) del Título IV (Delitos contra la Libertad) del Libro Segundo del Código Penal de 1991.

Exponente de dicha posición es el profesor Carlos Caro quien, en primer lugar, distingue en el delito de trata de personas dos afectaciones: la primera, que se produce en la esfera de la libertad personal; y la segunda, que ocurre cuando la víctima es sometida a un proceso de explotación.<sup>218</sup>

En ese sentido, afirma lo siguiente:

Así, en la primera etapa de la trata de personas se ataca concretamente la libertad personal, la libertad ambulatoria de la víctima, se recorta las condiciones mínimas que todo ser humano requiere para su normal desenvolvimiento social, la protección de las relaciones de las personas y de estas para con su medio social bajo el amparo del Estado (...) la norma sanciona la afectación en el sentimiento de tranquilidad y ataque a la libertad en la formación de la voluntad, impidiéndole al sujeto pasivo tomar una decisión, realizar una acción o distorsionando su voluntad. Ello concuerda con la ubicación sistemática de la trata de personas como parte de los “Delitos contra la libertad, junto al secuestro y la coacción”.<sup>219</sup>

De lo descrito por el autor, al principio invoca, como bien jurídico afectado por las conductas de trata de personas, a la libertad personal, entendida como libertad ambulatoria; sin embargo, posteriormente parece aludir como bien jurídico protegido a la libertad de autodeterminación, en la medida que la trata de personas anula la formación de una “voluntad libre y plena”.

Esta distinción es fundamental, porque se trata de dos bienes jurídicos que provienen de derechos fundamentales distintos. En ese sentido, de acuerdo al Tribunal Constitucional, el derecho a la libertad personal “(...) garantiza que no se afecte indebidamente la libertad física de las personas, esto es, su libertad locomotora, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias. Los alcances de la garantía dispensada a esta libertad comprende frente a cualquier supuesto de privación de la libertad locomotora, independientemente de su origen, la autoridad o persona que la haya efectuado. Garantiza, pues, ante cualquier restricción arbitraria de la libertad personal, según señala el artículo 9.º de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos” (STC. Exp. N° 1091-2002-HC/TC, fundamento jurídico 2).

Por su parte, la libertad de autodeterminación más bien se vincula con el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. En ese sentido, el Tribunal Constitucional peruano en algunos casos ha reconocido -aunque de manera tímida- esta relación, como ocurrió por ejemplo en el caso referido a la despenalización de las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes mayores de 14 años. Al respecto, el máximo intérprete de la Constitución afirmó que:

(...) el cuestionado artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, sanciona a todo aquel que tenga relaciones sexuales con menores de 14 años de

<sup>218</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la relación entre los delitos contra la libertad sexual y de trata de personas. p. 94. En: Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 29. Gaceta Jurídica. Noviembre, 2011.

<sup>219</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la relación entre los delitos contra la libertad sexual y de trata de personas. pp. 94-95. En: Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 29. Gaceta Jurídica. Noviembre, 2011.

edad a menos de 18, independientemente de que se manifieste consentimiento en dichas relaciones. Teniendo en cuenta el mencionado contenido prohibitivo, respecto de dichos menores de edad, es evidente que **constituye una intervención en el ámbito prima facie garantizado por su libertad sexual como componente del derecho al libre desarrollo de la personalidad**, pues al hacer irrelevante el consentimiento de los menores que tengan entre 14 años y menos de 18, interviene **y limita la libertad de autodeterminación de estos en el ámbito de su sexualidad** (STC. Exp. N° 0008-2012-PI/TC, fundamento jurídico N° 25) [resaltado nuestro].

Sin embargo, la referencia más clara a la libertad de autodeterminación, como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad la ha realizado la Corte Constitucional de Colombia al afirmar que:

Tal y como lo ha reiterado la Corte en múltiples ocasiones, el derecho a la autodeterminación y al libre desarrollo de la personalidad, es un derecho íntimamente relacionado con la dignidad humana como “derecho fundante del Estado”, con la autodeterminación y la vocación pluralista de nuestra Carta. En efecto, si se parte de la idea de que la Constitución considera a las personas como sujetos morales que están en la capacidad de asumir responsable y autónomamente las decisiones sobre asuntos que son solo de su interés, el Estado no puede hacer otra cosa que respetar dicha decisión y obligar al resto de personas a no interferir en la misma.

Acorde con lo anterior, el derecho al libre desarrollo de la personalidad protege las decisiones que las personas de manera responsable y autónoma, toman con respecto a su plan de vida. En este sentido, se considera violado cuando a un individuo se le impide “alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida o valorar y escoger libremente las circunstancias que dan sentido a su existencia”, de manera arbitraria, irrazonable e injustificada. Evidentemente es un derecho que puede ser limitado en ciertas circunstancias pero no bastan las “simples consideraciones a priori de interés general o de bienestar colectivo, desarrolladas de manera vaga e imprecisa” (Sentencia C-131/14, fundamento 5.1.4)

En ese sentido, es importante detallar qué dimensión de la libertad es la tutelada por el delito de trata de personas, porque puede referirse a contenidos diversos, como ocurre en el presente caso. Para concluir, si bien el profesor CARO CORIA parece aludir a la libertad de autodeterminación como bien jurídico protegido, luego es claro al afirmar que la trata de personas “(...) *se concreta más bien en un desvalor de resultado lesivo contra la libertad individual ambulatoria de la víctima*”.<sup>220</sup>

De otro lado, para SALINAS SICCHA, si bien la trata de personas afecta principalmente a la libertad ambulatoria de la víctima, también está vinculada con la dignidad:

El interés o bien jurídico que se busca proteger [por el delito de trata de personas] lo constituye la libertad personal de las personas, esto es, la libertad ambulatoria tanto de menores o mayores, capaces o incapaces. Pero en forma más específica, considero que con la tipificación de los supuestos que conforman en conjunto el delito de trata de personas, se busca proteger la dignidad de las personas en el sentido de no ser tratadas como instrumentos o cosas para conseguir algún fin, la misma que es lesionada por cualquiera de los supuestos delictivos, independientemente de la finalidad que persiga el agente.<sup>221</sup>

<sup>220</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la relación entre los delitos contra la libertad sexual y de trata de personas. p. 95. En: Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 29. Gaceta Jurídica. Noviembre, 2011.

<sup>221</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. Derecho Penal. Parte Especial. 5ta edición. Grijley y Iustitia. Lima, 2013. p. 529-530.

Posteriormente, el autor parece variar su posición al afirmar que es más bien la libertad de autodeterminación la que se vulnera en el tipo penal de trata de personas:

Si la libertad personal es vulnerada, el sentido de la vida no será la expresión de los reales deseos de la persona; por tanto, su actuación no representará su voluntad, dañando de esta manera la esencia de la personalidad y, así, su condición humana. Esta afectación recorta las condiciones mínimas que todo ser humano requiere para su normal desenvolvimiento social, limita la protección de las relaciones entre las personas y de estas (sic) para con su medio social bajo el amparo del Estado. Por ello, en la trata de personas, cuando se identifica, capta o traslada a las víctimas a través de los medios de comisión, la norma sanciona la afectación al sentimiento de tranquilidad y el ataque a la libertad en la formación de la voluntad, impidiendo al sujeto pasivo tomar una decisión libre y espontánea.<sup>222</sup>

Finalmente, SALINAS SICCHA señala que el bien jurídico protegido por el delito de trata de personas es la libertad personal (entendida más bien como libertad de autodeterminación), en sentido general, y la dignidad de las personas, en sentido específico.<sup>223</sup>

Por su parte, GÁLVEZ VILLEGAS y DELGADO TOVAR afirman que el bien jurídico protegido es la libertad personal, aunque también se vulneraría, de manera secundaria, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad:

[En el delito de trata de personas] esencialmente se protege la libertad personal, puesto que el agente, valiéndose de cualquiera de los medios previstos en el tipo penal privará de su libertad a la víctima, con la finalidad de someterla a cualquier forma de explotación sexual, laboral, etc.; lo que nos permite sostener que en el tipo penal bajo análisis también se estaría atentando contra la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, incluso podría afectarse otros bienes jurídicos como la libertad sexual, la integridad física, etc.<sup>224</sup>

Asimismo, cierta doctrina comparada también concibe a la libertad como el bien jurídico esencial protegido por el delito de trata de personas. En ese sentido, ANTONELA GHEZZI considera que el delito de trata de personas busca principalmente evitar la explotación del ser humano por la acción de otro, lo que implicaría afectar su libertad de elección, de optar por un proyecto de vida. En ese sentido, el bien jurídico protegido por este delito es **la libertad, tanto física como psíquica, de autodeterminación de las personas.**<sup>225</sup>

Igualmente, en opinión de BEATRIZ LONDOÑO TORO Y OTROS, el bien jurídico protegido por el delito de trata de personas, siguiendo lo señalado por la Corte Suprema de Colombia, es **la autonomía personal**, que no es otra cosa que la libertad de autodeterminación:

---

<sup>222</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. Derecho Penal. Parte Especial. 5ta edición. Grijley y Iustitia. Lima, 2013. p. 530.

<sup>223</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. Derecho Penal. Parte Especial. 5ta edición. Grijley y Iustitia. Lima, 2013. p. 530.

<sup>224</sup> GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino y DELGADO TOVAR, Walther Javier. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II. Jurista Editores. Lima, 2011. Pág. 150.

<sup>225</sup> GHEZZI, Antonela. Relevamiento normativo en materia de prevención y sanción del delito de trata de personas y de organismos estatales articulados. Pág. 53. En: Trata de Personas. Políticas de Estado para su prevención y sanción. Infojus-Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Buenos Aires, 2013.

(...) Tampoco hay una comprensión adecuada desde el verdadero sentido del bien jurídicamente tutelado. Para abordar este problema que se presenta en la etapa de investigación y judicialización de la trata de personas se debe recordar, tal como lo expresó la Corte en la sentencia anteriormente mencionada, que en el delito de trata de persona se vulneran los DDHH de la víctima que vive en condiciones de explotación y que el bien jurídicamente tutelado por la legislación penal es el de la autonomía personal.<sup>226</sup>

Así también, para BEDMAR CARRILLO, la libertad es el bien jurídico protegido por el delito de trata de seres humanos en el Código Penal español, toda vez que: i) es aludida en el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010 (que introduce el delito de trata de seres humanos al C.P. español), y se encuentra situada en un lugar prevalente en la Constitución española (a diferencia de la dignidad); ii) en la captación, transporte o traslado, se disipa la libertad deambulatoria de la víctima, y más adelante, en sucesivas fases de acogimiento, recepción o alojamiento, ésta pierde su libertad de obrar, su libertad de decisión y su libertad de autodeterminación personal, se convierte en esclava de la persona que la ha sometido y pierde toda su capacidad de toma de decisiones.<sup>227</sup>

En síntesis, esta posición asume que es la libertad personal el bien jurídico protegido por el delito de trata de personas, que puede involucrar de manera mediata a la dignidad. No obstante, dentro del ámbito de la libertad, no existe claridad sobre lo que si se protege es la libertad ambulatoria o la libertad de autodeterminación en la formación de la voluntad. Inclusive, existe una posición que entiende a la libertad como bien jurídico protegido en todas sus dimensiones (ambulatoria, de autodeterminación), dependiendo de la fase del proceso de la trata de personas (esto es, captación, transporte, traslado, acogimiento, recepción y retención).

### **2.2.2. Posición que asume a la dignidad como bien jurídico protegido de manera directa**

Esta tesis considera que el bien jurídico que protege el delito de trata de personas es la dignidad, especialmente a partir de la modificación del tipo penal por la Ley N° 28950, de acuerdo a los estándares de protección establecidos en el Protocolo de Palermo.

En ese sentido, Peña Cabrera Freyre afirma que “(...) *ya no parece ser la libertad personal el bien jurídico protegido, al atacarse de forma significativa la dignidad humana, la condición misma de persona, el contenido esencial de la personalidad, al someter a la víctima a tratos inhumanos y degradantes*”.<sup>228</sup> Inclusive, el autor afirma, sobre la base de la posición señalada, que:

(...) tal vez sería correcto legislativamente comprender esta figura bajo los alcances de los delitos de lesa humanidad, pues es evidente que su concreción típica supone una

<sup>226</sup> LONDOÑO TORO, Beatriz, VARÓN MEJÍA, Antonio y LUNA DE ALIAGA, Beatriz Eugenia. El delito de trata de personas: Hacia la aplicación de estándares internacionales para la prevención, judicialización, protección y asistencia integral a las víctimas en Colombia. REVISTA DE DERECHO N.º 37. Universidad del Norte. Barranquilla, 2012. pp. 221-222. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n37/n37a08> (consultado el 25 de noviembre de 2015).

<sup>227</sup> BEDMAR CARRILLO, Eulogio. El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos. La Ley Penal, 2012 (94-95): 91-92. CITADO EN: MOYA GUILLEM, Clara. El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos a la luz de la L.O. 1/2015. Ponencia presentada al IV CONGRESO INTERNACIONAL DE JÓVENES INVESTIGADORES EN CIENCIAS PENALES, Universidad de Salamanca, Junio 2015. Inédito. p. 7.

<sup>228</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Raúl Alonso. Derecho Penal. Parte Especial. Reimpresión revisada y actualizada. Tomo I. Lima, 2009. p. 477.

alarma a toda la comunidad internacional en su conjunto. Máxime, si su configuración involucra a más de un territorio, por lo que su concepción como “crimen internacional”, debería repercutir en una ubicación sistemática distinta.<sup>229</sup>

En ese sentido, este autor concluye que el delito de trata de personas, tal como está estructurado, al hablar del bien jurídico protegido “(...) *con la libertad personal decimos muy poco, pues del estado antijurídico se afecta también la integridad moral y la dignidad humana, al rebajarse la condición personal del sujeto pasivo a márgenes de degradación*”.<sup>230</sup> En otros términos, la libertad personal, como bien jurídico protegido, es insuficiente para comprender todo el desvalor que esta conducta implica.

También adscrito a dicha posición, el profesor YVÁN MONTOYA considera que el bien jurídico protegido por el delito de trata de personas es **la dignidad**, ya que impide todo “*trato vejatorio que represente convertir en cosas a los seres humanos*”. Así, la trata de personas describe un proceso que implica justamente un atentado al núcleo fundamental de la personalidad humana, porque supone la vulneración de la esencia misma de la persona.<sup>231</sup>

Complementa su posición señalando lo siguiente:

(...) La postura que reconoce la protección de la dignidad como esencia de la lucha contra la trata de personas coincide con la perspectiva asumida por diversos instrumentos internacionales de protección frente a la trata de personas. Dichos instrumentos señalan la necesidad de proteger la dignidad de las personas. Además, la dignidad humana constituye una categoría que permite una más adecuada evaluación de la gravedad del fenómeno de la trata de personas.<sup>232</sup>

A nivel comparado, VILLACAMPA ESTIARTE considera que el bien jurídico protegido por el delito de trata de personas es la dignidad, en la medida que:

(...) Si la trata de personas debe ser considerada delito a nivel global, y esa parece ser la intención que guía a las instancias internacionales al normar en la materia, el interés a proteger mediante el delito que la incrimine debe ser un valor que goce también de reconocimiento al mismo nivel. La dignidad humana no solo es plenamente capaz de cumplir con ese objetivo, sino que además es el interés personal más adecuado para erigirse en bien jurídico en este concreto caso. Y es que no debe olvidarse que, aunque la dignidad sea difícil de aprehender, se halla reconocida como base de los derechos humanos en multiplicidad de tratados internacionales –Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-, e incluso relacionada entre los elencos de Derechos fundamentales en algunas constituciones europeas.<sup>233</sup>

<sup>229</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Raúl Alonso. Derecho Penal. Parte Especial. Reimpresión revisada y actualizada. Tomo I. Lima, 2009. p. 477.

<sup>230</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Raúl Alonso. Derecho Penal. Parte Especial. Reimpresión revisada y actualizada. Tomo I. Lima, 2009. p. 478.

<sup>231</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de trata de personas. OIM-Idehpucp. Lima, 2012. Pág. 51.

<sup>232</sup> MONTOYA VIVANCO, Yván. El delito de trata de personas como delito complejo y sus dificultades en la jurisprudencia peruana. p. 408. En: Revista Derecho PUCP. N° 76, 2016.

<sup>233</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación. Pp. 837-838. En: Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña No 14 (2010). Disponible en: [http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/8302/1/AD\\_14\\_2010\\_art\\_41.pdf](http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/8302/1/AD_14_2010_art_41.pdf) (consultado el 20 de noviembre de 2015).

Adicionalmente, la autora afirma que la dignidad no solo debe identificarse desde una perspectiva exclusivamente formal, consistente en la interdicción de instrumentalizar al hombre o de cosificarlo, “(...) sino que se completa refiriéndola tanto a la integridad –física y moral-, y la libertad individual o la igualdad formal, como, finalmente, a la participación en la adopción de decisiones públicas e incluso al acceso a prestaciones sociales en el marco de un sistema económico justo”.<sup>234</sup>

En esa línea también se pronuncia MAYORDOMO RODRIGO, que considera que en el delito de trata de personas “(...) prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren”<sup>235</sup>, aunque posteriormente precisa que “(...) en el delito de trata el bien jurídico protegido es, ante todo, la dignidad de las personas”.<sup>236</sup>

Así también, MATEUS RUGELES considera que el bien jurídico tutelado por este delito es **la dignidad de las personas**, al afirmar que:

(...) Ahora bien, más allá de la discusión doctrinaria para establecer si el bien jurídico en la trata de personas es individual o supraindividual, lo cierto es que, como bien lo anota la jurisprudencia analizada con los fines propuestos de esta investigación, el bien jurídico tutelado es la dignidad de las personas que se ve lesionada cuando se le niega de forma inaudita sus derechos fundamentales e inalienables.<sup>237</sup>

A esta posición también se adscribe el profesor DAUNIS RODRÍGUEZ, quien señala que el delito de trata de personas supone una lesión a **la dignidad humana**, toda vez que cuando se lleva a cabo la captación, transporte, traslado, acogida, alojamiento o recepción de una persona, determinado su voluntad con la finalidad de explotarla ulteriormente, se le despoja de la capacidad de decidir sobre sus bienes y derechos más importantes, cosificándola y reduciéndola a la categoría de objeto o mercancía para realizar un negocio ulterior o satisfacer cualquier interés del sujeto activo o un tercero.<sup>238</sup>

En el mismo sentido se pronuncia FRANCISCO DE LEÓN VILLALBA, quien establece además que la integridad moral es una concreción de la dignidad:

(...) Desde estos parámetros, parece claro que la noción de integridad moral se entronca con la de dignidad de la persona, configurada como el primero de los fundamentos del orden político y de la paz social (...) En definitiva, el respeto de la dignidad de toda persona impide que sea tratada como un objeto o instrumento de parte del Estado o los demás, convirtiéndole en mera entidad sustituible.

<sup>234</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación. P. 838. En: Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña No 14 (2010). Disponible en: [http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/8302/1/AD\\_14\\_2010\\_art\\_41.pdf](http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/8302/1/AD_14_2010_art_41.pdf) (consultado el 20 de noviembre de 2015).

<sup>235</sup> MAYORDOMO RODRIGO, Virginia. Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas. En: Estudios penales y criminológicos. Vol XXXI (2011). Universidad Santiago de Compostela. Pág. 352.

<sup>236</sup> MAYORDOMO RODRIGO, Virginia. Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas. En: Estudios penales y criminológicos. Vol XXXI (2011). Universidad Santiago de Compostela. Cita a Pie 154. Pág. 374.

<sup>237</sup> MATEUS RUGELES, Andrea y otros. Aspectos jurídicos del delito de trata de personas. Ministerio del Interior de Colombia, UNODC y Universidad del Rosario. 2009. Pág. 32. Disponible en: [https://www.unodc.org/documents/colombia/2013/septiembre/Investigacion\\_U\\_Rosario.pdf](https://www.unodc.org/documents/colombia/2013/septiembre/Investigacion_U_Rosario.pdf) (consultado el 25 de noviembre de 2015).

<sup>238</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ. Alberto. El delito de trata de seres humanos. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Pág. 73.

En esta línea interpretativa, el tráfico de personas, en el marco de la explotación, constituye el ejemplo paradigmático de un trato inhumano y degradante que afecta profundamente a la personalidad, vejatorio, pero sobre todo, que convierte al ser humano en un objeto más de comercio, con una voluntad invalidada y a expensas de la disposición que el traficante quiera hacer del mismo.

Y todo ello, no lleva a pensar, siguiendo la línea marcada por los diversos organismos internacionales y grupos de trabajo sobre el tema, que la tipificación y persecución de la conducta básica de tráfico se asienta directamente sobre la necesidad de acabar con cualquier tipo de manipulación que afecta de una u otra forma a la entidad humana en sus rasgos constitutivos esenciales, en los términos descritos y que de forma genérica sintetizamos en el concepto apuntado de integridad moral. El ser humano no puede convertirse, en forma alguna, en objeto de comercio.<sup>239</sup>

Así también, la profesora ALONSO ÁLAMO sostiene que el delito de trata de personas tutela, prioritariamente, el interés individual a la **dignidad o la integridad moral (...)**<sup>240</sup>

En esa línea de razonamiento, la profesora AGUSTINA IGLESIAS SKULJ, comentando la legislación penal española, afirma que *“(...) la apelación a la dignidad humana y la multiplicidad de derechos que la conforman se adapta de forma eficaz a la caracterización del delito de trata como un proceso a través del cual se niega el carácter de persona del sujeto pasivo”*.<sup>241</sup>

Pero es con el comentario de la legislación penal argentina en el que la autora desarrolla detenidamente la naturaleza de la dignidad como bien jurídico protegido:

El delito de trata busca impedir que la persona pueda ser cosificada. Desde un punto de vista positivo la dignidad, que queda comprometida cuando una persona es convertida en objeto, se completa conectándola tanto a la integridad –física, moral, sexual- a la libertad individual, a la igualdad formal. Esta interpretación de la dignidad, esto es, como un conglomerado de derechos fundamentales, en nada contradice a su condición de bien jurídico protegido en el delito de trata, puesto que no debe pasarse por alto que, tal como se encuentra redactados los arts. 145 bis y 145 ter, se describe un proceso en que a la persona les es negada sistemáticamente su condición de tal. La sistematicidad implícita en el proceso de la trata implica la vulneración de la integridad moral, física o sexual, la lesión de la libertad ambulatoria o de obrar. Precisamente, porque el delito supone la vulneración de la esencia de la persona, la negación de su humanidad, debe reclamarse que la dignidad sea el bien jurídico protegido por este delito.<sup>242</sup>

Finalmente, otro exponente de esta tesis es QUERALT JIMÉNEZ, al indicar que:

---

<sup>239</sup> DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier. Propuesta de reforma frente a la trata de seres humanos. pp. 138-139. En: AA.VV. Cuadernos penales José María Lidón. Núm. 6: El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos. Universidad de Deusto. Bilbao, 2009.

<sup>240</sup> ALONSO ÁLAMO, Mercedes. ¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual. p. 16. En: Revista Penal N° 19 (2007). Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/301/292> (consultado el 12 de enero de 2016).

<sup>241</sup> IGLESIAS SKULJ, Agustina. La trata de mujeres con fines de explotación sexual: una aproximación político-criminal y de género. 1era Edición. Editorial Didot. Buenos Aires, 2013. Pág. 218; IGLESIAS SKULJ, Agustina. Trata de mujeres con fines de explotación sexual. Análisis político-criminal del artículo 177 bis del Código Penal. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013. Pág. 241.

<sup>242</sup> IGLESIAS SKULJ, Agustina. La trata de mujeres con fines de explotación sexual: una aproximación político-criminal y de género. 1era Edición. Editorial Didot. Buenos Aires, 2013. p. 287-288.

(...) el bien jurídico penalmente protegido aquí tiene grandes resonancias y, por una vez, son las adecuadas, la dignidad humana. Quienes se dedican a la trata de personas no conciben a sus congéneres como tales: los cosifican y, por tanto, les privan de la más leve brizna de humanidad. Ésta, junto con otras lacras, como las del hambre, son incompatibles con la dignidad humana y chocan frontalmente, degradándola.<sup>243</sup>

En resumen, esta segunda posición considera que es la dignidad el bien jurídico protegido, en la medida que la trata de personas implica cosificar al ser humano, es decir, igualarlo a la condición de objeto, para ser comercializado al mejor postor. Este avasallamiento del sujeto activo sobre el sujeto pasivo es el principal desvalor sancionado por el tipo penal bajo comentario. Ahora bien, no se desconoce que en el proceso que supone la trata de personas se puedan afectar otros bienes jurídicos; sin embargo, estas afectaciones son complementarias.

### 2.2.3. Posición que sustenta la tesis de la pluriofensividad del bien jurídico protegido

De otro lado, también existe otra posición que considera más bien que la trata de personas es un delito pluriofensivo, en la medida que puede proteger a más de un bien jurídico.

Esta posición la asume, por ejemplo, BORJA MAPELLI, al señalar lo siguiente:

Allá donde haya una trata, conforme a lo que tipifica el Código, habrá, cuando menos, una lesión a la libertad ambulatoria y un peligro para otros bienes jurídicos en función de la naturaleza del traslado. En correspondencia a los dos ejes sobre los que gira el injusto podemos hablar también de un delito pluriofensivo; siempre se verá comprometida la libertad y a ello habrá que sumar la lesión o puesta en peligro de otros bienes jurídicos determinado por las condiciones del traslado. Pero el elemento subjetivo trascendente del objetivo del traslado añade como bien jurídico la puesta en peligro de los derechos de la víctima afectados por la explotación. El traslado de una persona, sin su consentimiento para ser sometida a la explotación hace el mismo particularmente abyecto. En el artículo 177.1 se reprocha transferir de su hábitat a una persona para ponerlo en mano de unos explotadores. Es irrelevante que finalmente la persona no haya podido ser entregada a sus explotadores.<sup>244</sup>

En suma, para este autor el delito de trata es pluriofensivo; aunque la vulneración de los bienes jurídicos protegidos será distinta. En otros términos, siempre se producirá una lesión en el caso de la libertad ambulatoria, pero en el resto de bienes jurídicos protegidos involucrados (relacionados con el momento del traslado y la posterior explotación de la víctima), se podrá producir una lesión o una puesta en peligro, dependiendo del caso concreto.

De igual forma, SANTANA VEGA afirma que la trata de personas “(...) *protege bienes jurídico-penales individuales constituidos por la libertad y la dignidad del ser humano en el*

<sup>243</sup> QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep. Derecho penal español. Parte especial. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2012. Nota N° 12, p. 197. CITADO EN: MOYA GUILLEM, Clara. Los delitos de trata de seres humanos en España y Chile. Bien jurídico protegido y relaciones concursales. Pág. 527. En: Revista Política Criminal, Vol. 11, N° 22 (Diciembre, 2016). Disponible en: [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_11/n\\_22/Vol11N22A6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A6.pdf) (consultado el 3 de agosto del 2016).

<sup>244</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja. La trata de personas. p. 51. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. VOL. LXV, 2012. Disponible en: [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-P-2012-10002500062](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2012-10002500062) ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES La trata de personas (consultado el 20 de noviembre de 2015).



*contexto de la desigualdad económica, social o interpersonal, con la finalidad de evitar su cosificación y/o mercantilización”.*<sup>245</sup>

Sin embargo, no solo estos bienes jurídicos son tutelados por la trata de personas. La autora afirma que resultan también afectados, con carácter secundario, otros bienes jurídico-penales a los que este delito pone en peligro en función de la finalidad perseguida, como son:<sup>246</sup>

- a) La libertad e indemnidad sexual, en el caso de la explotación sexual de adultos o menores;
- b) Los derechos de los trabajadores y la libre competencia, en cuanto que con la explotación laboral no sólo se priva de los más elementales derechos laborales a la persona explotada, sino que también se produce o prestan servicios en régimen de competencia desleal hacia los competidores que cumplen con la legislación social vigente; y
- c) La vida o la integridad física de las personas, en cuanto que el tráfico clandestino de personas para transplantar sus órganos se realiza, en la mayoría de las ocasiones, sin la intervención de médicos cualificados, con deficientes condiciones higiénico-sanitarias y, sobre todo, suelen faltar los controles postoperatorios de las víctimas que son abandonadas a su propia suerte tras una operación tan complicada.

Similar posición guarda MARTOS NÚÑEZ, al afirmar que:

(...) el delito de trata de seres humanos protege bienes jurídicos individuales, básicamente, “la dignidad y la libertad” del sujeto pasivo. Se trata de una modalidad específica de ataque contra la integridad moral de las personas, en tanto que la utilización del ser humano para la obtención de fines mercantilistas supone su anulación como persona, en contra de su voluntad o sin consentimiento válido.<sup>247</sup>

Adicionalmente, para el autor, la trata de seres humanos también supone la puesta en peligro de aquellos otros bienes jurídicos protegidos por los delitos que persigue el objetivo explotador; a saber: delitos contra los derechos de los trabajadores, libertad sexual, integridad o salud física, integridad moral, etc.<sup>248</sup>

Igual posición de pluriofensividad sobre el bien jurídico protegido tiene la profesora POMARES CINTAS, al afirmar lo siguiente:

(...) El delito de trata puede concebirse como una modalidad específica de ataque contra la integridad moral de las personas en la medida en que la instrumentalización del ser humano para la consecución de determinadas finalidades mercantilistas supone involucrarle en una situación que lo anula como persona. Además, a esta situación se ve sometida la víctima en contra de su voluntad, o bien sin consentimiento válido. Esa cosificación de la persona previa a la explotación es lo que justifica su singularidad como tipo autónomo. Por ello, a diferencia del delito de colaboración en la inmigración

<sup>245</sup> SANTANA VEGA, Dulce. El nuevo delito de trata de seres humanos (LO 5/2010, 22-6). Pág. 84. En: CUADERNOS DE POLÍTICA CRIMINAL Número 104. Época II. Octubre 2011. Dykinson.

<sup>246</sup> SANTANA VEGA, Dulce. El nuevo delito de trata de seres humanos (LO 5/2010, 22-6). Pág. 84. En: CUADERNOS DE POLÍTICA CRIMINAL Número 104. Época II. Octubre 2011. Dykinson.

<sup>247</sup> MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 del Código Penal. En: Estudios Penales y Criminológicos. Vol XXXII. Universidad Santiago de Compostela. Pág. 100.

<sup>248</sup> MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 del Código Penal. En: Estudios Penales y Criminológicos. Vol XXXII. Universidad Santiago de Compostela. Pág. 100.

clandestina o tráfico ilegal de personas (...), el que es objeto de la trata es también víctima del delito.<sup>249</sup>

Además, la autora señala que la trata de personas también implica la puesta en peligro de aquellos otros bienes jurídicos protegidos por los delitos a través de los que se manifieste el objetivo explotador: delitos contra los derechos de los trabajadores, libertad sexual, integridad o salud física, integridad moral, etc.<sup>250</sup>

Para IGNACIO BENÍTEZ ORTÚZAR, con el delito de trata de seres humanos lo que se afecta directamente son las bases más elementales de la dignidad de la persona, su integridad moral en su sentido más puro, cosificándola y degradándola a una categoría inferior a la de persona.<sup>251</sup> Pero no solo ello:

Las formas comisivas exigidas en el tipo llevan a considerar que se trata de un delito pluriofensivo, en el que junto a la integridad moral se tutela la libertad de la persona. “Dignidad y libertad” conformarían el bien jurídico protegido, y la conjunción de la dignidad con la libertad conforma, sin lugar a dudas la integridad moral.<sup>252</sup>

Para MARTÍNEZ OSORIO en el delito de trata de personas existe una pluralidad de bienes jurídicos que resultan afectados aunque, “(...) *en términos globales, la trata menoscaba primordialmente la dignidad personal del individuo entendida como en pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo*”.<sup>253</sup> Así, afirma lo siguiente:

En efecto, en el presente tipo delictivo se afectan una infinidad de facetas del ser humano como la libertad ambulatoria, libertad sexual, la salud física y mental, la libertad de auto-determinación personal, la seguridad laboral entre otros. Añadido a lo anterior, en el caso de los menores, se pone en peligro el normal desarrollo de su sexualidad, y en cuanto los incapaces su posible instrumentalización (indemnidad sexual).<sup>254</sup>

En opinión del profesor FRANCISCO MUÑOZ CONDE, el delito de trata de seres humanos incide directamente en **la libertad de la víctima, pero afecta también a su dignidad y con ello a su integridad moral**. El bien jurídico protegido es, por tanto, doble, aunque la razón de su incriminación autónoma tiene más que ver con la dignidad e integridad moral, a la que se lesiona a través de diversas formas de atentado a la libertad.<sup>255</sup>

<sup>249</sup> POMARES CINTAS, Esther. El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral. Pág. 6. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-15.pdf> (consultado el 20 de noviembre de 2015).

<sup>250</sup> POMARES CINTAS, Esther. El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral. Pág. 6. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-15.pdf> (consultado el 20 de noviembre de 2015).

<sup>251</sup> BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio. La trata de seres humanos. De los instrumentos internacionales a su plasmación en el Código Penal español. Pág. 223-224. En: MEDINA CUENCA, Arnel (Coordinador). El Derecho Penal en los inicios del Siglo XXI: en la encrucijada entre las garantías penales y el expansionismo irracional. Ed. Unijuris. La Habana, 2014.

<sup>252</sup> BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio. La trata de seres humanos. De los instrumentos internacionales a su plasmación en el Código Penal español. Pág. 225-226. En: MEDINA CUENCA, Arnel (Coordinador). El Derecho Penal en los inicios del Siglo XXI: en la encrucijada entre las garantías penales y el expansionismo irracional. Ed. Unijuris. La Habana, 2014.

<sup>253</sup> MARTÍNEZ OSORIO, Martín. El delito de trata de personas en el Código Penal Salvadoreño. Aspectos criminológicos y legales. Save The Children y Consejo Nacional de la Judicatura. Pág. 51-52. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/27243.pdf> (consultado el 25 de noviembre de 2015).

<sup>254</sup> MARTÍNEZ OSORIO, Martín. El delito de trata de personas en el Código Penal Salvadoreño. Aspectos criminológicos y legales. Save The Children y Consejo Nacional de la Judicatura. Pág. 52. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/27243.pdf> (consultado el 25 de noviembre de 2015).

<sup>255</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal. Parte Especial. 18 edición, revisada y puesta al día. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010. Pág. 207

De acuerdo al profesor chileno RAÚL CARNEVALI, los objetos de protección por el delito de trata de personas no pueden ser sino la libertad, la seguridad personal y la salud.<sup>256</sup> Adicionalmente, el autor señala que:

(...) en caso de cosificación de la persona, en que se la reduce a condiciones análogas a la esclavitud, lo que se ofende no es su dignidad, sino que su libertad jurídica. Lo que se aprecia es un abuso de una situación de necesidad que determina la afectación de la capacidad del sujeto de autodeterminarse libremente, de manera que la decisión adoptada está fuertemente condicionada.<sup>257</sup>

En opinión de DE ARMAS FONTICOPA, el delito de trata de personas tiene naturaleza pluriofensiva. Así:

(...) El asunto del bien jurídico es discutido en la doctrina. En algunos países es la autonomía personal. Significa vulnerar la capacidad de la persona para decidir sobre su persona y anular su libertad, cosificarla, convertirla en objeto del tratante. La ofensividad sin embargo puede ser plural: la vida, la libertad sexual, la integridad entre otras.<sup>258</sup>

En la misma línea, el profesor GUSTAVO ABOSO, en el análisis del delito de trata de personas contemplado en el ordenamiento jurídico argentino, considera también como pluriofensivo al bien jurídico protegido:

(...) Si bien los arts. 145 bis y 145 ter del Cód. Penal se insertan dentro de los delitos contra la libertad, dicha clasificación no le hace juicio al verdadero contenido de lo injusto de este delito de trata de personas. La libertad aparece sin hesitar como uno de los bienes jurídicos protegidos por estas normas, pero además es posible agregar que el delito de trata de personas protege con igual intensidad la dignidad de la persona al ser reducida a un objeto de transacción, es decir, la cosificación económica de la persona tratada. Este aspecto de la dignidad humana debe ser enlazado con el imperativo categórico kantiano del fin en sí mismo, es decir, "obrar de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio".<sup>259</sup>

Para YESENIA GUADALUPE CRESPO GÓMEZ, la trata de personas -en la legislación mexicana- afecta especialmente a la libertad y a la dignidad:

Es importante resaltar que en la exposición de motivos de la ley enunciada, se destacan la libertad y la dignidad humana como dos de los derechos que el delito (de acuerdo al Protocolo de Palermo) o ahora los delitos de trata de personas en México (conforme a la nueva Ley General, vigente), son menoscabados o violentados a las personas que tienen la condición de víctimas; por lo que no podemos dejar de pronunciarnos por protección de los derechos fundamentales que todo individuo debe gozar. La

<sup>256</sup> CARNEVALI, Raúl A. La trata de personas y la normativa internacional. Algunas consideraciones de su regulación en Chile. Pág. 182. En: Revista Diritto Penale Contemporaneo 4/2013.

<sup>257</sup> CARNEVALI, Raúl A. La trata de personas y la normativa internacional. Algunas consideraciones de su regulación en Chile. Pág. 182. En: Revista Diritto Penale Contemporaneo 4/2013.

<sup>258</sup> DE ARMAS FONTICOPA, Tania. La trata de personas. Dilemas criminológicos y jurídico-penales. p. 158. En: MEDINA CUENCA, Arnel (Coordinador). Migraciones internacionales, tráfico y trata de seres humanos. Una visión desde Cuba. Serie Ciencias Penales y Criminológicas. UNIJURIS. La Habana, 2015.

<sup>259</sup> ABOSO, Gustavo Eduardo. Trata de personas. La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual. Ed. B de F. Madrid, 2013. Págs. 55-56.

Declaración Universal de los Derechos humanos, al igual que la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, por nombrar solo dos instrumentos internacionales, así como la Constitución Mexicana, nos obligan a proteger y garantizar el disfrute de tan valiosos derechos.<sup>260</sup>

Al respecto, SOTO DONOSO señala que “(...) *en consideración a estas formas de explotación, en íntima relación con las circunstancias comisivas reveladoras de falta de voluntad o de una voluntad viciada por parte de la víctima, es dable sostener que [la trata de personas] se trataría de un delito pluriofensivo que lesiona una gama considerable de bienes jurídicos: vida e integridad física y psíquica, libertad y seguridad personal, libertad sexual, indemnidad sexual, libertad de tránsito y de residencia, libertad de trabajo, vida privada y honra de la persona*”.<sup>261</sup> Por tanto, en opinión de este autor, la trata es un delito pluriofensivo. Además, al momento de abordar los fines de explotación, el autor considera que la dignidad también se ve afectada por este tipo penal:

(...) El artículo 3° del Protocolo contempla situaciones de explotación que, tal como señala su texto, son sólo un mínimo a considerar por las legislaciones nacionales (...) En todas ellas se manifiesta claramente la intención del sujeto activo de transformar en “cosa” u “objeto” al ser humano, todo lo cual, tal como se señaló, **no sólo afecta la gama de bienes jurídicos involucrados, sino que también merma potencialmente su atributo más inherente: la dignidad humana**<sup>262</sup> (resaltado nuestro).

Adicionalmente, para CLARA MOYA GUILLEM, el delito de trata de seres humanos es un delito pluriofensivo, aunque habría que distinguir entre:

- **Los bienes jurídico penales comunes a todas las modalidades delictivas del delito de trata de personas:** en ese sentido, tomando en cuenta la ubicación sistemática, las conductas típicas, los medios de determinación de la voluntad de la víctima y las penas a imponer, la trata de personas tutela: i) la integridad moral, en la medida que proscribe la instrumentalización del ser humano de manera degradante y sin su consentimiento; y ii) la libertad, toda vez que a través de los medios comisivos se direcciona la voluntad de la víctima hacia una modalidad de explotación. Aquí cabría precisar que en los casos de trata forzada (con violencia o amenaza), trata fraudulenta (engaño) o abusiva (abuso de una situación de vulnerabilidad o necesidad de la víctima, o aprovechamiento de una situación de superioridad por parte del sujeto activo), se protege la libertad de decisión o autodeterminación.
- **Los bienes jurídico penales distintos en cada una de las modalidades delictivas del delito de trata de personas:** aparte de los bienes jurídico comunes (integridad moral y libertad de autodeterminación), se pueden afectar otros bienes jurídicos, vinculados con las finalidades de explotación que exige el tipo penal. Así, en los casos en los que el tipo penal prevé concretas finalidades de explotación (laboral, sexual, extracción de órganos, realización de actividades delictivas,

<sup>260</sup> CRESPO GÓMEZ, Guadalupe Yesenia. Una mirada a la trata de personas en México: La libertad y la dignidad vs. la esclavitud humana. pp. 126-127. En: MEDINA CUENCA, Arnel (Coordinador). Migraciones internacionales, tráfico y trata de seres humanos. Una visión desde Cuba. Serie Ciencias Penales y Criminológicas. UNIJURIS. La Habana, 2015.

<sup>261</sup> SOTO DONOSO, Francisco. Aspectos dogmáticos del delito de trata de personas del artículo 3° del Protocolo de Palermo. Pág. 174. En: Revista Jurídica del Ministerio Público N° 39 – Junio 2009. Santiago de Chile.

<sup>262</sup> SOTO DONOSO, Francisco. Aspectos dogmáticos del delito de trata de personas del artículo 3° del Protocolo de Palermo. Pág. 182. En: Revista Jurídica del Ministerio Público N° 39 – Junio 2009. Santiago de Chile.

celebración de matrimonios forzados), se tutelaría también la puesta en peligro de los bienes jurídicos vinculados a estas finalidades de explotación. Por ejemplo, en el caso de la trata con fines de explotación laboral, se buscaría proteger, de manera anticipada, los derechos de los trabajadores; cuando la trata tenga fines de explotación sexual, se tendrá por objetivo tutelar la libertad sexual de la víctima, etc.<sup>263</sup>

Por otro lado, para la profesora REQUEJO NAVEROS, con la tipificación del delito de trata de seres humanos se pretende hacer frente a aquellas conductas en que se priva al ser humano de su libertad y su dignidad, utilizándolo como una mercancía, cosificándolo, y sometiéndolo a prácticas propias de la esclavitud. En ese sentido, la trata de personas tutela la dignidad y la libertad de las personas que, en tanto bienes jurídicos individuales, habrá tantos delitos de trata como víctimas.<sup>264</sup>

Para el profesor TERRADILLOS BASOCO y GALLARDO GARCÍA, el bien jurídico protegido por el delito de trata de seres humanos, tal como está previsto en la legislación española, es la dignidad y la libertad, sin que la reciente modificación realizada por la LO 1/2015 haya variado dicha consideración:

(...) Las últimas reformas no suponen una transformación sistemática: **los delitos de trata de seres humanos continúan protegiendo la dignidad y la libertad como bien jurídico**, prescindiendo de la referencia a la nacionalidad de las víctimas o al carácter transfronterizo de las conductas, situándose al lado de las torturas y otros delitos contra la integridad moral, en el Título VII<sup>265</sup> (resaltado nuestro).

Por último, el MINISTERIO FISCAL de España, a través de la “Circular 5/2011: sobre criterios para la Unidad de Actuación Especializada del Ministerio Fiscal en materia de Extranjería e Inmigración”, también se pronunció por el bien jurídico protegido por el delito de trata de personas en el Código Penal español, afirmando su pluriofensividad aunque valorando con mayor énfasis la dignidad:

El artículo 177 bis –único precepto que integra el nuevo Título VII Bis del Libro Segundo del Código Penal– es una norma de transposición al derecho español del delito de trata de seres humanos tal y como ha sido definido por el derecho internacional vinculante para España.

De manera concisa pero muy expresiva el preámbulo de la LO 5/2010 reconoce que no tiene otro objetivo que el de la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren. En este sentido reafirma idéntica declaración y pretensión que todos los documentos e instrumentos internacionales preparatorios, explicativos y reguladores de este delito o de cualquier otra disposición relativa al sistema de prevención, protección, o persecución que integran la acción mundial contra este

<sup>263</sup> MOYA GUILLEM, Clara. Los delitos de trata de seres humanos en España y Chile. Bien jurídico protegido y relaciones concursales. Págs. 535-539. En: Revista Política Criminal, Vol. 11, N° 22 (diciembre, 2016). Disponible en: [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_11/n\\_22/Vol11N22A6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A6.pdf) (consultado el 3 de agosto del 2016).

<sup>264</sup> REQUEJO NAVEROS, María Teresa. El delito de trata de seres humanos en el Código penal español: aciertos, desaciertos y proyectos de reforma. p. 66 y 67. En: VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita y BUSTOS RUBIO, Miguel (coordinadores). La reforma penal de 2013. Libro de actas XIV Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho Penal de las universidades de Madrid. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 2014.

<sup>265</sup> TERRADILLOS BASOCO, Juan María y GALLARDO GARCÍA, Rosa M. Lección 7. Trata de seres humanos. Pág. 178. En: TERRADILLOS BASOCO, Juan María (Coordinador). Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo III. Derecho Penal Parte Especial. Volumen I. Ed. Iustel. Madrid, 2016.

fenómeno criminal. Así lo reconoce también la Sala Segunda del Tribunal Supremo (STS 378/2011 de 17/5).

Se protege la dignidad de la persona sin discriminación alguna. Por ello, el nuevo Título se ubica entre los que criminalizan las torturas y otros delitos contra la integridad moral (Título VII) y los delitos contra la libertad e indemnidad sexual (Título VIII) es ajustada, adecuándose a la sistemática de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, donde se prohíbe la trata de seres humanos en el artículo 5.3 en el ámbito propio de protección de la dignidad de las personas [derecho a la vida (art. 2), derecho a la integridad de la persona (art. 3), prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes (art. 4) y prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (art. 5)].<sup>266</sup>

Se puede advertir, al menos en la doctrina española, que la invocación a la dignidad y a la libertad, como bienes jurídicos protegidos por el delito de trata, se fundamentan en lo señalado en el preámbulo de la LO 5/2010, que introduce el delito de trata de seres humanos al Código Penal español. No obstante, no advertimos un análisis más profundo de por qué se asume dicha opción.

En síntesis, esta tercera posición -que es la que mayor aceptación tiene a nivel del derecho comparado- considera que la trata de personas, en razón a la complejidad de su conducta, tutela más de un bien jurídico. Ahora bien, sobre los bienes jurídicos protegidos, la mayoría considera que se tutela la dignidad del ser humano (o su equivalente, la integridad moral) y la libertad. Otros consideran además que se tutelan otros bienes jurídicos complementarios, vinculados especialmente en el traslado de la víctima y en la posterior explotación, que podrá variar dependiendo del caso concreto.

#### **2.2.4. Posición que afirma que el bien jurídico lo conforman otros derechos**

Finalmente, existe una posición que el bien jurídico tutelado por el delito de trata de personas lo conforman otros derechos, distintos a los ya citados.

En ese sentido, PATRICIA FERNÁNDEZ OLALLA afirma que el bien jurídico protegido por el delito de trata son **“los derechos humanos de las víctimas”**,<sup>267</sup> que no es otra cosa sino una afirmación genérica e imprecisa. Esta, sin duda, es la tesis minoritaria, que además no se muestra uniforme, a diferencia de las anteriores.

De lo expuesto, se aprecia que existen diversas posiciones sobre el bien jurídico protegido por el delito de trata de personas. Al respecto, consideramos que la determinación del bien jurídico protegido es vital, por cuanto permitirá interpretar todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal adecuadamente, lo que en definitiva tendrá un impacto: i) en la aplicación del delito y la posterior imposición de la sanción a los imputados, y ii) en la protección de los derechos de las víctimas.

<sup>266</sup> MINISTERIO FISCAL. Circular 5/2011: sobre criterios para la Unidad de Actuación Especializada del Ministerio Fiscal en materia de Extranjería e Inmigración. p. 1561. Disponible en: [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/memoria2012\\_vol1\\_circu\\_05.pdf?idFile=f899b5a5-3799-4389-a0c7-9530996f9829](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memoria2012_vol1_circu_05.pdf?idFile=f899b5a5-3799-4389-a0c7-9530996f9829) (consultado el 17 de febrero de 2016).

<sup>267</sup> GARCÍA VÁSQUEZ, Sonia y FERNÁNDEZ OLALLA, Patricia. La trata de seres humanos. Colección Foro No 27. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2012. Pág. 115.

## 2.2.5. Jurisprudencia sobre el bien jurídico protegido por el delito de trata de personas

Así como la doctrina ha adoptado diversas posiciones sobre el bien jurídico protegido por el delito de trata de personas, la jurisprudencia también se ha pronunciado sobre el tema, asumiendo también diversas tesis.

### 2.2.5.1. Cortes Supranacionales

#### a. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El TEDH, en el caso *Rantsev vs. Chipre y Rusia* señaló que la trata de personas, por su propia naturaleza y fin de explotación, está basada sobre el ejercicio de poderes vinculados con el derecho de propiedad. Considera a los seres humanos mercancía que puede ser comprada y vendida y sometida a trabajo forzoso, frecuentemente a cambio de poca o ninguna paga, habitualmente en la industria del sexo pero también en otros sectores. La trata supone una vigilancia estrecha de las actividades de las víctimas, cuyos movimientos resultan con frecuencia limitados. Involucra el uso de violencia y amenaza contra las víctimas, quienes viven y trabajan en condiciones de pobreza.<sup>268</sup>

En atención a ello, afirmó expresamente que la trata de personas afecta a la dignidad humana, al señalar que “(...) *There can be no doubt that trafficking threatens the human dignity and fundamental freedoms of its victims and cannot be considered compatible with a democratic society and the values expounded in the Convention*”.<sup>269</sup>

#### b. Corte Interamericana de Derechos Humanos

La CIDH, en el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, manifestó que el concepto “trata de personas”, de acuerdo al artículo 6.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos –en concordancia con otros instrumentos internacionales–, se refiere a las personas traficadas para sometimiento a variadas formas de explotación sin su consentimiento.<sup>270</sup> Si bien no se señala expresamente un bien jurídico o interés preferente protegido que se vulnere con este fenómeno, con respecto a la conducta de esclavitud sí establece qué derechos se podrían vulnerar mediante su comisión:

(...) Es evidente de lo anterior que la constatación de una situación de esclavitud representa una restricción sustancial de la personalidad jurídica del ser humano y podría representar, además, violaciones a los derechos a la integridad personal, a la libertad personal y a la dignidad, entre otros, dependiendo de las circunstancias específicas de cada caso.<sup>271</sup>

En la medida que la trata de personas es un delito que se encuentra vinculado con el fenómeno de la esclavitud –inclusive, se lo define como una “forma contemporánea de

<sup>268</sup> EUROPEAN CORT OF HUMAN RIGHTS. Case of Rantsev v. Cyprus an Russia (Application no. 25965/04). Párrafo 281.

<sup>269</sup> EUROPEAN CORT OF HUMAN RIGHTS. Case of Rantsev v. Cyprus an Russia (Application no. 25965/04). Párrafo 282 (Pág. 69). Disponible en: [https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/rantsev\\_vs\\_russia\\_cyprus\\_en\\_4.pdf](https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/rantsev_vs_russia_cyprus_en_4.pdf) (consultado el 22 de noviembre del 2016).

<sup>270</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Sentencia del 20 de octubre de 2016 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Párrafo 288.

<sup>271</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Sentencia del 20 de octubre de 2016 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Párrafo 273.

esclavitud”<sup>272</sup>- también podemos hacer extensivo este criterio: en la trata de personas también se pueden vulnerar los derechos a la integridad personal, a la libertad personal y a la dignidad, entre otros, dependiendo de las circunstancias específicas de cada caso.

## 2.2.5.2. Tribunales Internos

### a. En el Extranjero

#### a.1. España

En el caso del Tribunal Supremo español, se tiene lo siguiente:

- En la Sentencia: N° 1029/2012 de fecha 21/12/2012 (Recurso de Casación N° 678/2012 / Ponente: Sr. Berdugo Gómez de la Torre) se afirmó lo siguiente:

*“(...) No obstante –como hemos dicho en STS. 378/2011 de 17.5- en sede de tipicidad esta polémica ha quedado en cierto punto solventada por la reforma operada en el art. 318 bis por LO. 5/2010, que ha suprimido el subtipo agravado del apartado 2, por considerar inadecuado el citado precepto para el tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina, cuando el nuevo Título VII bis, en el que **prevalece la protección de la dignidad y libertad de los sujetos pasivos** (...)”.*

- En la sentencia N° 615 de la Sección N° 03 de la Audiencia Provincial de Madrid (de fecha 24 de octubre de 2014) se señaló lo siguiente:

*“SEGUNDO.- 1. Los hechos declarados probados en relación a Elsa Juliana son legalmente constitutivos de un delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual, relativo a persona menor de edad, del art. 177 bis.1.b, 2, 3, 4.b, 6 y 9 del Código Penal, con la agravación de pertenencia a una organización o asociación (...) **Prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren**, considerando que estamos ante un delito que puede ser cometido contra personas nacionales, transnacionales o extranjeras, relacionadas o no con la delincuencia organizada (...)”*

Por ende, la jurisprudencia española reseñada apuesta por la tesis pluriofensiva del delito de trata de personas, toda vez que considera a la dignidad y a la libertad como bienes jurídicos protegidos por dicho tipo penal.

Cabe precisar que la Sala Penal del Tribunal Supremo español se ha pronunciado por las diferencias que existen entre los bienes jurídicos tutelados por los delitos de tráfico de personas y trata de seres humanos.

En efecto, en la Sentencia de fecha 13 de mayo del 2015 (N° Recurso: 10815/2014), al hacer la diferenciación entre el bien jurídico protegido por el delito de trata de seres humanos y el tráfico de personas, señaló que *“(...) en el tráfico de personas el cruce de fronteras siempre va a ir acompañado de la nota de la ilegalidad. De hecho, lo que se*

<sup>272</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Sentencia del 20 de octubre de 2016 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Párrafo 286.



protege en el art. 318 bis del CP es el control por el Estado de sus propias fronteras, mientras que en la trata de personas esa ilegalidad no es una nota definitiva, puede darse o no. De ahí que se haya señalado que **el bien jurídico tutelado en el art. 177 bis del CP mira preferentemente a la dignidad de la persona**<sup>273</sup> (resaltado nuestro).

Pero, además, el Tribunal Supremo español establece una distinción entre el bien jurídico protegido por los delitos de inmigración ilegal, inmigración de trabajadores extranjeros y trata de seres humanos; básicamente que en todos se protege la libertad y la dignidad, aunque es en el delito de trata de personas donde se encuentra la afectación más grave de estos bienes jurídicos, por cuanto la conducta sancionada alude a una situación de explotación. Así:

“(…) con la nueva regulación se ha pretendido atender al fenómeno de la expansión de la emigración contemplándolo desde sus diferentes perspectivas en relación con los bienes jurídicos afectados: la inmigración ilegal de ciudadanos extranjeros (art. 318 bis del C. Penal); la inmigración de trabajadores extranjeros (art. 313); y la trata de seres humanos (nuevo art. 177 bis, bajo el título VII bis: “De la trata de los seres humanos”). **El solapamiento parcial de los tres preceptos referidos puede producirse con cierta asiduidad ya que en todos ellos resulta afectados, si bien en diferente grado, la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos del delito. Los supuestos en que el menoscabo de esos bienes es severo, hasta llegar a los límites de la explotación del ser humano, integran ahora el nuevo delito del art. 177 bis, desgajándose así tales conductas del art. 318 bis, que hasta ahora contemplaba de forma inadecuada e insuficiente el fenómeno del tráfico de seres humanos hasta el límite de la explotación, fenómeno que, a tenor de los tratados y convenios internacionales firmados por España, requería una tipificación penal autónoma y de una mayor intensidad**<sup>274</sup> (resaltado nuestro).

## a.2. Colombia

En el caso de la Corte Constitucional de Colombia, se tiene lo siguiente:

- El artículo 17 de la Constitución de Colombia señala que “*se prohíben la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas*”. Al respecto, la sentencia T-1078/12 manifiesta que “(…) *esta Corporación ha indicado que el artículo 17 de la Carta protege los derechos a la libertad física y a la dignidad, los cuales proscriben que una persona sea reducida a la condición de un objeto sobre el que se ejerce dominio y se limite su autonomía para determinar su proyecto de vida y su cuerpo*”.<sup>275</sup>
- La sentencia C-464/14 señala que “(…) *se puede observar por la ubicación del tipo penal en el ordenamiento penal que la trata de personas protege el bien jurídico de la libertad y otras garantías (título III), no obstante, la trata tiene como particularidad ser un delito pluriofensivo contra la dignidad humana, que puede lesionar o poner en peligro múltiples bienes jurídicos*

<sup>273</sup> Apartado B.2 (página 18).

<sup>274</sup> Apartado B.3 (página 18).

<sup>275</sup> Punto 2.3.3. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/T-1078-12.htm> (consultado el 29 de abril de 2015).

***simultáneamente como la libertad, la autonomía y la libertad sexual, entre otros***.<sup>276</sup>

Este tribunal también se decanta por la tesis pluriofensiva, aunque involucra no solo a la dignidad y a la libertad, sino también a la autonomía, libertad sexual, entre otros, adoptando una lista abierta.

Recientemente, la Corte ha reiterado su posición sobre la pluriofensividad del bien jurídico, en los siguientes términos (Sentencia C-470/2016, fundamento 4):

(...) La Corte Constitucional ha puesto de manifiesto el carácter “**pluriofensivo**” de este delito que se configura con la realización de una cualquiera de las cuatro modalidades de conducta previstas, es decir, captar, trasladar, acoger o recibir a una persona y que “**puede lesionar o poner en peligro múltiples bienes jurídicos simultáneamente**”, con una **finalidad de explotación buscada mediante prácticas como la explotación sexual, el trabajo forzado, la esclavitud, la servidumbre, la mendicidad o el matrimonio servil, entre otras**, lo que evidencia “una amplitud” que fácilmente conduce al “concurso con otras conductas punibles”, admitiéndose también las circunstancias de agravación punitiva establecidas en el artículo 188B del Código Penal (resaltado nuestro).

Lo novedoso de esta sentencia es que también se reconoce que la trata, además de afectar diversos derechos, vulnera en última instancia la dignidad del ser humano (Sentencia C-470/2016, fundamento 8):

(...) Desde el punto de vista de los derechos fundamentales ya se ha puntualizado, al iniciar estas consideraciones, que la prohibición de la esclavitud, la servidumbre “y la trata de seres humanos en todas sus formas”, prevista en el artículo 17 superior, tiene un estrecho vínculo con el artículo 12 de la Carta, que proscribire la desaparición forzada, las torturas y los tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, **siendo inevitable, a partir de ahí, la referencia al atropello a la dignidad humana**, punto desde el cual se despliega una larga cadena de vulneraciones a derechos fundamentales que logrará precisarse, en mayor o en menor medida, dependiendo de las circunstancias de cada caso en particular (resaltado nuestro).

## **b. En el Perú**

En el caso de Perú, se tiene lo siguiente:

- Las salas penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, a través del Acuerdo Plenario N° 03-2011/CJ-116 (“Delitos contra la libertad sexual y trata de personas: diferencias típicas y penalidad”), consideran que el bien jurídico por el delito de trata de personas es la libertad:

La trata de personas, en los términos como aparece regulada en el Código Penal vigente, constituye un delito que atenta contra **la libertad personal (...), 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** [resaltado nuestro].<sup>277</sup>

<sup>276</sup> Punto 3.2. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-464-14.htm> (consultado el 29 de abril de 2015).

<sup>277</sup> Párrafo 12.

Sin embargo, como se señaló anteriormente, esta definición de libertad más se aproxima a la libertad de autodeterminación, que forma parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

- La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, con fecha 28 de enero del 2016 (R.N. N° 2349-2014), confirmó la sentencia de fecha 14 de mayo del 2014 expedida por la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, que absolvió a Elsa Cjuno Huillca del delito de trata de personas en agravio de la adolescente D.R.Q. (15 años); al considerar que no se produjo una situación de “explotación” en agravio de la adolescente víctima, a pesar de demostrarse que era menor de edad, laboraba por más de 12 horas en el bar y apenas tenía 15 años.

Luego de las críticas desatadas por la impunidad generada por el fallo, la Corte Suprema emitió un comunicado con fecha 14 de setiembre del 2016 defendiendo la decisión adoptada en el caso, pero señalando además lo siguiente:

(...) 7. Es importante precisar que de acuerdo al artículo 153 del Código Penal que regula el delito de trata de personas, el Fiscal debe probar que **el agente o sujeto activo vulnera el bien jurídico que es la libertad de la víctima**; lo que no ha ocurrido en el caso de autos, por cuanto la presunta agraviada habría trabajado libremente en el negocio de la imputada, sin estar sometida a amenaza, coacción o violencia alguna o régimen de esclavitud (...) <sup>278</sup> [resaltado nuestro].

La Corte Suprema, entonces, también adopta la postura de la libertad como bien jurídico, deduciendo además que se trataría de la libertad de autodeterminación, al señalar que la víctima realizó una actividad de manera libre, sin ningún tipo de amenaza o coacción.

- En la sentencia de fecha 23 de enero de 2013, emitida por el Primer Juzgado Colegiado “A” de Piura (Exp. N° 01815-2010-71-2001-JR-PE-02), <sup>279</sup> se señaló lo siguiente:

(...) El delito de Trata de Personas, es un ilícito que atenta contra los Derechos humanos ya que vulnera la esencia misma de la persona, afectando esencialmente la libertad personal, así como la vida, integridad y dignidad del sujeto pasivo, pues lo reduce o degrada al equiparlo como mercancía de consumo, el bien jurídico que se protege es en esencia la libertad personal, pero también es pluriofensivo porque además hay vulneración de otros bienes jurídicos, entre ellos la libertad sexual, la integridad física, atacando la dignidad humana (fundamento jurídico N° 6.1).

En este caso más bien se adopta la tesis de la pluriofensividad, aunque resaltando especialmente la vulneración a la dignidad de la persona.

<sup>278</sup> “Es inconstitucional condenar a un procesado absuelto: caso Madre de Dios”. Comunicado de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema Justicia de la República del 14 de setiembre del 2016. Disponible en: [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c89b50004e3ff93a91aafb661656052a/CS\\_D\\_PRONSPPJ\\_15092016.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c89b50004e3ff93a91aafb661656052a](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c89b50004e3ff93a91aafb661656052a/CS_D_PRONSPPJ_15092016.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c89b50004e3ff93a91aafb661656052a) (consultado el 13 de diciembre del 2016).

<sup>279</sup> Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2013/01/Sentencia-caso-La-Noche-1.pdf> (consultado el 8 de diciembre de 2015).

- La Defensoría del Pueblo en el Informe Defensorial N° 158: “La trata de personas en agravio de niños, niñas y adolescentes” también recoge extractos de sentencias que se pronuncian por el bien jurídico protegido en el delito de trata de personas, asumiendo a la libertad y a la dignidad indistintamente:
  - ✓ [...] Por lo que el bien jurídico tutelado (en el delito de trata de personas) lo constituye la libertad personal de las personas en sentido general y específicamente la dignidad de las personas a no ser tratadas como instrumentos o cosas para conseguir algún fin.<sup>280</sup>
  - ✓ [...] En el delito de trata de personas, se evidencia que el interés o bien jurídico que busca proteger lo constituye la dignidad de las personas, la misma que es afectada con cualquier conducta de tráfico de personas con la finalidad que sea.<sup>281</sup>

Así, tanto a nivel comparado como en el Perú, los pronunciamientos citados evidencian una falta de uniformidad en el tema, ya que se ha optado por tres tesis sobre el bien jurídico protegido por el delito de trata de personas: i) la que apuesta por la libertad personal; ii) la de sustenta que el delito es pluriofensivo, y iii) la que opta más bien por la dignidad.

## 2.2.6. Críticas a las diversas posiciones asumidas sobre el bien jurídico protegido por el delito de trata de personas

### a) Sobre el bien jurídico libertad

En primer lugar, cabría señalar que, así como se cuestiona la amplitud e imprecisión de la dignidad –que lo dificulta para configurar un bien jurídico penal, tal como lo señala la doctrina- también se debería cuestionar al concepto libertad.<sup>282</sup> Y es que, en el marco del Derecho Penal, el concepto libertad bien puede cumplir funciones de bien jurídico protegido, como base para la atribución de responsabilidad, como objeto de la pena, entre otros usos.<sup>283</sup> En el caso de la libertad como bien jurídico protegido, es necesario señalar de manera específica a qué dimensión de dicho principio se alude.

Adicionalmente, sobre el hecho que el delito de trata de personas (Art. 153) esté ubicado dentro del Capítulo I (Violación de la Libertad Personal) del Título IV (Delitos contra la Libertad) del Libro Segundo del Código Penal, cabe afirmar -como señalamos anteriormente- que no siempre la inclusión de un delito dentro de un grupo de delitos que presuntamente tutelan el mismo bien jurídico es correcta. A modo de ejemplo, el delito de

<sup>280</sup> Exp. N° 2009-01588-0-1903-JR-PE-3 (LORETO). Sentencia condenatoria de fecha 31 de enero de 2011. Fojas 633. Citado en: DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial No 158: La trata de personas en agravio de niños, niñas y adolescentes. Lima, 2012. Pág. 60.

<sup>281</sup> Exp. N° 4385-2009-11-JR-PE-02 (LA LIBERTAD). Sentencia condenatoria de fecha 01 de octubre de 2010. Fojas 392. Citado en: DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial No 158: La trata de personas en agravio de niños, niñas y adolescentes. Lima, 2012. Pág. 60.

<sup>282</sup> MOYA GUILLEM, Clara. Los delitos de trata de seres humanos en España y Chile. Bien jurídico protegido y relaciones concursales. Pág. 531. En: Revista Política Criminal, Vol. 11, N° 22 (diciembre, 2016). Disponible en: [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_11/n\\_22/Vol11N22A6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A6.pdf) (consultado el 3 de agosto del 2016).

<sup>283</sup> Sobre los diversos usos que tiene el concepto “libertad” en el Derecho Penal se recomienda revisar: SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. La libertad del Derecho penal: ¿de qué hablamos cuando decimos libertad? Pág. 3 y ss. En: Indret. Revista para el análisis del Derecho (enero-2014). Barcelona. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1026.pdf> (consultado el 20 de diciembre del 2016).

discriminación previsto en el artículo 323 del Código Penal, en nuestra opinión, no constituye un tipo penal que pueda configurar un delito contra la humanidad, a pesar de estar reconocido en dicho grupo de delitos (Título XIV-A).<sup>284</sup>

Por tanto, que el delito de trata de personas esté ubicado en el grupo de delitos que tutelan la Libertad Personal (conjuntamente con los delitos de coacción o secuestro) no determina necesariamente que ese sea el bien jurídico protegido.

A continuación, pasaremos a analizar con detalle las posiciones que asumen una dimensión concreta de la libertad como bien jurídico protegido del delito de trata de personas.

### **a.1. Libertad ambulatoria**

En el caso de la **libertad ambulatoria**, no todos los casos de trata de personas implican la efectiva movilidad de la víctima. Por ejemplo, en caso se haya producido la captación de la víctima en la ciudad de Iquitos (a través de un engaño con una oferta de empleo en la ciudad de Lima), y el sujeto activo tenga por fin explotarla sexualmente, ya se habría configurado el tipo penal de trata de personas, de acuerdo a lo señalado en el artículo 153 del Código Penal peruano. En ese escenario, no se advierte, en ningún momento, implicancia alguna en la libertad ambulatoria de la víctima, a pesar que el delito de trata de personas ya se habría consumado.<sup>285</sup>

Se advierte entonces, que la movilidad de la víctima deja de tener importancia en la configuración del tipo penal. Como señala JOSUNE LÓPEZ: “(...) *precisamente, lo característico del fenómeno de la trata no es tanto el movimiento geográfico de la persona, sino el empleo de medios forzados, fraudulentos o abusivos sobre la víctima y el propósito de explotarla*”.<sup>286</sup>

De igual manera, la trata de personas, en todos los casos, no implicará una privación de la libertad de la víctima. Esto se advierte especialmente en aquellos casos en los que existe un aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de ésta, por lo que el elemento dominante entre el sujeto activo y la víctima es el aprovechamiento de los factores que la ponen en indefensión (situación de pobreza, desconocimiento del idioma, condición de migrante ilegal, etc.).<sup>287</sup>

Un caso que ilustra bien esta situación es la sentencia de fecha 23 de enero del 2013, emitida por el Juzgado Penal Colegiado “A” de la Corte Superior de Justicia de Piura, en

---

<sup>284</sup> En ese sentido, MEINI MENDEZ, Iván. Los delitos contra la humanidad en el ordenamiento legal peruano. p. 115. En: MACEDO, Francisco (coordinador). Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú - IDEHPUCP. Lima, 2007.

<sup>285</sup> MOYA GUILLEM, Clara. Los delitos de trata de seres humanos en España y Chile. Bien jurídico protegido y relaciones concursales. Pág. 536. En: Revista Política Criminal, Vol. 11, N° 22 (diciembre, 2016). Disponible en: [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_11/n\\_22/Vol11N22A6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A6.pdf) (consultado el 3 de agosto del 2016).

<sup>286</sup> LÓPEZ RODRÍGUEZ, Josune. Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra, 2016. Pág. 100.

<sup>287</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de trata de personas. OIM-Idehpucp. Segunda Edición. Lima, 2017. pp. 99-100.

el caso denominado “La Noche”.<sup>288</sup> En el caso, la víctima Jhinna Pinchi Calampa denunció a una organización delictiva dedicada a la trata de personas, ante lo cual la 3era Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Piura acusó formalmente a los miembros con penas entre los 15 y 32 años, pero el citado juzgado absolvió de todos los cargos a los imputados.

Entre otros argumentos, las juezas asumieron que el bien jurídico protegido por el delito de trata de personas esencialmente es la libertad (fundamento 6.1), aunque posteriormente señalaron que también se afectan otros bienes jurídicos y, en última instancia, la dignidad. Esta posición la plasman en el análisis del caso, al señalar que no hubo afectación de la libertad ambulatoria por cuanto la agraviada pudo movilizarse del lugar donde presuntamente era explotada (Night Club “La Noche”) e inclusive salió de dicho lugar para dar a luz y posteriormente retornó al centro nocturno, lo que evidencia más bien su consentimiento en las actividades que realizó.<sup>289</sup> Se advierte entonces que las juezas no hacen una adecuada evaluación de la situación de la víctima, analizando únicamente si estuvo privada de su libertad para determinar si se afectó el bien jurídico protegido (que en su opinión es la libertad).

Por ello, en la medida que no se advierte en todos los casos de trata de personas la vulneración de la libertad ambulatoria de la víctima, éste no puede configurar el bien jurídico protegido por este delito.

## **a.2. Libertad de autodeterminación**

En el caso de la **libertad de autodeterminación**, la cuestión es más problemática. Previamente, cabe recordar que en el delito de trata de personas, el sujeto activo se vale de diversos medios para llevar a cabo las conductas típicas. En ese sentido, puede utilizar la violencia, la amenaza, el engaño, el abuso de una situación de vulnerabilidad, entre otros, para la captación, transporte, traslado, recepción y retención de la víctima. Por ello, se aprecia que la decisión que la víctima tome en estos casos nunca será plenamente consentida, por lo que existe una voluntad viciada. En efecto, si la víctima es captada con la promesa de una oferta de empleo o bajo amenaza de muerte, la decisión de viajar con el tratante no es una manifestación libre y espontánea de su voluntad, sino que obedece a un factor que es determinante para dicha decisión. Por ende, en los casos de trata de personas sí se aprecia una afectación a la libertad de autodeterminación, como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

No obstante, consideramos que este bien jurídico no recoge todo el desvalor que presenta una conducta de trata de personas. Y es que centrarse únicamente en la libertad de autodeterminación de la víctima dejaría de lado un aspecto que es mucho más importante y que, en realidad, es el objetivo central de este delito: la explotación del ser humano. De hecho, las conductas que realiza el sujeto activo, recurriendo a mecanismos como la violencia, la amenaza, el engaño, entre otros, tiene como único objetivo la explotación de la víctima. En esa medida, consideramos que la libertad de autodeterminación es un bien jurídico insuficiente que no recoge todo el desvalor que supone los actos de trata de personas, a diferencia de lo que ocurre con la dignidad del ser humano, como lo veremos más adelante. En ese sentido, DAUNIS RODRÍGUEZ afirma lo siguiente:

---

<sup>288</sup> Sentencia disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2013/01/Sentencia-caso-La-Noche-1.pdf> (consultado el 7 de febrero del 2017).

<sup>289</sup> Fundamento 6.9 y 6.10.

(...) [L]os actos de trata de seres humanos suponen algo más que un mero ataque a la libertad, conllevan una lesividad del injusto diversa que justifica su criminalización a través de una prohibición autónoma y diferente. En efecto, cuando se afecta la dignidad humana se produce una instrumentalización de la víctima, cosificándola o reduciéndola a la condición de objeto, cosa o mercancía. Esta dimensión del bien jurídico dignidad humana, que no está necesariamente presente en los ataques a la libertad de la persona, pone el acento en la comercialización, en la negociación que tiene por objeto al ser humano, en el proceso de despersonalización y cosificación que se produce cuando se convierte a la persona en un mero instrumento, mercado, en algo asible, mensurable, inventariable y cuantificable.<sup>290</sup>

Complementariamente a lo expuesto, cabe señalar que la libertad de autodeterminación - conocida también como libertad moral-, es distinta a la libertad de obrar. Así:

(...) la libertad de obrar presupone la libertad moral de la persona, entendida como meta de la vida humana, como realización de las virtualidades de la condición humana, en definitiva, como desarrollo de la vida humana. Implica que a la persona se le reconoce en abstracto su capacidad, en tanto que ser humano, de tomar decisiones libres. Toda vez que dicha premisa se halla sentada, es cuando puede entrar a valorarse si en el concreto caso se produce un atentado contra la libertad de obrar (...).<sup>291</sup>

Ello determina que la libertad de autodeterminación -o moral-, no debe ser identificada con la libertad de obrar en un concreto supuesto, sino con la alojada en la propia base de la persona en tanto que persona, con la libertad como valor caracterizador de la condición de humano y, por tanto, como integrante de la misma dignidad.<sup>292</sup> De allí que, si la trata de personas afecta la dignidad, y si dentro de la dignidad ya está contemplada la libertad de autodeterminación -o libertad moral-, ya no es necesario independizar este bien jurídico de aquel.

Adicionalmente, decir que el bien jurídico es la libertad de autodeterminación sería equiparar el bien jurídico protegido por el delito de trata de personas con aquel previsto por el delito de coacción (artículo 151 del Código Penal).<sup>293</sup> Al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, sobre el bien jurídico protegido por el delito de coacción, afirma que:

El ser humano ha de ser libre de comportarse conforme a su leal saber y entender, de auto-conducirse conductivamente con arreglo a sentido, es que el hombre al momento de realizar una determinada acción, imprime el sello de su personalidad. Los comportamientos son dirigidos y ordenados, desde la esfera cerebral del sujeto, por ello, su impulso y realización, vienen informados por una determinada finalidad y, esta libertad de obrar puede verse quebrantada cuando el individuo es obligado a realizar una acción que no desea u abstenerse de realizar una conducta que quiere materializar.<sup>294</sup>

Entonces, señalar que la libertad de autodeterminación es el bien jurídico protegido por el delito de trata de personas implica desconocer el desvalor que representa dicha conducta,

<sup>290</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. El delito de trata de seres humanos. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. pp. 77-78.

<sup>291</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional. Thomson Reuters-Aranzadi. Pamplona, 2011. Pág. 405.

<sup>292</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional. Thomson Reuters-Aranzadi. Pamplona, 2011. Pág. 406.

<sup>293</sup> Art. 151 (C.P. de 1991): El que, mediante amenaza o violencia, obliga a otro a hacer lo que la ley no manda o le impide hacer lo que ella no prohíbe, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

<sup>294</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Penal. Parte especial. Reimpresión revisada y actualizada. Tomo I. IDEMSA. Lima, 2009. p. 455.

lo que la ha llevado a ser expresamente proscrita no solo en diversos tratados internacionales sino también en la norma más importante de nuestro ordenamiento jurídico, como es la Constitución.

Finalmente, la libertad de autodeterminación como bien jurídico protegido no puede explicarse: i) el por qué en el caso de menores de edad no se verifica una vulneración en la libertad de autodeterminación, toda vez que el tipo penal se configura directamente con la captación, transporte, traslado, recepción y retención de la víctima, sin importar si se recurrió a la violencia, amenaza, engaño, etc.; ii) el por qué las penas privativas de libertad en el delito de trata de personas –Art. 153 y 153-A del Código Penal- pueden llegar hasta los 35 años, si la vulneración de la libertad de autodeterminación es similar a la que se produce en el delito de coacción, que presenta una pena muy inferior; y iii) los casos en los que se recurre al abuso de una situación de vulnerabilidad, en la que no se identifica una afectación a la libertad de autodeterminación por parte del tratante (como sí ocurre cuando se recurre a la violencia o a la amenaza), sino que inclusive la víctima puede estar de acuerdo con la situación vivida.<sup>295</sup>

### **b) Sobre la pluriofensividad del bien jurídico protegido**

No compartimos la posición pluriofensiva del bien jurídico en el delito de trata de personas, toda vez que asumir esta tesis implica establecer un criterio general que no es útil ni seguro para la delimitación de la tipicidad y menos para la determinación del tratamiento concursal, sobre la base de la función interpretativa del bien jurídico.<sup>296</sup> En otros términos, decir que la trata de personas es un delito pluriofensivo es no definir correctamente cuál es el bien jurídico protegido. Como señala DE LA CUESTA AGUADO:

La supuesta «pluriofensividad» de un determinado delito puede servir para ocultar la incapacidad para formular teóricamente el valor efectivamente protegido, aunque puede deberse también a la confusión entre bien jurídico protegido, ratio legis o intereses concurrente conexos, pero que no constituyen el bien jurídico protegido en el citado precepto. En ocasiones, el problema estriba en que el bien jurídico protegido no lo es de forma absoluta sino en un determinado punto de equilibrio con otros intereses en juego (lo que podríamos calificar como «momento valorativo») y, finalmente, en otros supuestos la «pluriofensividad» puede pretender ocultar la ausencia de bien jurídico en el caso concreto. En definitiva: o el recurso a la pluriofensividad es consecuencia de una inadecuada reflexión dogmática o de una inadecuada tipificación.<sup>297</sup>

Adicionalmente, algunas posiciones reseñadas, al momento de justificar la pluriofensividad del delito de trata de personas, se basaban en que también se lesionaban bienes jurídicos durante la fase de explotación de la víctima, o al menos se les ponía en peligro. Al respecto, cabe precisar que el delito de trata de personas, tal como está previsto en nuestra legislación, no exige que se produzca la explotación de la víctima para que se configure. Por tanto, todos los actos realizados durante la etapa de explotación de la víctima, en realidad, forma parte de la etapa de agotamiento del delito, que no tiene

<sup>295</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES y OTROS. Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de trata de personas. OIM, Idehpucp. Segunda Edición. Lima, 2017. Pág. 100.

<sup>296</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la relación entre los delitos contra la libertad sexual y de trata de personas. p. 93-94. En: Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 29. Gaceta Jurídica. Noviembre, 2011.

<sup>297</sup> DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. Delitos de tráfico ilegal de personas, objetos o mercancías. p. 93. En: Revista de Derecho Penal y Criminología, 3era Época, N° 9 (enero de 2013). UNED.



interés para el tipo penal de trata de personas, aunque sí podría configurar otros delitos que podrían generar un concurso real.

Al respecto, el Acuerdo Plenario 3-2011/CJ-116 (párrafo 15) señala lo siguiente:

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

Es más: el Acuerdo Plenario señala que las diferencias entre tratante, promotor y proxeneta es que el primero actúa como proveedor; el segundo como impulsor o facilitador; y el tercero como expendedor y gestor de la prostitución de las víctimas. Por consiguiente, el concurso real entre estos tres delitos resulta ser la posibilidad más técnica de conectarlos hipotéticamente. Así, quien práctica la trata puede, también, dedicarse de modo sucesivo o paralelo a la promoción o explotación directa de la persona a quien captó, trasladó o retuvo inicialmente con la finalidad de entregarla a terceros promotores de la prostitución o proxenetas potenciales o en ejercicio.<sup>298</sup>

Por último, y respecto a la posición de la profesora MOYA GUILLEM que considera que la trata de personas puede tutelar de manera anticipada los bienes jurídicos vinculados a las finalidades de explotación del delito de trata de personas, hay que señalar que, en opinión de la autora, solo puede ocurrir ello cuando el delito de trata de personas establezca de manera taxativa algunas finalidades de explotación, tal como ocurre en las legislaciones española y chilena. Sin embargo, si la legislación no establece las finalidades de explotación de manera cerrada, sino abierta (tal como lo señala el Protocolo de Palermo)<sup>299</sup>, entonces no se podría tutelar de manera anticipada los bienes jurídicos vinculados con los fines de explotación. Así:

(...) Como he expuesto, los delitos de trata de seres humanos tutelarían, por un lado, la integridad moral de la víctima y su libertad de autodeterminación, que son los bienes que se lesionarían con las conductas constitutivas de trata de seres humanos; y, por otro lado, dependiendo del caso, los derechos laborales de los trabajadores, la libertad sexual de la víctima o la salud pública, que son los intereses que se pondrían en peligro en cada

<sup>298</sup> Párrafo 18.

<sup>299</sup> El artículo 3 inciso a del Protocolo de Palermo señala lo siguiente:

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

Al respecto, se advierte que dicho tratado señala que la trata se realizará con fines de explotación, y a continuación establece unas modalidades básicas, aunque precisa que ello se entenderá como "mínimo", por lo que es posible entender que los Estados pueden contemplar nuevas modalidades, de acuerdo a su particular realidad.

una de las modalidades delictivas de la trata de seres humanos. Por lo tanto, estaríamos ante delitos pluriofensivos porque los Estados examinados han decidido tipificar sólo la trata de seres humanos cuando se lleva a cabo con ciertos fines de explotación (en este caso, laboral, sexual y de extracción de órganos humanos).

**El desenlace, en cambio, podría haber sido distinto si se hubiese sancionado la trata de seres humanos con fines de explotación, sin un numerus clausus de finalidades, como exigía, de manera prioritaria, el Protocolo de Palermo. En este hipotético caso, podría haberse sostenido que los delitos de trata de seres humanos tutelarían, exclusivamente, la integridad moral del sujeto pasivo y su libertad de autodeterminación. Pero, estos ilícitos, así previstos, no protegerían ni los derechos laborales de los trabajadores, ni la libertad sexual de la víctima, ni tampoco la salud pública<sup>300</sup> (resaltado nuestro).**

Pues bien, en el ordenamiento jurídico peruano, el delito de trata de personas (Art. 153 C.P.), modificado por la Ley N° 30251, establece una lista abierta para regular los fines de explotación (*numerus apertus*):

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

Por ende, siguiendo el razonamiento de la autora, en el Perú la trata de personas no tutela los bienes jurídicos vinculados con los fines de explotación, por cuanto dichos fines no son cerrados sino abiertos.

### **c) Sobre otras posiciones del bien jurídico**

No compartimos la posición que afirma que la trata de personas tutela otros derechos, en la medida que no hay uniformidad en definir qué otros derechos involucrados son vulnerados en un caso de trata de personas. Se trata de una afirmación genérica e imprecisa. Esta tesis, además, es minoritaria.

### **d) Sobre el bien jurídico dignidad**

Por último, un sector de la doctrina considera que la dignidad no puede ser el bien jurídico protegido en el delito de trata de personas, por cuanto constituye un concepto abstracto y vago, que puede presentar problemas a la hora de delimitar, concretar y, en última instancia, dotar de contenido material a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico con tales características. Por tanto, la dignidad, antes que un bien jurídico penal, constituye un presupuesto propio del ser humano, cualidad o esencia del que emanan otros derechos o intereses más concretos y específicos, como la vida, la integridad física, la salud personal, la libertad o el honor.<sup>301</sup>

<sup>300</sup> MOYA GUILLEM, Clara. Los delitos de trata de seres humanos en España y Chile. Bien jurídico protegido y relaciones concursales. Pág. 542. En: Revista Política Criminal, Vol. 11, N° 22 (diciembre, 2016). Disponible en: [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_11/n\\_22/Vol11N22A6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A6.pdf) (consultado el 3 de agosto del 2016).

<sup>301</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. El delito de trata de seres humanos. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Pág. 74.

Así, CARO CORIA considera que la dignidad no puede ser el bien jurídico en este caso, por cuanto: a) la dignidad es uno de los pilares de todo Derecho Penal de un Estado de Derecho, por lo que su invocación no es sino la de un fundamento de todo el sistema penal; b) los que alegan la protección de la dignidad se refieren más bien al momento central de la antijuridicidad, esto es, en el resultado ulterior y extratípico que el agente no debe realizar, sino apenas proyectar.<sup>302</sup>

Así, el considerar a la dignidad como fundamento de todo el sistema penal conlleva a señalar que dicho concepto carece de la concreción necesaria para ser considerado bien jurídico.

Igualmente, MOYA GUILLEM<sup>303</sup> señala que la dignidad no puede ser el bien jurídico protegido por el delito de trata de personas en la medida que:

- i. La dignidad humana no es un derecho en sí mismo, sino un principio o valor que se predica de todos los derechos protegidos jurídico-penalmente, como la vida, integridad, libertad, honor. Por tanto, todos los derechos individuales serían porciones autónomas derivadas de la dignidad humana.
- ii. Se recurre al argumento de la dignidad de manera frecuente y desde perspectivas tan diversas y contradictorias que su significado resulta difícil de especificar.

Por otro lado, entre los autores que asumen a la dignidad como bien jurídico protegido también existen diversas posiciones en función al elemento específico que, en su consideración, se tutelaría en este caso:

- Para **Alberto Daunis**, cuando se realizan actos de trata de personas, se interfiere en la voluntad de la víctima, en la idea o capacidad de dominio del ser humano, de poder actuar y desarrollarse en las esferas más importantes de su vida de forma libre o autónoma. Por tanto, “(...) se parte de un bien jurídico dignidad humana muy próximo al status libertatis, pero no entendido en su sentido clásico de “estado o situación jurídica” sino más bien, apuntando a su autonomía, capacidad de decisión o dominio sobre las elecciones más importantes o fundamentales de la existencia humana”.<sup>304</sup> Por ende, en opinión del autor, cuando se lesiona la dignidad humana, se impide al individuo autodeterminarse conscientemente, desarrollar libremente su personalidad, desplegando su propia capacidad jurídica y obrando de forma autónoma e independiente.<sup>305</sup>
- Para **Agustina Iglesias**, la integridad moral puede tener hasta tres acepciones: i) como incolumidad o la protección frente de la posibilidad de que un ser humano pueda ser cosificado; ii) como prohibición de humillación y degradación y iii) como la reserva a la quiebra de la autonomía de la libertad. Sin embargo, no cubre todos los aspectos vinculados con el delito de trata de personas, que va más allá de la

<sup>302</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la relación entre los delitos contra la libertad sexual y de trata de personas. pp. 93-94. En: Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 29. Gaceta Jurídica. Noviembre, 2011.

<sup>303</sup> MOYA GUILLEM, Clara. Los delitos de trata de seres humanos en España y Chile. Bien jurídico protegido y relaciones concursales. Págs. 528-529. En: Revista Política Criminal, Vol. 11, N° 22 (diciembre, 2016). Disponible en: [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_11/n\\_22/Vol11N22A6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A6.pdf) (consultado el 3 de agosto del 2016).

<sup>304</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. El delito de trata de seres humanos. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Pág. 76.

<sup>305</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. El delito de trata de seres humanos. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Pág. 76.

humillación o el trato vejatorio. Por tanto, la invocación de la dignidad humana “(...) y la multiplicidad de derechos que la conforman se adapta de forma eficaz a la caracterización del delito de trata como un proceso a través del cual se niega el carácter de persona del sujeto pasivo”,<sup>306</sup> a pesar de que no constituya un derecho fundamental reconocido en la Constitución. En ese sentido, la autora menciona que el derecho a la libertad –como elemento integrante de la dignidad- se ve vulnerada a partir de la realización de los medios comisivos, como son la violencia, amenaza, intimidación o el engaño.<sup>307</sup>

En otras palabras, la dignidad se define como bien jurídico protegido del delito de trata de personas, por cuanto tiene un mayor contenido que la integridad moral, y abarca diversos derechos que son vulnerados en todo el proceso que involucra dicho delito.

- Para **Villacampa Estiarte**, la integridad moral no puede configurar el bien jurídico protegido por el delito de trata de personas, por cuanto: i) la integridad moral se refiere siempre a una faceta concreta del individuo, por lo que la dignidad constituye un concepto más amplio; ii) todas las concepciones de la integridad moral requieren producir sentimiento de humillación y envilecimiento, lo que no siempre ocurre en el delito de trata de personas cuyas conductas están dirigidas más bien a la obtención de algún tipo de provecho económico de la mercancía humana con la que comercian; iii) que la dignidad no sea considerada un derecho fundamental no es óbice para que configure un bien jurídico penal; y iv) el legislador español distingue los delitos de trata de personas de aquellos que lesionan la integridad moral, lo que indica también que éste no es el bien jurídico protegido por la trata.<sup>308</sup>

En opinión de la autora, por el contrario, la dignidad sí constituye el bien jurídico tutelado por el delito de trata de personas en razón a que: i) la trata de personas se perfila como un delito internacional, por lo que su interpretación debe articularse sobre la base de conceptos universalmente reconocidos como la dignidad humana; ii) la dignidad como interés protegido se encuentra reconocido en diversos instrumentos internacionales vinculados al tema de trata de personas (p. ej. Convenio de Consejo de Europa del 2005) como aquellos de tipo genérico (p. ej. Declaración Universal de Derechos Humanos); iii) a nivel comparado, existen ordenamientos jurídicos que contemplan a la trata de personas como un delito que vulnera la dignidad humana, como en Francia, mientras que en otros la doctrina ya se ha pronunciado por la tutela de la dignidad en la trata de personas, como Italia, y; iv) se puede brindar una definición de la dignidad como bien jurídico protegido por el delito de trata de personas: protección jurídica frente a cualquier cosificación.<sup>309</sup>

<sup>306</sup> IGLESIAS SKULJ, Agustina. Trata de mujeres con fines de explotación sexual. Análisis político criminal del artículo 177 bis del Código Penal. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Pág. 241.

<sup>307</sup> IGLESIAS SKULJ, Agustina. Trata de mujeres con fines de explotación sexual. Análisis político criminal del artículo 177 bis del Código Penal. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Págs. 239-242.

<sup>308</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional. Aranzadi-Thomson Reuters. Pamplona, 2011. Págs. 394-396.

<sup>309</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional. Thomson Reuters-Aranzadi. Pamplona, 2011. Págs. 396-402.

Ya en el concepto, la autora afirma que la dignidad, al asumir un contenido positivo, se refiere a un conglomerado de derechos fundamentales, lo cual no es un obstáculo para ser considerada como bien jurídico protegido pues “(...) *no debe olvidarse que el mismo no necesariamente viene constituido por un acto singular, sino que se describe un proceso en que a la persona le es negada sistemáticamente su condición de tal. Dicha sistemática negación de su condición de ser humano implica la vulneración persistente de la integridad moral, pero también puede suponer la lesión de la libertad ambulatoria o de obrar o incluso la integridad física*”.<sup>310</sup>

- Para **Yván Montoya**, la trata de personas describe un proceso que implica justamente un atentado o un riesgo de atentado al núcleo fundamental de la personalidad humana, dado que lesiona o puede lesionar no tanto alguna de las manifestaciones en donde se expresa la dignidad –vida, salud, libertad o el honor-, sino aquel aspecto que tales manifestaciones no cubren necesariamente: su instrumentalización.<sup>311</sup>

De lo expuesto se advierte que la dignidad puede ser concebida de diversas maneras: i) por un lado, alude más bien a la autodeterminación del sujeto pasivo; ii) por otro lado, sintetiza la afectación de diversos derechos fundamentales; iii) en una tercera posición, la dignidad es autónoma de los derechos fundamentales a los que da sustento. En nuestra opinión, estas afirmaciones no hacen otra cosa que justificar las críticas sobre la amplitud del concepto de dignidad y, por ende, su dificultad para ser bien jurídico protegido: no sería una ventaja que la dignidad hiciera referencia a la vulneración de diversos derechos fundamentales porque, de lo contrario, se advertiría un uso retórico de dicho concepto.

Dentro de este punto podemos incluir las críticas que se realizan al bien jurídico integridad moral, ya que en realidad se refiere al mismo contenido del bien jurídico dignidad. Al respecto, MOYA GUILLEM cuestiona que la integridad moral sea el bien jurídico protegido por el delito de trata de personas (o al menos, el único), en la medida que: i) cualquier atentado contra la integridad moral implica la realización de conductas dirigidas a humillar y degradar a la persona y ello no necesariamente sucede en los supuestos de trata de seres humanos; ii) si la integridad moral fuese el bien jurídico protegido, no sería necesario que el delito de trata de personas contemple la exigencia de mecanismos dirigidos a doblegar la voluntad de la víctima (violencia, amenaza, engaño, etc.).<sup>312</sup>

### 2.2.7. Posición personal

En el caso concreto del delito de trata de personas, se advierte que tanto la doctrina como la jurisprudencia se encuentran divididas con respecto al bien jurídico protegido: i) por un lado, un sector sostiene que el bien jurídico protegido es la libertad individual, en sus variantes de libertad ambulatoria y libertad de autodeterminación; ii) otro sector considera que el bien jurídico protegido más bien lo constituye la dignidad del ser humano o, de manera más específica, la integridad moral; iii) un tercer sector considera que la trata de

<sup>310</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional. Aranzadi-Thomson Reuters. Pamplona, 2011. Págs. 403-404.

<sup>311</sup> MONTOYA VIVANCO, Yván. El delito de trata de personas como delito complejo y sus dificultades en la jurisprudencia peruana. Pág. 407. En: Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho N° 76, 2016.

<sup>312</sup> MOYA GUILLEM, Clara. Los delitos de trata de seres humanos en España y Chile. Bien jurídico protegido y relaciones concursales. Págs. 530-531. En: Revista Política Criminal, Vol. 11, N° 22 (diciembre, 2016). Disponible en: [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_11/n\\_22/Vol11N22A6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A6.pdf) (consultado el 3 de agosto del 2016).

personas tiene carácter pluriofensivo porque atenta a varios bienes jurídicos, y; iv) una cuarta posición –minoritaria- que alude a otros derechos como bien jurídico por el delito de trata de personas.

En esa medida, se propone adoptar una posición sobre el bien jurídico protegido, atendiendo a la esencia de la trata de personas, que implica cosificar al ser humano como objeto. Al respecto, asumimos que en la trata de personas el bien jurídico protegido es la dignidad -entendida en su dimensión de no instrumentalización del ser humano-, tesis que será desarrollada con detenimiento en el siguiente capítulo.



## CAPÍTULO III

### LA DIGNIDAD COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS

Luego de exponer las diversas tesis que se han elaborado sobre el bien jurídico protegido por el delito de trata de personas, a continuación realizaremos una fundamentación de por qué la dignidad sí puede configurar, en nuestro entendimiento, el bien jurídico tutelado por este tipo penal.

Para este propósito, en primer lugar se realizará un breve repaso histórico del concepto “dignidad”, para luego de ello dar cuenta de su reconocimiento como concepto jurídico y su evolución a bien jurídico protegido. Posteriormente, se explicarán las razones de por qué consideramos que la dignidad constituye el bien jurídico protegido por el delito de trata de personas dentro del ordenamiento jurídico peruano.

#### 3.1. La dignidad de la persona humana: origen y antecedentes

Para un sector de la doctrina, el término “*dignidad*” tiene su origen en el sánscrito, concretamente en la raíz *dec*, que querría decir ser “*conveniente, conforme, adecuado a algo o alguien*”. Posteriormente, fue adoptada por la lengua latina, que le añadió el sufijo –mus, formando el vocablo *decmus*, que acabó derivando en *dignus*, que en castellano se convirtió en *digno* de donde, a su vez, surgió la palabra dignidad.<sup>313</sup> Otros consideran más bien que la palabra “*dignidad*” es un vocablo que deriva del latín “*dignitas*”, que a su vez deriva de *dignus*, cuyo sentido implica una posición de prestigio o decoro “que merece” y que corresponde en su sentido griego a *axios* o digno, valioso, apreciado, precioso, merecedor.<sup>314</sup>

Más allá de su origen etimológico, lo cierto es que el concepto dignidad ha estado presente en la historia de la humanidad, y ha sufrido una evolución constante hasta nuestros días. En esa línea, históricamente el concepto de dignidad ha tenido dos acepciones.

##### 3.1.1. Primera acepción histórica de la dignidad

De acuerdo a MIGUEL DE BERIAIN, la dignidad, de acuerdo a esta primera acepción, constituye un concepto social y político, íntimamente ligado con la *maiestas*. En Roma, venía a referirse a la nobleza, a la función que se desempeñaba o a los méritos realizados a favor de los asuntos públicos. Es un reconocimiento que otorgaba la comunidad en atención a los méritos de los individuos y que permitía establecer diferencias entre unas personas y otras por sus comportamientos y que se reflejaba en una superior *auctoritas* y en unos signos externos que demostraban que ésta existía.<sup>315</sup>

<sup>313</sup> DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo. Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana. Anuario de Filosofía del Derecho No 21 (2004). Ministerio de Justicia. Pág. 189.

<sup>314</sup> MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, Víctor M. Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad. Págs. 42-43. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 136 (2013). UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

<sup>315</sup> DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo. Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana. Anuario de Filosofía del Derecho No 21 (2004). Ministerio de Justicia. Pág. 190.

Como señala MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, esta noción de dignidad no tenía más fundamento que la pertenencia a un determinado grupo social, o el desempeño de determinadas funciones en la vida pública, sin atender a la condición humana. Sin embargo, es importante señalar que en este caso la dignidad exigía al individuo una forma de comportamiento acorde con ese aprecio y reconocimiento social.<sup>316</sup> Como expone MIGUEL DE BERIAIN:

En la edad media se mantuvo esta distinción (los nobles, a diferencia de todos aquellos que no podían permitirse poseer un caballo, poseían la dignidad de caballero). Asimismo, el propio sistema feudal utilizaría más tarde este concepto para manifestar el poder de los reyes y grandes señores, que eran quienes podían acompañar su autoridad con signos de dignidad. La iglesia, por su parte, adoptó este mismo modelo, asociando la máxima dignidad al Papa, al que seguían cardenales y obispos. Modernamente, se utiliza la palabra dignidad para referirnos a las prebendas o distinciones propias de un cargo público.<sup>317</sup>

En todos estos casos, la dignidad viene asociada a algo externo a la esencia de la persona. Es una noción vinculada directamente a las circunstancias, a lo que una persona hace o le sucede, al campo de los hechos, y no del ser. Se trata de una concepción basada en el *mero reconocimiento de unas circunstancias* por parte de los miembros de la sociedad o de la atribución de una valoración concreta a unas personas determinadas por motivos socialmente determinados.<sup>318</sup>

Inclusive, MCCRUDDEN va más allá, la señalar que la dignidad, bajo esta perspectiva, era un concepto que no se aplicaba con exclusividad al ser humano, sino también a las instituciones e inclusive al mismo Estado. Por ejemplo, el Bill of Rights inglés de 1689 hacía referencia a *“la Corona y a la Dignidad Real”*. Asimismo, en la esfera internacional, este concepto de dignidad fue utilizado para referirse al estatus de los Estados soberanos y, por extensión, al estatus del personal de las embajadas y consulados que servían a sus países en el extranjero.<sup>319</sup>

### 3.1.2. Segunda acepción histórica de la dignidad

Por otro lado, existe una segunda definición histórica del término “dignidad”, que se refiere más bien al campo del ser: el hombre es digno por su propia naturaleza.<sup>320</sup> Como señala MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, fue con la aparición del cristianismo que la dignidad cobró una nueva dimensión, fundada en el vínculo con la divinidad. La dignidad para el

<sup>316</sup> MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, Víctor M. Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad. Pág. 45. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 136 (2013). UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

<sup>317</sup> DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo. Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana. Anuario de Filosofía del Derecho No 21 (2004). Ministerio de Justicia. Pág. 190.

<sup>318</sup> DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo. Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana. Anuario de Filosofía del Derecho No 21 (2004). Ministerio de Justicia. Pág. 190.

<sup>319</sup> MCCRUDDEN, Christopher. Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. Pág. 657. En: The European Journal of International Law. Vol. 19 N° 4 (2008). Disponible en: <http://ejil.org/pdfs/19/4/1658.pdf> (consultado el 6 de enero del 2017).

<sup>320</sup> DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo. Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana. Anuario de Filosofía del Derecho No 21 (2004). Ministerio de Justicia. Págs. 190-191.



cristiano se fundamenta en que es creado por Dios<sup>321</sup>: “(...) Y creó Dios al hombre a su imagen, a imagen de Dios lo creó (...)”.<sup>322</sup>

En ese sentido también, Ernesto Benda señala que:

“(...) históricamente, la garantía de la dignidad humana se encuentra estrechamente ligada al cristianismo. Su fundamento radica en el hecho de que el hombre ha sido creado a imagen y semejanza de Dios. La antigua imagen de aquel, como ser racional y dotado de libre albedrío, ha contribuido de forma esencial a adoptar una idea de su libertad asociada al cristianismo antiguo, por más que la Antigüedad no llegara a conocer los derechos fundamentales en su actual versión”.<sup>323</sup>

Para los cristianos, la dignidad tiene su fundamento en su filiación divina, a la que se suma la redención de todo el género humano por Cristo, el mismo Dios hecho hombre, y con esto la dignidad se une con el principio de igualdad, pues la creación y la redención alcanzan a todos.<sup>324</sup> Así, es necesario reconocer que en el desarrollo de este concepto el Cristianismo ha tenido un papel fundamental.<sup>325</sup> Sin embargo, un sector de la doctrina considera que esta concepción de una dignidad de origen divino no es exclusiva de la doctrina cristiana o católica, pues en la teología de otras religiones también se desprende del vínculo entre el hombre y su Dios un sustento a una idea de dignidad, como sucede con el pueblo judío, que se considera un pueblo elegido directamente por Dios, lo que lo dignifica y enaltece frente a otros pueblos.<sup>326</sup>

Inclusive, la influencia de la religión (especialmente de la Iglesia Católica) en la conceptualización de la dignidad todavía está presente en épocas modernas, tal como se advierte en el contenido de las encíclicas *Rerum Novarum* y *Laborem excercens*, del papa León XIII de 1891; *Pacen in terris* del papa Juan XXIII de 1963; *Populorum progressio* o la *Constitución del Gaudium et spes* del papa Pablo VI de 1965, que titula su primer capítulo “La dignidad de la persona humana”.<sup>327</sup>

Posteriormente, en el Medioevo ya se plantea una definición de dignidad humana basada en lo que el ser humano es, en sus atributos y características, en su ontología. A partir de este momento el ser humano es digno por sí mismo, con independencia del aprecio, reconocimiento o valoración social, o de su vínculo con la divinidad. Lo humano, la naturaleza humana es concebida con una dignidad y un valor intrínsecos.<sup>328</sup> En otros términos, como lo señala CASTILLA DE CORTÁZAR “(...) la conciencia y la explicación

<sup>321</sup> MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, Víctor M. Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad. Pág. 46. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 136 (2013). UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

<sup>322</sup> Génesis 1:27.

<sup>323</sup> BENDA, Ernesto. Dignidad humana y derechos de la personalidad. Págs. 117-118. En: Manual de Derecho Constitucional, Madrid, Marcial Pons, 1996.

<sup>324</sup> MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, Víctor M. Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad. Págs. 46-47. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 136 (2013). UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

<sup>325</sup> STARCK, Christian. Jurisdicción Constitucional y Derechos Fundamentales. Dykinson. Colección Dykinson-Constitucional. 1era Edición. Madrid, 2011. Pág. 139; CASTILLA DE CORTÁZAR, Blanca. En torno a la fundamentación de la dignidad personal. Pág. 70. En: Revista Foro, Nueva época. Vol. 18, núm. 1 (2015). Universidad Complutense de Madrid.

<sup>326</sup> MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, Víctor M. Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad. Pág. 47. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 136 (2013). UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

<sup>327</sup> LANDA ARROYO, César. Dignidad de la persona humana. Pág. 114. En: Cuestiones Constitucionales, núm. 7 (julio-diciembre, 2002). UNAM.

<sup>328</sup> MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, Víctor M. Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad. Pág. 48. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 136 (2013). UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

de la dignidad humana que tiene origen en el cristianismo se hace patrimonio del pensamiento humano”.<sup>329</sup> Es en esta etapa en donde se produce un vasto desarrollo en la fundamentación de la dignidad, tal como expone MIGUEL DE BERIAIN:

(...) La concepción de la dignidad como algo autónomo, propio del hombre en sí mismo, como cualidad fundamentada exclusivamente en lo humano, se desarrollará, finalmente, en el Renacimiento, gracias a la obra de autores tan dispares como Buonaccorso de Montemagno, Gianozzo Mannetti, Pico della Mirándola, Angelo Poliziano, Giordano Bruno, Francisco Recio, Juan Luis Vives o Fernán Pérez de la Oliva. No será, no obstante, sino el siglo XVIII el que vislumbrará la definitiva ascensión de la dignidad humana al olimpo de los términos filosóficos, merced a los escritos de Thomasius o Wolff y, sobre todo, de Kant. El genio alemán introducirá tantos elementos nuevos en el concepto que se le puede considerar, sin lugar a dudas, uno de sus máximos moldeadores. A él se deberán, entre otras, la idea de que lo digno es aquello que no tiene precio, que nadie puede ser tratado meramente como un medio, o que la humanidad es en sí misma una dignidad.<sup>330</sup>

Ya no es más la esencia divina, la semejanza con Dios lo que fundamenta la pertenencia de la dignidad en el ser humano, sino más bien su naturaleza moral, esto es, “(...) su capacidad para conocer el bien, distinguirlo del mal y optar por él, como lo señala Kant, quien a la racionalidad agrega la voluntad con la cual se construye esa capacidad o naturaleza moral de los seres humanos, dando fundamento a la concepción de la dignidad personal más influyente en la filosofía jurídica, política y moral”.<sup>331</sup>

Es en esta época en que el concepto de dignidad se populariza, en la medida que se encuentra conectada con el crecimiento del republicanismo.<sup>332</sup>

Posteriormente, ya con el desarrollo de la de la modernidad y la posmodernidad, la dignidad asumió una dimensión más amplia al pasar a ser entendida no como un hecho sino como un deber de respeto, con especial importancia social a partir de que se asume como deber de la autoridad del Estado el respetar la dignidad y éste se consigna en normas jurídicas del más alto nivel, como son los textos constitucionales.<sup>333</sup>

En conclusión, históricamente existen dos acepciones del término “dignidad humana”:<sup>334</sup>

<sup>329</sup> CASTILLA DE CORTÁZAR, Blanca. En torno a la fundamentación de la dignidad personal. Pág. 71. En: Foro, Nueva época, Vol. 18, núm. 1 (2015). Universidad Complutense de Madrid.

<sup>330</sup> DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo. La dignidad humana, fundamento de derecho. Pág. 330. En: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED. Núm. 27, 2005. Sin embargo, muy crítico de esta afirmación es Ricardo CHUECA, quien considera que la obra de Pico della Mirandola -*Oratio de hominis dignitate*- ha sido objeto de interpretaciones “frecuentemente forzadas y netamente anacrónicas”. En ese sentido, la dignidad para Pico es más que todo un objetivo o logro del individuo que un don o cualidad del ser humano. Ver en: CHUECA, RICARDO. La marginalidad jurídica de la dignidad humana. Págs. 36-37. En: CHUECA, Ricardo (Director) Dignidad humana y derecho fundamental. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2015.

<sup>331</sup> MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, Víctor M. Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad. Pág. 51. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 136 (2013). UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

<sup>332</sup> MCCRUDDEN, Christopher. Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. Pág. 660. En: The European Journal of International Law. Vol. 19 N° 4 (2008). Disponible en: <http://ejil.org/pdfs/19/4/1658.pdf> (consultado el 6 de enero del 2017).

<sup>333</sup> MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, Víctor M. Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad. Pág. 52. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 136 (2013). UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

<sup>334</sup> DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo. Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana. Anuario de Filosofía del Derecho No 21 (2004). Ministerio de Justicia. Pág. 192.

- I. La primera, que afirma que la dignidad tiene un sentido más relacional, es decir, una cualidad que varía en función de los acontecimientos. De esta forma, la dignidad humana se convertiría en una cualidad variable, diferente en cada hombre.
- II. La segunda, que considera más bien que la dignidad debe hacer referencia al valor intrínseco de la persona, derivado de una serie de rasgos que la hacen única e irrepetible, que es el centro del mundo y que está centrada en el mundo. Por tanto, la dignidad se identifica con el valor de cada persona, el respeto mínimo a su condición de ser humano.

### 3.2. Dignidad ontológica y dignidad fenomenológica

Con esta base histórica, actualmente es posible distinguir dos dimensiones de la dignidad:

- **Dignidad fenomenológica o moral:** esta dimensión de la dignidad está relacionada más que todo con el obrar, con las circunstancias. Asimismo, de acuerdo a la dignidad fenomenológica, cada hombre es distinto al otro porque toma decisiones morales diversas a lo largo de su existencia, además que la valoración cambia constantemente. Por ende, la dignidad puede aumentar o disminuir con los hechos.<sup>335</sup>
- **Dignidad ontológica:** en esta dimensión se centra más en el ser que en el obrar. Así, el hombre es digno porque es hombre, con independencia de sus circunstancias. En otros términos, la dignidad ontológica puede definirse como el valor de la persona por el mero hecho de ser persona.<sup>336</sup> Actualmente, la mayor parte de los autores consideran que la dignidad esencial del hombre, en la perspectiva ontológica, se basa en tres hechos: su capacidad de emitir juicios morales, su libertad para decidir acerca de sus acciones y su intelectualidad, esto es, la posibilidad que tiene de generar conceptos abstractos.<sup>337</sup>

En la medida que cada persona tiene valor por sí misma se infiere, como señala CASTILLA DE CORTÁZAR, que nadie tiene derecho sobre otra persona. Por eso se advierte que la dignidad, aunque ha de ser respetada por uno mismo y por los demás, sin embargo, no es otorgada ni por uno ni por los otros hombres.<sup>338</sup>

Por ende, todos los hombres, como tales, poseen una dignidad equivalente por lo que son, pero otra completamente diferente en función de lo que hacen.<sup>339</sup> Tal como lo afirma ANA MARTA GONZÁLEZ:

(...) La **dignidad ontológica** tiene un carácter fundante, y no es disponible: acompaña necesariamente a todo ser humano, por el solo hecho de serlo: porque tiene una

<sup>335</sup> DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo. Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana. Anuario de Filosofía del Derecho No 21 (2004). Ministerio de Justicia. Págs. 197-198.

<sup>336</sup> DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo. Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana. Anuario de Filosofía del Derecho No 21 (2004). Ministerio de Justicia. Pág. 198.

<sup>337</sup> DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo. Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana. Anuario de Filosofía del Derecho No 21 (2004). Ministerio de Justicia. Pág. 199.

<sup>338</sup> CASTILLA DE CORTÁZAR, Blanca. En torno a la fundamentación de la dignidad personal. Pág. 75. En: Foro, Nueva época, Vol. 18, núm. 1 (2015). Universidad Complutense de Madrid.

<sup>339</sup> DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo. Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana. Anuario de Filosofía del Derecho No 21 (2004). Ministerio de Justicia. Págs. 207-208.

naturaleza racional, con independencia de que esa racionalidad, por las razones que sea, se haya desarrollado plenamente o no. Considerada así, la dignidad tiene el carácter de un primer principio, y en este sentido puede verse como la fuente de «derechos». Parece, en efecto, que la palabra «dignidad» reclama un complemento: se es digno de algo. Sin embargo, cuando afirmamos que el ser humano es digno –o que tiene dignidad– la predicamos de modo absoluto. La palabra «dignidad» manifiesta entonces su sentido más originario: no por ser esto o aquello, sino simplemente por ser humano, el hombre es digno. Su dignidad no depende de condiciones externas. Más bien es una razón para tratarle de cierta manera.<sup>340</sup>

(...) La **dignidad moral** depende del propio comportamiento libre, en la medida en que esté o no a la altura de lo que reclama la dignidad ontológica. A diferencia de la dignidad ontológica, que se comporta como un primer principio y es, por tanto, inalterable, la dignidad moral puede crecer o disminuir, aunque siempre por obra del propio agente: rigurosamente hablando nadie, desde fuera, puede arrebatarnos la dignidad moral, pues ésta depende radicalmente del uso que hagamos de nuestra propia libertad, de que esté o no a la altura de la dignidad ontológica. Por esa razón, siempre que se habla de «atentados contra la dignidad» se habla, en rigor, de «atentados contra la manifestación externa de la dignidad». En la medida en que el hombre se manifiesta principalmente mediante su corporalidad y su lenguaje, caen bajo esta denominación toda clase de violencias, vejaciones, abusos, etc.<sup>341</sup>

En este punto conviene establecer ciertas precisiones. Así, se ha señalado que la dignidad ontológica es una cualidad únicamente de aquellos sujetos que califican como personas, es decir, que pueden ejercer su racionalidad y manifestar su voluntad de manera plena, lo que dejaría de lado a aquellos seres humanos que presentaban anomalías psíquicas, de los recién nacidos u otros a quienes se les desconoce su condición de personas. Sin embargo, ello no es correcto, tal como lo expone MEGÍAS QUIROS:

(...) La fundamentación ontológica de la dignidad, sin embargo, exige la admisión previa de que la persona tiene una base ontológica y no sólo fenomenológica. Es decir, con el término persona no podemos referirnos solamente a un correcto funcionamiento de la racionalidad humana, sino también al propio organismo humano con sus peculiares expresiones somáticas. Y partiendo de aquí, no se puede atribuir exclusivamente el título de persona al individuo que es capaz de manifestar la racionalidad, sino a todo aquel que tiene naturaleza racional, con independencia de sus condiciones concretas de existencia.<sup>342</sup>

La personalidad puede no estar desarrollada –recién nacidos–, puede no ser consciente –durante el sueño o por pérdida accidental–, puede estar escondida –embrión–, o puede, incluso, no manifestarse en los actos que lleve a cabo un individuo por no reunir las condiciones psíquicas necesarias –disminuidos psíquicos–, pero ninguna de estas situaciones puede suponerles en modo alguno la privación de su condición de personas, de seres humanos, y la dignidad que les es inherente.<sup>343</sup>

<sup>340</sup> GONZÁLEZ, Ana Marta (2010). "Dignidad". En: A.L. González (Ed.). Diccionario de Filosofía, Págs. 318-319. Eunsa. Disponible en: <http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/22369/1/dignidad.pdf> (consultado el 17 de mayo del 2016).

<sup>341</sup> GONZÁLEZ, Ana Marta (2010). "Dignidad". En: A.L. González (Ed.). Diccionario de Filosofía, Pág. 319. Eunsa. Disponible en: <http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/22369/1/dignidad.pdf> (consultado el 17 de mayo del 2016).

<sup>342</sup> MEGÍAS QUIRÓS, José Justo. Dignidad, universalidad y derechos humanos. Pág. 255. En: Anuario de Filosofía del Derecho (2005). Madrid.

<sup>343</sup> MEGÍAS QUIRÓS, José Justo. Dignidad, universalidad y derechos humanos. Págs. 255-256. En: Anuario de Filosofía del Derecho (2005). Madrid.

De otro lado, la clasificación expuesta no es la única. En ese sentido, para García Cuadrado, la dignidad humana puede tener 4 acepciones distintas: i) *dignidad natural*, que sería una excelencia atribuida a todo ser humano, en virtud de la cual se le debe un trato respetuoso; ii) *dignidad social*, equivalente a la auctoritas, que sería el prestigio social que alcanza una persona por el modo excelente en el que ejerce su profesión u oficio (prestigio técnico); iii) *dignidad política o pública*, que se define como aquella que corresponde a una persona en virtud del puesto de poder que desempeña en la sociedad, y alude a la responsabilidad que tiene en relación con la existencia de los demás (dignidad de jueces, la del funcionario, etc.); y iv) *dignidad moral*, que es aquella a la que toda persona está llamada según el recto uso de su libertad.<sup>344</sup>

Lo cierto, entonces, es que existen diferentes definiciones filosóficas y corrientes ideológicas sobre lo que constituye la dignidad: cristiano, humanista-ilustrado, marxista, teórico-sistemático, etc.,<sup>345</sup> lo que demuestra lo vasto y complejo que puede ser este concepto. De allí que surjan temores fundados sobre su utilización aunque, como veremos más adelante, sí consideramos posible asignar una definición que puede ser utilizada en el ámbito jurídico.

### 3.3. La dignidad del ser humano como concepto jurídico

#### 3.3.1. Aspecto histórico

Como se ha visto, la dignidad del ser humano es un concepto que ha sido abarcado desde diversas perspectivas y enfoques (filosófico, teológico, etc.), pero su determinación desde el punto de vista jurídico es reciente. Una razón que generó este reconocimiento fue la preocupación de que la dignidad, en tanto concepto filosófico que permitía establecer parámetros de conducta sobre las personas (especialmente con la fundamentación de la ética), carecía de eficacia vinculante, en la medida que podía ser incumplido o desacatado en cualquier momento, sin que existiese ninguna consecuencia por ello. Como lo expresa DE MIGUEL BERIAIN:

(...) Concluiremos aquí, por tanto, que los otros, las decisiones que tomen las demás personas no inciden directamente sobre nuestra dignidad, pero pueden hacerlo indirectamente, dado que el acto de otra persona puede privarnos de las condiciones necesarias para incrementarla. De ahí que el respeto a la dignidad humana deba ser un principio absolutamente necesario para la articulación de cualquier sociedad humana, y que la construcción de una ética de mínimos sea la respuesta filosófica a la convivencia de proyectos vitales diferentes en consonancia con distintas concepciones éticas individuales. El problema, por supuesto, radicará a partir de aquí en cómo conseguir este objetivo, cómo lograr que todos nosotros hagamos efectivo ese principio que nos obliga a respetar la dignidad del otro. Pero ahí es donde aparece, por fin, en escena, otro de los actores principales: el Derecho.<sup>346</sup>

Históricamente, las declaraciones de derechos de finales del siglo XVIII (la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776, la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, las diez primeras enmiendas a la Constitución de

<sup>344</sup> GARCÍA CUADRADO, Antonio M. Problemas constitucionales de la dignidad de la persona. Pág. 460. En: Revista Persona y Derecho. Vol. 67/2012/2.

<sup>345</sup> STARCK, Christian. Jurisdicción Constitucional y Derechos Fundamentales. Dykinson. Colección Dykinson-Constitucional. 1era Edición. Madrid, 2011. Pág. 137.

<sup>346</sup> DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo. La dignidad humana, fundamento de derecho. Pág. 348. En: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED. Núm. 27, 2005.

los Estados Unidos de 1791, la Constitución francesa de 1793) no mencionaron a la dignidad humana, ni establecieron algún tipo de relación entre este concepto con los derechos que se consagraban en dichos instrumentos.<sup>347</sup>

Posteriormente, la dignidad fue reconocida en algunas constituciones como ocurrió con la Constitución de Weimar de 1919, en cuyo artículo 151.1 señalaba que *“El régimen de la vida económica debe responder a principios de justicia, con la aspiración de asegurar a todos una existencia digna del hombre”*. Así también ocurrió en la Constitución de Portugal de 1933 (Art. 6) y en el Preámbulo de la Constitución de Irlanda de 1937.<sup>348</sup> Sin embargo, este reconocimiento únicamente se asociaba -de manera tímida- al Estado Social de Derecho y, en especial, a los derechos de naturaleza económica como son el derecho de propiedad y derechos de los trabajadores, sin que se la concibiera como base de todos los derechos fundamentales como actualmente ocurre.<sup>349</sup>

Es recién a raíz de las consecuencias generadas por la Segunda Guerra Mundial que los Estados empiezan a reconocer a la dignidad como fundamento de los derechos y libertades, así como límite al accionar estatal. Tal como lo refiere FERNÁNDEZ SEGADO:

Uno de los rasgos sobresalientes del constitucionalismo de la segunda postguerra es la elevación de la dignidad de la persona a la categoría de núcleo axiológico constitucional, y por lo mismo, a valor jurídico supremo del conjunto ordinamental, y ello con carácter prácticamente generalizado y en ámbitos socio-culturales bien dispares (...) Ello tiene una explicación fácilmente comprensible. Los errores de la Segunda Guerra Mundial impactarían de tal forma sobre el conjunto de la humanidad, que por doquier se iba a generalizar un sentimiento de rechazo, primero, de radical rectificación, después, que había de conducir en una dirección que entendemos sintetiza con meridiana claridad el primer párrafo del Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre (...) A partir de dicha reflexión, el Art. 1 de la misma Declaración proclamará que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, determinación que, como bien es conocido, recuerda muy de cerca el primer inciso del Art. 1 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 (...) y, si seguimos a Jellinek, su modelo de los Bills of Rights de los Estados de la Unión norteamericana.<sup>350</sup>

De igual manera, LANDA ARROYO afirma que el restablecimiento posterior a la posguerra quedó impregnado de un aura iusnaturalista, que se caracterizó por 2 cosas: i) otorgar a la persona humana y a su dignidad una posición central en la Constitución, asignándole a ésta un carácter de norma política y jurídica suprema e inviolable, en cuanto limitación y racionalización del poder; ii) el Estado se refundó no solo en el principio de legalidad ni en el principio social, sino también en el principio democrático, en la fórmula del Estado democrático y social de derecho.<sup>351</sup>

<sup>347</sup> GARCÍA CUADRADO, Antonio M. Problemas constitucionales de la dignidad de la persona. Pág. 450-451. En: Revista Persona y Derecho. Vol. 67/2012/2.

<sup>348</sup> MUNCH, Ingo V. La dignidad del hombre en el derecho constitucional alemán. p. 108. En: Revista Foro, Nueva Época, núm. 9/2009. Universidad Complutense de Madrid.

<sup>349</sup> GARCÍA CUADRADO, Antonio M. Problemas constitucionales de la dignidad de la persona. Pág. 451. En: Revista Persona y Derecho. Vol. 67/2012/2.

<sup>350</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico. pp. 11-12. En: Revista Derecho PUCP No 50 (1996).

<sup>351</sup> LANDA ARROYO, César. Dignidad de la persona humana. Págs. 116-117. En: Cuestiones Constitucionales, núm. 7 (julio-diciembre, 2002). UNAM.

Entonces, es como producto de esta convulsionada época que la dignidad del ser humano pasa a estar consagrada textualmente en las constituciones,<sup>352</sup> pero también en declaraciones y tratados internacionales.<sup>353</sup>

A **nivel constitucional**, esta nueva concepción de la dignidad –como fundamento de los derechos y límite al accionar estatal- fue recogida en las constituciones de diversos países. Así, se presenta como límite a la iniciativa privada en la economía de la Constitución italiana de 1947 (Art. 41), la visión de la dignidad del hombre de la Ley Fundamental alemana de 1949 (Art. 1.1) o también la idea de la dignidad de la persona de la Constitución española de 1978 (Art. 10.1),<sup>354</sup> entre otros. Asimismo, las nuevas constituciones occidentales aprobadas después de 1970, como Suecia (1975), Grecia (1975), Portugal (1976), España (1978), Suiza (1999), Finlandia (2000), entre otros, establecen expresamente cláusulas que consagran la protección a la dignidad del hombre.<sup>355 356</sup>

Mientras que **en el ámbito internacional**, el reconocimiento de la dignidad en el ámbito internacional se produjo inicialmente con la Carta de Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, tal como lo detalla GROS ESPIELL:

(...) En el mundo que renació tras el fin de la II Guerra Mundial, uno de los primeros instrumentos internacionales que usó la palabra dignidad fue la Carta de las Naciones Unidas que, en 1945, alumbró la esperanza del nacimiento de un nuevo Derecho Internacional. Un año antes, sin embargo, en 1944, lo había hecho la Declaración de Filadelfia sobre los objetivos y fines de la Organización Internacional del Trabajo. En la Carta, de las Naciones Unidas, en su Preámbulo: «...los pueblos de las Naciones Unidas resueltos “a afirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”, decidieron aunar “sus esfuerzos para realizar estos designios”».<sup>357</sup>

De tal modo, luego, en 1948, la histórica Declaración Universal de los Derechos Humanos retomó y utilizó el concepto de dignidad humana. La Declaración, concebida siempre como una proyección de la Carta de las Naciones Unidas en lo que se refiere a la proclamación, promoción y protección universales de los derechos humanos, tuvo como su más importante fundamento la noción filosófica y jurídica de la dignidad,

---

<sup>352</sup> MUNCH, Ingo V. La dignidad del hombre en el derecho constitucional alemán. Pág. 108-109. En: Foro, Nueva Época. Núm. 9/2009. Universidad Complutense de Madrid; GARCÍA CUADRADO, Antonio M. Problemas constitucionales de la dignidad de la persona. Pág. 451. En: Revista Persona y Derecho. Vol. 67/2012/2.

<sup>353</sup> GARCÍA CUADRADO, Antonio M. Problemas constitucionales de la dignidad de la persona. Pág. 454. En: Revista Persona y Derecho. Vol. 67/2012/2.

<sup>354</sup> OEHLINGDE LOS REYES, Alberto. Algunas reflexiones sobre la significación constitucional de la noción de dignidad humana. p. 328. En: Revista Pensamiento Constitucional Año XII No 12.

<sup>355</sup> STARCK, Christian. Jurisdicción Constitucional y Derechos Fundamentales. Dykinson. Colección Dykinson-Constitucional. 1era Edición. Madrid, 2011. Pág. 136.

<sup>356</sup> Esta habría sido la primera gran irrupción de la dignidad como concepto jurídico. Sin embargo, a decir de GONZALO ARRUEGO, actualmente asistimos a la segunda gran irrupción de la dignidad dentro del ámbito jurídico, específicamente en el campo de la biomedicina y los avances tecnológicos. Ver en: ARRUEGO, Gonzalo. El recurso al concepto de dignidad humana en la argumentación biojurídica. Pág. 425. En: CHUECA, Ricardo (Director) Dignidad humana y derecho fundamental. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2015.

<sup>357</sup> GROS ESPIELL, Hector. La dignidad humana en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Pág. 396. En: Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 7 (2006).

dándole —siguiendo a y profundizando la Carta—, un sentido y una acepción jurídica concreta.<sup>358</sup>

A partir estos textos, la alusión de la dignidad en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de la ONU se hace una constante.<sup>359</sup> Cabe precisar, siguiendo a PEDRO SERNA que la invocación a la dignidad en los instrumentos internacionales -tanto de Naciones Unidas como del Consejo de Europa- presenta ciertas características: i) es mencionada en preámbulos y considerandos iniciales como vinculada a los derechos humanos en su conjunto, y en algunos casos como base o fundamento de ellos; ii) en otros casos se la relaciona con algún derecho específico, que se considera especialmente vinculado a ella, o con una determinada práctica violatoria de los derechos humanos que es considerada como violación de la dignidad; y iii) aparece en otros textos como límite de determinadas actuaciones legítimas, o como parámetro de referencia para determinar la aceptabilidad de prácticas, medidas o normas legislativas. Inclusive, el autor considera que la dignidad puede configurar un verdadero principio universal del Derecho contemporáneo.<sup>360</sup>

### 3.3.2. Efectos del reconocimiento jurídico de la dignidad

Cabe precisar que la recepción del valor dignidad dentro del ordenamiento constitucional tiene por objetivo su conversión en valor jurídico, como derecho positivo. Como señala BENDA: “(...) ciertamente que la dignidad humana es originariamente un valor moral. Lo que sucede es que su acogida con carácter de mandato constitucional en la Ley Fundamental implica su aceptación como valor jurídico, es decir como norma jurídico-positiva”.<sup>361</sup> Igualmente, CASTILLA DE CORTÁZAR, señalar que el reconocimiento y garantía de la dignidad dentro de la Ley Fundamental alemana implica “(...) no solo la obligación estatal de respetar la dignidad, sino que exige también normativizar esta garantía sobre la base de su intangibilidad general, que tiene validez con independencia de la existencia de una posición jurídica subjetiva”.<sup>362</sup>

En el mismo sentido se pronuncia OEHLING DE LOS REYES al señalar que:

“(…) por medio de la positivación la noción de dignidad adquiere en el sistema jurídico un carácter de norma fundamental de la Constitución, se concretan sus posibilidades de realización y se objetiviza. Desde aquí se concluirá (...) que la referencia constitucional a la dignidad se comprende como norma en sentido pleno y precepto jurídico obligatorio, conforme al cual debe ser interpretado el propio sentido de toda la Constitución y que, por otro lado, exige prestaciones positivas del Estado y abstenciones de este mismo en la medida que no debe atentar contra ella”.<sup>363</sup>

Pero además, la inclusión de la dignidad humana dentro del texto constitucional lo configura como un sistema valorativo centrado en la personalidad humana y en las

<sup>358</sup> GROS ESPIELL, Hector. La dignidad humana en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Pág. 397. En: Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 7 (2006).

<sup>359</sup> SERNA, Pedro. La dignidad humana en la Constitución Europea. Pág. 15. En: Persona y Derecho N° 52 (2005).

<sup>360</sup> SERNA, Pedro. La dignidad humana en la Constitución Europea. Pág. 22. En: Persona y Derecho N° 52 (2005).

<sup>361</sup> BENDA, Ernesto. Dignidad humana y derechos de la personalidad. Pág. 120. En: Manual de Derecho Constitucional, Madrid, Marcial Pons, 1996.

<sup>362</sup> CASTILLA DE CORTÁZAR, Blanca. En torno a la fundamentación de la dignidad personal. Pág. 79. En: Foro, Nueva época, Vol. 18, núm. 1 (2015). Universidad Complutense de Madrid.

<sup>363</sup> OEHLING DE LOS REYES, Alberto. El concepto constitucional de dignidad de la persona: forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental. pp. 136-137. En: Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 91 (enero-abril 2011). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.



posibilidades de desarrollo en libertad del individuo dentro de la comunidad social; así, la dignidad *“tiene que valer, en cuanto decisión constitucional básica, en todos los ámbitos del Derecho”*.<sup>364</sup>

Sin duda, este reconocimiento jurídico de la dignidad genera diversas consecuencias dirigidas a garantizar su respeto y vigencia:

Las competencias del Estado resultan limitadas, en la medida en que con el mandato de respeto a la dignidad se establece una barrera absoluta a toda acción del Estado. A la vez aumentan las obligaciones de éste, toda vez que debe proteger tal valor, es decir, debe acudir en ayuda de cualquier persona cuya dignidad resulte amenazada – con independencia del origen público o privado de los peligros-. Respeto y protección de la dignidad son directrices vinculantes para toda la actividad del Estado.<sup>365</sup>

Cabe precisar, como lo resalta un sector de la doctrina, que la inclusión de la dignidad en los ordenamientos jurídicos no necesariamente supuso ponerse de acuerdo en el concepto. Es decir, si bien existió unanimidad en reconocer jurídicamente a la dignidad, no ocurrió lo mismo con el significado que se le debe atribuir.

Como indica RICARDO CHUECA:

La dignidad humana se formula en clave de discurso ético-valorativo, pero con la pretensión de imponer determinados mandatos en forma de enunciados jurídico-normativos. Ello es debido al modo en que adquiere plaza ordinamental: acuerdo en la inserción a costa del fracaso –inconfeso- en el acuerdo sobre su significado. Una característica cuidadosamente estimulada en los procesos de elaboración de documentos y tratados internacionales.

Por tanto, si nadie niega o rechaza la (su) dignidad, es preciso desarrollar una concurrencia formal independientemente de los contenidos, que permanecen libérrimamente disponibles en su concreción (...) Disponemos de un bosque de dignidades en cuya frondosidad podemos adentrarnos para escoger el árbol que más nos guste o, incluso, mecemos en la convivencia o la veleidat.<sup>366</sup>

### 3.3.3. Naturaleza jurídica de la dignidad

Habiendo determinado que la inclusión de la dignidad dentro de las constituciones e instrumentos internacionales adquiere valor como derecho positivo, es necesario ahora determinar qué naturaleza jurídica presenta y, a partir de allí, qué funciones puede cumplir dentro del ordenamiento jurídico de los Estados. Y es que el problema principal radica en determinar si la dignidad constituye un “valor”, un “principio”, un “derecho subjetivo”, un “deber”<sup>367</sup> o varios conceptos a la vez.

<sup>364</sup> OEHLING DE LOS REYES, Alberto. El concepto constitucional de dignidad de la persona: forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental. p. 139. En: Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 91 (enero-abril 2011). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

<sup>365</sup> BENDA, Ernesto. Dignidad humana y derechos de la personalidad. Pág. 120. En: Manual de Derecho Constitucional, Madrid, Marcial Pons, 1996.

<sup>366</sup> CHUECA, RICARDO. La marginalidad jurídica de la dignidad humana. Pág. 29. En: CHUECA, Ricardo (Director) Dignidad humana y derecho fundamental. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2015.

<sup>367</sup> GARCÍA CUADRADO, Antonio M. Problemas constitucionales de la dignidad de la persona. Pág. 476. En: Revista Persona y Derecho. Vol. 67/2012/2.

A modo de ejemplo, PEDRO SERNA, citando a MAIHOFER, recuerda la importancia que tiene la dignidad del ser humano dentro del Derecho alemán, en la medida que cumple diversas funciones, a saber:

(...) Para el Derecho alemán, Maihofer ha descrito una triple posición y significado jurídicos de la garantía de la dignidad del hombre. En primer lugar, se trata de un derecho fundamental, a partir del cual se pueden deducir e interpretar todos los restantes que componen el sistema constitucional de los derechos fundamentales. Por otra parte, constituye algo así como una norma fundamental dentro de la estructura normativa del orden jurídico, por relación a la cual cabe dirimir la validez de otras normas que lo componen. Finalmente, constituye una de las bases materiales sobre las que se asienta la construcción organizativa del Estado; más concretamente, de ella se desprenden, como exigencias, el modelo del Estado de derecho liberal, no autoritario; el Estado social, y la democracia liberal, no popular". Estos principios organizativos son, a juicio de Maihofer, expresión directa de una concepción de las relaciones entre las personas y la comunidad política según la cual ésta última se encuentra al servicio de aquellas, y no al revés. La persona, en virtud de su dignidad, se constituye así en fin del Estado.<sup>368</sup>

En ese sentido, cabe precisar que el reconocimiento jurídico del principio de dignidad ha tenido diversas implicancias en los sistemas constitucionales.<sup>369</sup>

- a) En una parte importante de las constituciones europeas elaboradas después de 1945, se ha producido una incorporación de la dignidad humana como valor o principio constitucional, y en algunos casos como derecho fundamental,<sup>370</sup> si bien en lo relativo a este último punto existen importantes divergencias entre los diferentes sistemas constitucionales.
- b) La incorporación de la dignidad aparece asociada, de alguna forma, a la idea de su intangibilidad o inviolabilidad, y al deber de protegerla y respetarla.
- c) En algunos casos, la idea de la dignidad se relaciona con ciertos derechos, entre los que destacan el derecho a la integridad física y moral, la interdicción de la tortura y de las penas o tratos inhumanos y degradantes, el honor, la igualdad o no discriminación, etc.

De hecho, no hay un modelo único. Como expresa PASCUAL MEDRANO:

(...) En muchas ocasiones, la dignidad se conecta o vincula de manera genérica a los derechos del hombre; en otras, de modo algo más concreto, se presenta como base, fundamento u origen de los mismos o, especialmente, de algunos de ellos; a veces, se formula incluso como un derecho; también es situada como fin o barrera infranqueable de la actuación del poder público u horizonte específico del modelo económico adoptado; se alude igualmente a ella como límite de derechos o de algún derecho específico; y en fin, es asimismo posible verla reflejada como fundamento del propio orden constitucional o estatal. A su vez, en la mayor parte de ocasiones aparece desprovista de una

<sup>368</sup> SERNA, Pedro. La dignidad de la persona como principio de Derecho Público. Págs. 295-296. En: Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las casas (Ene-jun 1995).

<sup>369</sup> SERNA, Pedro. La dignidad humana en la Constitución Europea. Págs. 27-28. En: Persona y Derecho N° 52 (2005).

<sup>370</sup> Así también lo señala GARCÍA CUADRADO, Antonio M. Problemas constitucionales de la dignidad de la persona. Pág. 454. En: Revista Persona y Derecho. Vol. 67/2012/2.

calificación jurídica concreta, si bien, en algunos casos es conceptualizada o adjetivada, como valor o principio.<sup>371</sup>

Adicionalmente, debe distinguirse la dignidad desde un punto de vista filosófico (a partir del cual constituye el fundamento de los demás derechos fundamentales) del punto de vista jurídico (en el que la dignidad, ya sea como derecho o como principio, no constituye la base de los otros derechos fundamentales, sino que concurre con ellos). Tal como lo expresa Von Munch:

(...) Respecto a la cuestión de si el derecho fundamental de la dignidad del hombre es la fuente de todos los demás derechos de libertad e igualdad, se debe diferenciar entre su origen filosófico y su origen jurídico. En lo que se refiere a la procedencia filosófica, hay evidencias de que los más importantes derechos fundamentales tienen sus raíces en la dignidad del hombre. Jurídicamente, por el contrario, el derecho a la dignidad del hombre no tiene que ser forzosamente la fuente de todos los demás derechos fundamentales. Esto se deduce ya histórico jurídicamente del hecho de que el derecho fundamental de la dignidad del hombre se ha recepcionado en los distintos documentos constitucionales de los Estados con posterioridad a otros derechos fundamentales. Además, en algunos Estados la protección de la dignidad del hombre sólo se determina como un principio fundamental, no como un derecho fundamental y, por consiguiente, se reconoce con diferente calidad jurídica.<sup>372</sup>

Dicho esto, pasaremos a analizar las diversas manifestaciones jurídicas de la dignidad.

#### a. La dignidad como principio

La dignidad, como principio, puede ser entendida de dos maneras, como expone GARCÍA CUADRADO<sup>373</sup>:

- I. Desde un sentido *vulgar*, que se concebiría de manera general como la base, el origen, la causa o la razón fundamental de algo, lo que es sumamente genérico y, por ende, carece de contenido práctico.
- II. Desde un sentido eminentemente *jurídico*, que concibe a la dignidad como un auténtico principio general del Derecho, y en especial, del Derecho Constitucional, lo que permitiría reconocerle valor hermenéutico de todo el ordenamiento jurídico: cualquier norma o acto debería ser interpretado de conformidad con el principio de dignidad de la persona. Asimismo, sería fuente directa del Derecho constitucional a falta de norma escrita o costumbre.

GIANCARLO ROLLA afirma que las cláusulas que están dirigidas hacia el valor de la dignidad humana y el libre desarrollo de la persona contribuyen a completar el sistema constitucional de garantía de los derechos fundamentales de la persona, desarrollando una pluralidad de funciones, como son: a) de interpretación, en la medida que el principio de dignidad de la persona es una cláusula general que sirve para la interpretación de

<sup>371</sup> PASCUAL MEDRANO, Amelina. La dignidad humana como principio jurídico del ordenamiento constitucional español. Págs. 296-297. En: CHUECA, Ricardo (Director) Dignidad humana y derecho fundamental. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2015.

<sup>372</sup> MUNCH, Ingo V. La dignidad del hombre en el derecho constitucional alemán. Pág. 119. En: Foro, Nueva Época. Núm. 9/2009. Universidad Complutense de Madrid.

<sup>373</sup> GARCÍA CUADRADO, Antonio M. Problemas constitucionales de la dignidad de la persona. Págs. 477-478. En: Revista Persona y Derecho. Vol. 67/2012/2.

otros derechos, para actualizar el número de situaciones subjetivas que se consideren merecedoras de tutela; b) cualitativas del ordenamiento constitucional, en el sentido de que compactan la multiplicidad de derechos reconocidos en los textos constitucionales en torno a la noción de persona; favoreciendo una reconstrucción unitaria de la misma; c) de universalización de los derechos dirigidos a la personalidad, que alude a que los derechos de la personalidad pertenecen a la persona en cuanto tal, por lo que su disfrute no puede estar condicionado por la subsistencia de condiciones jurídicas particulares; y d) de ponderación en el caso de conflicto entre diversos derechos constitucionales, en la medida que la dignidad constituye un límite infranqueable en el ejercicio de los diversos derechos fundamentales.<sup>374</sup>

Cabe precisar que la importancia que ha detentado el principio de dignidad dentro de algunos ordenamientos jurídicos, como es el caso de Alemania, se debe a que surgió como respuesta a los graves crímenes cometidos por el Nazismo, a fin de fungir como el principio basilar de un nuevo sistema, que no solo de sustento a los derechos fundamentales, sino que además se posiciona como el límite de los mismos. Debido a ello, la dignidad todavía se percibe como un principio fundamental, en la medida que es invocado constantemente en todos los debates y discusiones actuales en dicho país.<sup>375</sup>

Sin embargo, dicho principio no ha presentado en todos los países donde ha sido reconocido el mismo desarrollo, ni tampoco detenta el mismo grado de importancia, especialmente en razón al proceso histórico vivido. Al respecto, son ilustrativas las referencias que menciona SERNA en las experiencias de Alemania y España:

(...) En la República Federal de Alemania, la misma experiencia que condujo a proclamar la inviolabilidad de la dignidad humana en el art. 1.1 de la Grundgesetz, convirtiéndola así en norma de apertura constitucional, fue después la que sirvió para dotar de contenidos precisos al concepto de dignidad, haciendo de ella incluso un específico derecho fundamental. Nuestro constituyente, a diferencia del germánico, no abre las disposiciones constitucionales con una referencia tan solemne a la dignidad del hombre, porque en la España de los 70 lo que interesaba resaltar era la democracia y el pluralismo político, que habían sido los grandes ausentes de la vida española durante casi medio siglo. Los alemanes, tras la experiencia de la II Guerra y el régimen nazi, concedían indudablemente un valor simbólicamente menor a la democracia, sentían que era otro el gran valor a preservar, entre otras cosas porque unos procedimientos formalmente democráticos fueron los que, en su momento, auparon a Hitler al poder. Se trataba, pues, de consagrar el respeto a la persona humana, de establecer los límites de lo que debía resultar infranqueable incluso para un legislador elegido democráticamente. En el mismo horizonte axiológico se sitúa la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, sobre la cual no es posible detenernos ahora. En el fondo, en esto consiste la gran diferencia entre el juego real del principio de dignidad, que resulta perfectamente detectable en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, y la escasa proyección que el mismo principio posee en la de España, a pesar de haber sido inspirado en la Constitución de aquel país, y a pesar de la manifiesta influencia que aquella jurisprudencia constitucional ejerce sobre la nuestra, particularmente en lo relativo a la tutela de los derechos fundamentales. Por todo lo anterior es comprensible que el TC haya preferido fundar sus decisiones en una tarea interpretativa llevada a cabo a partir de cada uno de los derechos fundamentales en

<sup>374</sup> ROLLA, Giancarlo. El principio de la dignidad humana. Del artículo 10 de la Constitución española al nuevo constitucionalismo iberoamericano. Págs. 242-261. En: Persona y Derecho N° 49 (2003). Universidad de Navarra.

<sup>375</sup> SERNA, Pedro. La dignidad humana en la Constitución Europea. Págs. 39-41. En: Persona y Derecho N° 52 (2005).

juego, más que de la dignidad, acudiendo a diferentes y complementarios recursos en la determinación del contenido, alcance y límites de los mismos.<sup>376</sup>

De lo expuesto, queda claro que la dignidad configura un principio esencial dentro del sistema jurídico. El calificar como principio a la dignidad (en el sentido de principio general del Derecho), en sentido formal, implica que ésta funciona como un criterio hermenéutico de todo el ordenamiento jurídico que, si bien tiene eficacia jurídica directa, su aplicación permite cierto margen de apreciación por parte del operador jurídico, en tanto concepto jurídico indeterminado.<sup>377</sup>

## b. La dignidad como derecho

No obstante, en ciertas experiencias la dignidad también se configura como derecho fundamental en su propia norma fundamental, tal como ocurre en Alemania:

(...) Si se ha hablado aquí del derecho fundamental de la dignidad del hombre, con ello ya hemos dado con una importante cuestión preliminar, a saber, la de la naturaleza jurídica de la dignidad del hombre. Para el constituyente alemán tras el final de la Segunda Guerra Mundial, en particular para el creador de la Ley Fundamental, quedaba fuera de toda duda que la protección de la dignidad del hombre debía ser un derecho fundamental verdadero, no sólo un principio general o uno de los llamados objetivos estatales. Esto ya se deduce formalmente del hecho de que el art. 1 de la Ley Fundamental se encuentra en la primera parte de la Ley Fundamental, que sobrelleva el título «Los derechos fundamentales». Con la comprensión del derecho fundamental de la dignidad del hombre en la primera disposición de la Constitución se pone de relieve y queda perfectamente determinada la posición destacada de este derecho fundamental en el catálogo con respecto a los demás. El Tribunal Constitucional Federal nunca ha manifestado ninguna duda sobre la circunstancia de que el derecho fundamental de la dignidad del hombre se trata de un derecho invocable frente a cuya lesión cabe apelar al Tribunal.<sup>378</sup>

En otras experiencias, como la francesa, si bien la dignidad no se encuentra expresamente reconocida como derecho, dicha calidad ha sido atribuida a través de un reconocimiento jurisprudencial expreso por parte del Consejo Constitucional, quien ha manifestado que *“(...) la salvaguardia de la dignidad de la persona contra toda forma de servidumbre y de degradación se sitúa entre esos derechos y constituye un principio de valor constitucional”*.<sup>379</sup>

Para LANDA ARROYO, si bien la dignidad opera como una cláusula interpretativa, también es protegible por sí misma, en tanto constituye un principio constitucional y derecho fundamental.<sup>380</sup> Igualmente, para BENDA es incuestionable la naturaleza de la dignidad como derecho fundamental (y su consecuente protección a través de

<sup>376</sup> SERNA, Pedro. "Dignidad de la persona: un estudio jurisprudencial". Persona y Derecho, 41 (1999). Universidad de Navarra. Págs. 156-158.

<sup>377</sup> GARCÍA CUADRADO, Antonio M. Problemas constitucionales de la dignidad de la persona. Pág. 477. En: Revista Persona y Derecho. Vol. 67/2012/2.

<sup>378</sup> MUNCH, Ingo V. La dignidad del hombre en el derecho constitucional alemán. Pág. 110. En: Foro, Nueva Época. Núm. 9/2009. Universidad Complutense de Madrid.

<sup>379</sup> BIOY, Xavier. Dignidad humana y derecho fundamental: Francia y España. Pág. 186. En: CHUECA, Ricardo (coordinador). Dignidad humana y derecho fundamental. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2015.

<sup>380</sup> LANDA ARROYO, César. Dignidad de la persona humana. Pág. 119. En: Cuestiones Constitucionales, núm. 7 (julio-diciembre, 2002). UNAM.

mecanismos de protección como el proceso de amparo, entre otros), en la medida que la dignidad, al ser el supremo valor jurídico protegido por la Constitución, “*parece difícilmente compatible con tal concepción la idea de que el afectado se vea excluido precisamente del recurso a tan importante garantía constitucional*”.<sup>381</sup> Asimismo, en opinión de este autor, el derecho a que se respete la dignidad es independiente de las características corporales, mentales o anímicas de su titular, además del resto de circunstancias personales.<sup>382</sup>

De igual forma, para STARCK la dignidad no solo aparece como la fuente de los derechos fundamentales, sino igualmente como un derecho fundamental.<sup>383</sup> No obstante, una interesante crítica que surge ante la consideración de la dignidad como derecho la formula PASCUAL MEDRANO, al señalar que, atendiendo a la dimensión subjetiva de todo derecho fundamental, no resulta fácil entender a la dignidad como facultad, apoderamiento, posibilidad o voluntad alguna, en la medida que ésta se afirma en el plano del ser y no del deber ser.<sup>384</sup>

### c. La dignidad como deber

Pero la dignidad también puede configurar un deber, referido a no instrumentalizar a uno mismo ni a los demás, esto es, respetar al ser humano como fin y no como medio. Como apunta GARCÍA CUADRADO, la dignidad sería “*(...) una obligación de facere consistente en el deber de comportarse de forma respetuosa con la dignidad humana, la propia y la ajena; es decir, no se trataría solo del deber de respetar la dignidad ajena (convirtiéndolo entonces en la práctica en un derecho a la dignidad, a que los demás respeten mi dignidad) sino también en el de conducirse con dignidad respetando la propia. Ambas cosas a un tiempo*”.<sup>385</sup>

Además, este deber constitucional de respetar la dignidad del ser humano tiene 3 consecuencias jurídicas directas: i) el deber del Estado de respetar la dignidad humana y de hacer que sea respetada en las relaciones entre particulares; ii) el deber de cada persona de respetar la dignidad de los demás, y; iii) el deber de toda persona de actuar conforme a su propia dignidad.<sup>386</sup>

De hecho, un caso donde claramente se visibiliza a la dignidad como deber lo constituye el caso denominado “*Dwarf-tossing*” o “*Lanzamiento de enanos*”. Entre los años 91 y 92, el señor Manuel Wackenheim, ciudadano francés, cuestionó dos disposiciones de los alcaldes de las ciudades de Morsang-sur-Orge y Aix-en-Provence, que prohibían el espectáculo denominado “Lanzamiento de enanos” -en donde él trabajaba-, en sus

<sup>381</sup> BENDA, Ernesto. Dignidad humana y derechos de la personalidad. Pág. 120. Manual de Derecho Constitucional, Madrid, Marcial Pons, 1996.

<sup>382</sup> BENDA, Ernesto. Dignidad humana y derechos de la personalidad. Pág. 121. En: Manual de Derecho Constitucional, Madrid, Marcial Pons, 1996.

<sup>383</sup> STARCK, Christian. Jurisdicción Constitucional y Derechos Fundamentales. Dykinson. Colección Dykinson-Constitucional. 1era Edición. Madrid, 2011. Pág. 161.

<sup>384</sup> PASCUAL MEDRANO, Amelia. La dignidad humana como principio jurídico del ordenamiento constitucional español. Pág. 300. En: CHUECA, Ricardo (coordinador). Dignidad humana y derecho fundamental. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2015.

<sup>385</sup> GARCÍA CUADRADO, Antonio M. Problemas constitucionales de la dignidad de la persona. Pág. 490. En: Revista Persona y Derecho. Vol. 67/2012/2.

<sup>386</sup> GARCÍA CUADRADO, Antonio M. Problemas constitucionales de la dignidad de la persona. Pág. 491. En: Revista Persona y Derecho. Vol. 67/2012/2.

territorios, bajo el argumento que vulneraba la dignidad. Estas disposiciones municipales fueron apeladas por el señor Wackenheim y posteriormente revocadas por los tribunales administrativos de Versalles y Marsella, pero finalmente fueron anuladas por el Consejo de Estado francés, quien avaló la prohibición de dichos eventos, señalando que «*el "lanzamiento de enanos" es una atracción que representa un atentado contra la dignidad de la persona humana, cuyo respeto es uno de los elementos del orden público, del que es garante la autoridad con facultades de policía municipal y, por otro lado, el respeto del principio de la libertad de trabajo y de comercio no es obstáculo para que esa autoridad prohíba una actividad que, aunque lícita, pueda perturbar el orden público*».<sup>387</sup>

Finalmente, el señor Wackenheim denunció al Estado francés ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, aduciendo que la prohibición de ejercer su trabajo ha tenido consecuencias negativas para su vida y representa un atentado contra su dignidad. En ese sentido, se declaró víctima de una violación por parte de Francia de su derecho a la libertad, al trabajo, al respeto de la vida privada y a un nivel de vida suficiente, así como de discriminación, de acuerdo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Sin embargo, el Comité de Naciones Unidas desestimó la denuncia, al considerar que «*(...) el Estado Parte ha demostrado en el presente caso que la prohibición del lanzamiento de enanos tal y como lo practica el autor no constituye una medida abusiva, sino que es más bien una medida necesaria para proteger el orden público, en el que intervienen en particular consideraciones de dignidad humana, que son compatibles con los objetivos del Pacto*».<sup>388</sup>

#### **d. La dignidad como valor**

Finalmente, también se considera a la dignidad como un valor constitucional, entendido éste como un concepto político –incluso más abstracto que los principios y los derechos– sobre el cual se pueden derivar infinidad de reglas. De acuerdo a Gunter DÜRIG, la dignidad es la “base de todo el sistema valorativo”, el supervalor respecto a otros valores.<sup>389</sup> Un ejemplo de dicho enfoque se encuentra en EE.UU., donde la dignidad humana se concibe como un valor constitucional, con diversas finalidades: fundamento del orden social y político, cláusula limitativa en determinadas áreas de actuación del Estado, parte de la libertad garantizada por la cláusula del debido proceso, elemento integrante de la igualdad en aras de justificar decisiones judiciales antidiscriminatorias, y fundamento de derechos.<sup>390</sup>

Tal como lo expone PAOLO VERONESI:

(...) Parece pues más correcto establecer que el valor-dignidad no constituye un derecho fundamental, ni resulta afectado como consecuencia de la violación de un derecho, ni puede verse como mero sucedáneo del concepto de igualdad, ni es tampoco un principio

<sup>387</sup> *Manuel Wackenheim v. France*, Comunicación No. 854/1999, U.N. Doc. CCPR/C/75/D/854/1999 (2002). Párrafo 2.5. Disponible en: <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/spanish/854-1999.html> (consultado el 11 de enero del 2017).

<sup>388</sup> *Manuel Wackenheim v. France*, Comunicación No. 854/1999, U.N. Doc. CCPR/C/75/D/854/1999 (2002). Párrafo 7.4. Disponible en: <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/spanish/854-1999.html> (consultado el 11 de enero del 2017).

<sup>389</sup> GÓMEZ ORFANEL, Germán. La dignidad de la persona en la Grundgesetz. Págs. 56-57. En: CHUECA, Ricardo (coordinador). Dignidad humana y derecho fundamental. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2015.

<sup>390</sup> GÓMEZ LUGO, Yolanda. La dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Pág. 119. En: CHUECA, Ricardo (coordinador). Dignidad humana y derecho fundamental. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2015.

jurídico eficaz de modo autónomo. Por el contrario, es un poco de cada una de esas cosas, cual “catalizador” capaz de activarlas simultáneamente.<sup>391</sup>

Por tanto, la consideración de la dignidad como un valor supone adquirir la calidad de una directriz que guiará el proceso interpretativo del operador jurídico al momento de aplicar los principios y normas que deriven de él. Como expone VERONESI: “(...) *La dignidad se constituye, en síntesis algo contundente, como una de las claves fundamentales metapositivas de lectura con las que el operador está específicamente, y a menudo inconscientemente, obligado a desempeñarse para domeñar el laberinto de normas y principios positivos que tiene que aplicar; solo a través de aquella puede realmente neutralizar su natural ambigüedad y su carácter estático*”.<sup>392</sup>

Sin embargo, catalogar a la dignidad como valor, a decir de GARCÍA CUADRADO, sería degradar dicho concepto, porque implica que pueda asumir cualquier contenido, haciendo nula su operatividad.<sup>393</sup> Así también, PASCUAL MEDRANO señala que la consideración de la dignidad como valor hace que pierda eficacia normativa, entendida como la capacidad de generar obligaciones jurídicas precisas, susceptibles de control jurisdiccional, hasta hacerse prácticamente invisible.<sup>394</sup>

#### e. Conclusión

Como se advierte, existen diversas posturas sobre la naturaleza jurídica de la dignidad, ya sea como valor, como principio, como derecho e inclusive como deber y, paralelamente, existen posiciones críticas a las mismas. Se evidencia, entonces, lo complejo que resulta identificar la naturaleza jurídica de la dignidad ya que, en realidad, puede asumir válidamente cada uno de los conceptos anteriormente desarrollados.

Por ello, más de brindar una postura, es factible más bien identificar las ventajas que se obtienen al asignarle a la dignidad una naturaleza jurídica específica. Por nuestra parte, consideramos que, ya sea como principio o como derecho fundamental, la dignidad tiene gran capacidad de rendimiento jurídico, en la medida que, como señala GÓMEZ ORFANEL, puede concurrir con otros principios y derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico. Así:

- Los principios constitucionales en cuanto mandatos de optimización de la Constitución, pueden entrar en colisión con otros principios y deben concretizarse mediante un proceso de ponderación proporcional, incluso cabe preguntarse por los conflictos internos, es decir que desde posiciones diferentes se apele al mismo principio constitucional, así la dignidad de unos frente a la de otros.

<sup>391</sup> VERONESI, Paolo. La dignidad humana: una idea aparentemente clara. Pág. 152. En: CHUECA, Ricardo (coordinador). Dignidad humana y derecho fundamental. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2015

<sup>392</sup> VERONESI, Paolo. La dignidad humana: una idea aparentemente clara. Págs. 153-154. En: CHUECA, Ricardo (coordinador). Dignidad humana y derecho fundamental. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2015

<sup>393</sup> GARCÍA CUADRADO, Antonio M. Problemas constitucionales de la dignidad de la persona. Págs. 479-483. En: Revista Persona y Derecho. Vol. 67/2012/2.

<sup>394</sup> PASCUAL MEDRANO, Amelia. La dignidad humana como principio jurídico del ordenamiento constitucional español. Pág. 304. En: CHUECA, Ricardo (coordinador). Dignidad humana y derecho fundamental. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2015.



- Los derechos fundamentales están sometidos también a la ponderación, con otros derechos o bienes constitucionales. No tienen un carácter absoluto, están sometidos a límites.<sup>395</sup>

### 3.3.4. Definición jurídica de la dignidad

#### a. Posturas sobre la determinación del concepto de dignidad

Más allá de reconocer a la dignidad, ya sea como valor o meta valor jurídico, principio fundamental dentro del sistema constitucional de un Estado -además de dar fundamento a diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos-, o un derecho de rango fundamental (reconocida en diversos ordenamientos), otro debate surge al momento de intentar definir lo que se entiende por dignidad. En ese sentido, ningún texto constitucional, ni declaración que mencione, aluda o acoja a la dignidad humana la define.<sup>396</sup>

Sobre este aspecto, existen diversas posiciones sobre cómo definir el término dignidad. En ese sentido, dividiremos este apartado en posturas “positivas” y “negativa”.

#### a.1. Posturas positivas

Al respecto, existen diversas formas de definir positivamente lo que se entiende por dignidad, tal como lo refiere PEDRO SERNA:<sup>397</sup>

- Identificar a la dignidad con el derecho al libre desarrollo de la personalidad*, lo que genera la supresión de toda eficacia práctica a la dignidad, al quedar ésta absorbida por el principio de autodeterminación personal.<sup>398</sup> Sin embargo, algún sector de la doctrina afirma que la dignidad, en este escenario, no significa simplemente la autodeterminación, sino la autodeterminación como el fundamento del valor propio de todo hombre y de todos los hombres.<sup>399</sup>
- Adoptar una estrategia de minimización*, en el sentido de limitar o circunscribir el sentido del principio, asignando a la dignidad un contenido teórico definido que limite su significado a lo que resulta obvio en la práctica. Por ejemplo, a partir de una interpretación histórica, el principio de dignidad solo se podría aplicar ante situaciones criminales similares a las que le dieron origen en la posguerra, producto del nazismo.<sup>400</sup>
- Asumir una definición positiva, tomando en cuenta elementos filosóficos y teológicos*. En ese sentido, se plantearon teorías como la de “*la dote*”, que

<sup>395</sup> GÓMEZ ORFANEL, Germán. La dignidad de la persona en la Grundgesetz. Pág. 61. En: CHUECA, Ricardo (coordinador). Dignidad humana y derecho fundamental. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2015.

<sup>396</sup> CHUECA, RICARDO. La marginalidad jurídica de la dignidad humana. Pág. 30. En: CHUECA, Ricardo (Director) Dignidad humana y derecho fundamental. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2015.

<sup>397</sup> SERNA, Pedro. La dignidad humana en la Constitución Europea. Págs. 45 y ss. En: Persona y Derecho N° 52 (2005).

<sup>398</sup> SERNA, Pedro. La dignidad humana en la Constitución Europea. Pág. 57. En: Persona y Derecho N° 52 (2005).

<sup>399</sup> CASTILLA DE CORTÁZAR, Blanca. En torno a la fundamentación de la dignidad personal. Pág. 70. En: Foro, Nueva época, Vol. 18, núm. 1 (2015). Universidad Complutense de Madrid.

<sup>400</sup> SERNA, Pedro. La dignidad humana en la Constitución Europea. Págs. 45-46. En: Persona y Derecho N° 52 (2005); así también: BENDA, Ernesto. Dignidad humana y derechos de la personalidad. Pág. 124. En: Manual de Derecho Constitucional, Madrid, Marcial Pons, 1996.

entiende que la dignidad constituye una cualidad o propiedad particular que es concedida al individuo por la naturaleza o por su creador (“a imagen y semejanza de Dios”); y la teoría de “*la prestación*”, que más bien agrupa a las concepciones que entienden a la dignidad como un producto del propio obrar, en el sentido de que el hombre gana o alcanza la propia dignidad. Adicionalmente, se ha señalado que entre estas teorías existen puntos comunes, a saber: i) la dignidad garantiza una igualdad jurídica de todos los hombres y, por ende, prohíbe todo tipo de discriminación; ii) la dignidad busca la salvaguarda de la subjetividad humana, esto es la protección de la identidad y la integridad física y moral, de lo cual se deriva la prohibición de malos tratos, humillaciones, penas corporales, etc; iii) garantiza un mínimo material de subsistencia (exista digna a todos).<sup>401</sup>

- d) *Establecer un concepto amplio y genérico de dignidad*, con el propósito de que posibilite a cada ser humano descubra su elección y conduzca su existencia de acuerdo a un propio patrón de conducta. Esta situación explica el por qué la dignidad puede ser invocada para defender soluciones totalmente contrarias entre sí (eutanasia, aborto, etc.);<sup>402</sup> especialmente ante nuevos escenarios como ocurre en el campo de la biotecnología, donde se ha señalado que la dignidad ha monopolizado el debate biojurídico de forma inopinada en una materia altamente dependiente de la revolución científica, vinculada con un alto grado de incertidumbre.<sup>403</sup> A esta posición cabe criticar válidamente que puede afectar gravemente la seguridad jurídica, en especial cuando la dignidad es utilizada para resolver conflictos jurídicos caso por caso.<sup>404</sup>

Estas son algunas posiciones referidas al concepto jurídico de dignidad que, como se advierten, resultan insuficientes y parecen comprobar lo difícil que resulta dicha tarea.

## **a.2. Postura negativa: la fórmula del objeto (Objekt-Formel)**

De lo señalado se entiende entonces que existe dificultad para establecer una definición positiva de la dignidad, en la medida que no puede establecerse contornos precisos de su contenido. Ante ello, un sector de la doctrina señala que la identificación del derecho a la dignidad debe partir directamente de la constatación de la lesión típica,<sup>405</sup> esto es, qué acciones vulneran la dignidad, que dependería de acuerdo a cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha evitado dar una definición positiva y explícita de dignidad, y ha recurrido más bien a aproximaciones negativas, esto

<sup>401</sup> SERNA, Pedro. La dignidad humana en la Constitución Europea. Págs. 47-50. En: Persona y Derecho N° 52 (2005).

<sup>402</sup> OEHLING DE LOS REYES, Alberto. Significación constitucional de la dignidad humana. Págs. 330-331. En: Revista Pensamiento Constitucional. PUCP. Año XII No12.

<sup>403</sup> ARRUEGO, Gonzalo. El recurso al concepto de dignidad humana en la argumentación biojurídica. Pág. 421. En: CHUECA, Ricardo (Director) Dignidad humana y derecho fundamental. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2015.

<sup>404</sup> Inclusive, para RICARDO CHUECA lo grave de la ambivalencia de la dignidad radica en que el uso principal que se le da a esta concepto, de acuerdo a la jurisprudencia de los sistemas jurídicos, a fundamentar restricciones de libertades individuales más que a lo contrario. Ver en: CHUECA, Ricardo. La marginalidad jurídica de la dignidad humana. Pág. 33. En: CHUECA, Ricardo (Director) Dignidad humana y derecho fundamental. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2015.

<sup>405</sup> GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. Dignidad de la persona y derechos fundamentales. Marcial Pons. Madrid, 2005. Pág. 32.

es, describiendo qué conductas son atentatorias de la dignidad. En ese sentido, se ha recurrido a la “fórmula del objeto” o “fórmula-objeto” (Objekt-Formel), desarrollada por Gunter DÜRIG e inspirada en la segunda formulación del imperativo categórico kantiano: tratar al otro no meramente como medio sino como fin.

Una mejor explicación del concepto de dignidad como mandato de no instrumentalización de la persona lo desarrolla KURT SEELMANN:

(...) El estrecho vínculo –todavía no existente en la “Fundamentación” de Kant- del concepto de la dignidad humana con el de la cualidad de ser fin-en-sí-mismo ha sido determinado, precisamente y en primera línea, por la historia de las repercusiones del concepto de dignidad en el siglo XX. El imperativo de respeto de la dignidad humana fue y continúa siendo identificado con la “prohibición de instrumentalizar”. Para esto fue fundamental en los años de posguerra un escrito de Günter Dürig, en el cual –aunque sin expresa vinculación a Kant- el autor consideraba la cualidad de ser fin-en-sí-mismo como fundamento para la protección de la dignidad humana y, consecuentemente, a la instrumentación del hombre como el acto decisivo de lesión de esa dignidad.<sup>406</sup>

Esta posición presupone que la dignidad ni se adquiere, ni cabría perderla. Antes bien, se posee por la mera pertenencia a la especie humana, de la que constituye “cualidad intrínseca”, irrenunciable o, vista de otro modo, vulnerable (relacionándose con el concepto filosófico de dignidad en su dimensión *ontológica*). En tales términos, “(...) *la dignidad humana implica por ejemplo que las personas totalmente incapacitadas, los locos, los enfermos inconscientes, los delincuentes habituales, los miembros de un grupo minoritario, los embriones o el feto en las primeras fases de desarrollo... están, por ello, protegido por este valor intocable. Para preservarlo bastará con utilizar sus “productos jurídicos” más comunes que continuamente se promueven y configuran*”.<sup>407</sup>

Por su parte, Ernesto Benda señala que “(...) *contradice la dignidad humana convertir al individuo en mero objeto de la acción del Estado. En la degradación de la persona a la condición de objeto, a su valor de cambio, se suele ver la decisiva vulneración del art. 1.1. GG*”.<sup>408</sup> Aunque precisa que dicha fórmula (fórmula-objeto) solo apunta a la dirección en la que deberá concretarse el contenido y con él la esfera de protección de la dignidad humana, ya que todavía es demasiado vaga y genérica.

Igualmente, PAOLO VERONESI señala que “(...) *esta aceptación generalizada no alcanza sin embargo a la atribución de un contenido jurídico más preciso a tan genéricas afirmaciones. No existe acuerdo en cómo determinar en qué casos el hombre está siendo instrumentalizado o mutado en mera cosa. Muy al contrario, las dificultades para lograr mayores precisiones crecen, y no parece menguar*”.<sup>409</sup> En ese sentido, se ha indicado que, en la realidad, el hombre es frecuentemente objeto de ciertas medidas estatales, aunque estas no lleguen a lesionar su dignidad. Ante ello, el Tribunal Constitucional Federal alemán precisó que existe lesión del derecho fundamental de la dignidad del

<sup>406</sup> SEELMANN, Kurt. Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal. Marcial Pons. Madrid, 2013. Pág. 33.

<sup>407</sup> VERONESI, Paolo. La dignidad humana: una idea aparentemente clara. Pág. 142. En: CHUECA, Ricardo (coordinador). Dignidad humana y derecho fundamental. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2015.

<sup>408</sup> BENDA, Ernesto. Dignidad humana y derechos de la personalidad. Pág. 125. En: Manual de Derecho Constitucional, Madrid, Marcial Pons, 1996.

<sup>409</sup> VERONESI, Paolo. La dignidad humana: una idea aparentemente clara. Pág. 142. En: CHUECA, Ricardo (coordinador). Dignidad humana y derecho fundamental. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2015.

hombre solo cuando el trato en cuestión supone expresamente un menosprecio del hombre, esto es, que exista vejación<sup>410</sup> o un específico animus de degradación.<sup>411</sup>

Más allá de éstas y otras críticas realizadas contra esta postura negativa,<sup>412</sup> coincidimos con PEDRO SERNA en que esta posición es la más acertada:

(...) En primer lugar, porque algo más perfecto que la fórmula (una definición positiva de la dignidad y una delimitación de sus exigencias también positivas que sean susceptibles de aceptación mayoritaria) no parece posible. En segundo lugar, porque algo menos perfecto que la fórmula conduce a vincular a la dignidad a algún derecho fundamental en concreto o a varios de ellos, privándola de consecuencias jurídicas propias e independientes; o bien al empleo meramente retórico y, en consecuencia, imposible de controlar racionalmente, del principio de dignidad.<sup>413</sup>

Debe quedar claro que la dignidad solo puede operar de manera residual, ante situaciones que no pueden ser tuteladas por otros derechos y, como afirma IGNACIO GUTIÉRREZ, “(...) *la dignidad serviría exclusivamente como protección frente a la transgresión del tabú, frente a la plena degradación del hombre. El carácter formal de la fórmula de no-instrumentalización resultaría particularmente apto para proceder a una interpretación restrictiva*”.<sup>414</sup>

Como se señaló, es en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán en donde se ha desarrollado esta postura negativa de la dignidad, analizándose si se ha vulnerado el mandato de no instrumentalización de la persona. Así, en la BVerfGE 115, 118, se declaró la inconstitucionalidad de la Ley de seguridad aérea [LuftSiG] del 11 de enero del 2005, que autorizaba a las autoridades federales, entre otras cosas, a derribar aviones secuestrados, aún con inocentes a bordo, a fin de salvar la vida de terceros que pueden verse afectados. Uno de los argumentos esbozados por el Tribunal Federal fue justamente que dicha situación atentaba directamente contra la dignidad de los pasajeros del avión secuestrado que morirían producto del ataque:

(...) el Tribunal Constitucional Federal entiende que el parágrafo 14 III LuftSiG, en cuanto que permite abatir un avión con inocentes a bordo, lesiona la dignidad que les corresponde como personas. El Estado, al hacer uso de esta posibilidad, les trata como a simples objetos con los que proteger a otras personas. La tripulación y los pasajeros del avión se hallan completamente indefensos y a merced del Estado, cuya intervención armada les aboca de manera ineluctable a una muerte prácticamente segura. Semejante trato representa un desprecio a los afectados en su calidad de sujetos dotados de dignidad y derechos inalienables. Al utilizarse su muerte como un medio para salvar a otras personas, se les cosifica. Al disponer el Estado de su vida, se les niega el valor que al hombre le corresponde por sí mismo (§ 124). Los inocentes que viajan en el avión-arma no pueden ser considerados como parte del mismo y tratados como tales: esa concepción según la cual las víctimas ya no son apreciadas como hombres, sino como cosas, es incompatible con la imagen

<sup>410</sup>MUNCH, Ingo V. La dignidad del hombre en el derecho constitucional alemán. Pág. 116. En: Foro, Nueva Época. Núm. 9/2009. Universidad Complutense de Madrid.

<sup>411</sup> ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Derecho Penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad. p. 10. En: Revista General de Derecho Constitucional 12 (2011). Ed. Iustel

<sup>412</sup> SERNA, Pedro. La dignidad humana en la Constitución Europea. Págs. 55-56. En: Persona y Derecho N° 52 (2005).

<sup>413</sup> SERNA, Pedro. La dignidad humana en la Constitución Europea. Pág. 58. En: Persona y Derecho N° 52 (2005).

<sup>414</sup> GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. Dignidad de la persona y derechos fundamentales. Marcial Pons. Madrid, 2005. Pág. 34.

constitucional del hombre y con la idea de que pertenece a su esencia el autodeterminarse en libertad (§ 134).<sup>415</sup>

En consecuencia, “(...) el deber de respetar y proteger la dignidad humana, excluye más bien con carácter general, hacer de la persona un mero objeto del Estado... De esta forma está prohibido por antonomasia todo trato de la persona por parte del poder público que ponga fundamentalmente en duda su cualidad de sujeto, su status como sujeto de derecho (...), faltando al respeto del valor que corresponde a todo ser humano por el mero hecho de ser persona”.<sup>416</sup>

Y agrega “(...) en los supuestos que analiza la sentencia, la orden de derribo privaría a inocentes de su dignidad al ser considerados como objeto, sin que valgan ponderaciones cuantitativas en el sentido de que se protegería la vida de un número mayor de personas, apareciendo el dilema del Estado de no atentar contra la vida humana y al mismo tiempo evitar la muerte de otras personas”.<sup>417</sup>

Sobre este fallo señala HABERMAS que “(...) el eco del imperativo categórico kantiano se escucha en las palabras de la Corte. El respeto a la dignidad de todo ser humano prohíbe que el Estado trate a una persona simplemente como un medio para alcanzar un fin, incluso si ese otro fin fuera el de salvar las vidas de muchas otras personas”.<sup>418</sup>

Por su parte, en España, si bien la dignidad no es reconocida como un derecho fundamental como ocurre en Alemania, la fórmula de no-instrumentalización también ha sido acogida en la jurisprudencia constitucional, tal como se aprecia a continuación:<sup>419</sup>

- La persona no puede ser patrimonializada; es sujeto, no objeto de contratos patrimoniales (STC 212/1996).
- El trabajador no puede ver subordinada su libertad mediante su consideración como “mero factor de producción” o “mera fuerza de trabajo” (STC 192/2003).
- La persona no puede ser, en cuanto tal, mero instrumento de diversión y entretenimiento (STC 231/1988).
- En el mismo sentido, la persona es convertida en mero objeto de los casos de agresión o acoso sexual (SSTC 53/1985 y 224/1999).
- La dignidad impone que la asunción de compromisos u obligaciones tenga en cuenta la voluntad del sujeto, al menos cuando son de peculiar trascendencia, como la maternidad (STC 53/1985)
- Del mismo modo, la dignidad impone que sea reconocida al sujeto la posibilidad de participar en procesos judiciales en los que se atribuyen al sujeto graves

<sup>415</sup> DÓMENECH PASCUAL, Gabriel. ¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la Ley de Seguridad Aérea. Pág. 398. En: Revista de Administración Pública N° 170 (mayo-agosto 2006). Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

<sup>416</sup> GÓMEZ ORFANEL, Germán. La dignidad de la persona en la Grundgesetz. Pág. 70. En: CHUECA, Ricardo (coordinador). Dignidad humana y derecho fundamental. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2015.

<sup>417</sup> GÓMEZ ORFANEL, Germán. La dignidad de la persona en la Grundgesetz. Pág. 70. En: CHUECA, Ricardo (coordinador). Dignidad humana y derecho fundamental. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2015.

<sup>418</sup> HABERMAS, Jürgen. El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos, LV Dianoia, 64, 6 (mayo de 2010). Págs. 5-6. Citado en: AGUIRRE PABÓN, Javier Orlando. Dignidad, derechos humanos y la filosofía práctica de Kant. En: Universitas. Bogota (Colombia) N° 123 (julio-diciembre 2011). Pág. 58.

<sup>419</sup> GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. Dignidad de la persona y derechos fundamentales. Marcial Pons. Madrid, 2005. Pág. 97.

responsabilidades penales, sin que pueda aparecer como mero objeto de dichos procedimientos (STC 91/2000).

Finalmente, también en España, pero a nivel del Poder Judicial se ha señalado que “(...) *la garantía constitucional de la dignidad, como valor de la alta calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo tiempo de algún menoscabo y que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto.*”<sup>420</sup>

## **b. Conclusión: concepto mínimo de dignidad**

En síntesis, sobre el concepto de dignidad, como se advierte, no existe consenso sobre el mismo, ya que hay diversas posiciones y teorías que pretenden explicar y dar una definición adecuada. Al respecto, MCCRUDDEN afirma que la dignidad está reconocida en diversos instrumentos nacionales e internacionales de diversos modos y con diverso alcance; sin embargo, a partir de este reconocimiento sí es posible advertir un contenido mínimo básico de "dignidad humana" que todos los que usan el término históricamente y todos los que lo incluyen en textos de derechos humanos parecen estar de acuerdo que es el núcleo básico. Este contenido mínimo básico parece tener al menos tres elementos.

- a) El primer elemento establece que cada ser humano posee un valor intrínseco, simplemente por ser humano, que se ha denominado *afirmación “ontológica”*.
- b) El segundo es que este valor intrínseco debe ser reconocido y respetado por otros, lo que determina que algunas formas de tratamiento son incompatibles con el respeto a este valor intrínseco. Este elemento se ha llamado *afirmación «relacional»*.
- c) Finalmente, el tercer elemento se refiere a la relación entre el Estado y el individuo, referido a que el reconocimiento del valor intrínseco del individuo requiere que el Estado exista por el bien del ser humano individual y no viceversa. Este elemento se denomina la *afirmación del “Estado limitado”*.

El problema surge al momento de definir cada uno de estos elementos, ya que no existe un consenso político o filosófico sobre los mismos: en qué consistiría el valor intrínseco a cada ser humano (afirmación ontológica); qué formas de tratamiento son incompatibles con este valor intrínseco (afirmación relacional), y; qué papel cumpliría el Estado frente al individuo (afirmación de Estado limitado).<sup>421</sup>

### **3.3.5. Obligaciones jurídicas emanadas del reconocimiento a la dignidad**

En este aspecto, STARCK<sup>422</sup> señala que, a partir del reconocimiento de la dignidad dentro de la Constitución se derivan dos tipos de obligaciones: de respeto y de protección.

<sup>420</sup> Sentencia del Tribunal Supremo. 1218/2014 DE 2.11; Sentencia: 00473/2016 del 29.07 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de A Coruña.

<sup>421</sup> MCCRUDDEN, Christopher. Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. Págs. 679-680. En: The European Journal of International Law. Vol. 19 N° 4 (2008). Disponible en: <http://ejil.org/pdfs/19/4/1658.pdf> (consultado el 6 de enero del 2017).

<sup>422</sup> STARCK, Christian. Jurisdicción Constitucional y Derechos Fundamentales. Dykinson. Colección Dykinson-Constitucional. 1era Edición. Madrid, 2011. Pág. 167-171.

- En el caso de las **obligaciones de respeto**, el Estado debe organizarse para que las lesiones de la dignidad sean excluidas de la ejecución de las normas, esto es, que las autorizaciones para la realización de los actos estatales estén previstas de tal modo que la dignidad del ciudadano afectado permanezca intacta. De esta forma, tanto la Administración, el Poder Judicial como el Legislativo, en el marco de sus competencias, deben abstenerse de afectar la dignidad de los ciudadanos. Se advierte entonces, en general, una obligación de no hacer o intervenir en la dignidad.
- En el caso de las **obligaciones de protección**, el Estado puede actuar de dos formas: protección de la dignidad del hombre a través de una actuación de fomento; y protección ante ataques a la dignidad por parte de otros. En el primer caso se refiere, por ejemplo, a todas las acciones del Estado destinadas a asegurar las condiciones mínimas para una existencia “digna” del hombre, cuando exista una situación física, mental o corporal que impidan su desenvolvimiento social y personal; mientras que en el segundo caso alude más bien a situaciones en las que la dignidad es puesta en riesgo por actitudes de terceros, que exige una respuesta del Estado, en correspondencia con el tipo y medida del peligro e intensidad de la lesión. En estos casos se puede recurrir al Derecho civil, administrativo o penal para garantizar la protección de la dignidad.

De ambas obligaciones, la que nos interesa, para efectos de la presente investigación, es la referida a las *obligaciones de protección*. Ello, por cuanto es a partir de allí que se fundamenta la competencia del *ius puniendi* estatal para salvaguardar la dignidad del ser humano, que será analizada a continuación.

### 3.4. La presencia de la dignidad en el Derecho Penal

Es consenso unánime que el concepto de dignidad, en el ámbito del Derecho Penal, constituye un valor fundamental. Al respecto, el profesor ENRIQUE BACIGALUPO señala lo siguiente:

La dignidad de la persona debe ser considerada como un valor absoluto de nuestra cultura jurídica, no renunciable ante situaciones concretas penalmente relevantes. Dicho de otra manera: en el orden jurídico hay, al menos, un principio absoluto y este es el de la dignidad de la persona en sentido kantiano: el ser humano no puede ser utilizado como una cosa para alcanzar ciertos fines que alguien considere valiosos.<sup>423</sup>

En ese sentido, la dignidad constituye un límite infranqueable en el tratamiento de determinadas instituciones de Derecho Penal.<sup>424</sup>

- En el caso de la pena de muerte, en el marco de toda la evolución producida sobre dicho instituto, no queda duda de que es incompatible con la dignidad de la persona.

<sup>423</sup> BACIGALUPO, Enrique. Dignidad de la persona y Derecho Penal. p. 33. En: AA.VV. Dogmática del derecho penal: Material y procesal y política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schunemann por su 70 aniversario. Gaceta Jurídica. Lima, 2014.

<sup>424</sup> BACIGALUPO, Enrique. Dignidad de la persona y Derecho Penal. pp. 24-33. En: AA.VV. Dogmática del derecho penal: Material y procesal y política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schunemann por su 70 aniversario. Gaceta Jurídica. Lima, 2014.

- En el caso de los fines de la pena, la dignidad de la persona considera inaceptables la introducción de criterios de prevención general en la individualización de la pena.
- En el caso de la prisión permanente (o cadena perpetua), dicha medida es incompatible con la dignidad si es que no se establecen mecanismos de revisión.
- En el caso de la tortura, la dignidad prohíbe recurrir a dicho mecanismo, inclusive para salvaguardar otros bienes jurídicos.
- En el caso de los tipos penales, la dignidad prohíbe recurrir a penas infamantes o la castración para delincuentes sexuales peligrosos.<sup>425</sup>
- La dignidad también se hace presente en el debate sobre el estado de necesidad y la ponderación de los intereses en conflicto (por ejemplo, atentar contra la vida de uno para salvar a varios).<sup>426</sup>
- También se hace presente como límite a las actividades que debe realizar un condenado, en el marco del proceso de resocialización que debe cumplir. En ese sentido, el artículo 58 del Código Penal regula las diversas reglas de conducta que deben cumplir los condenados, de acuerdo al caso concreto;<sup>427</sup> el inciso h que constituye un supuesto abierto, alude a “los demás deberes adecuados a la rehabilitación social del agente, siempre que no atenten contra la **dignidad del condenado**” (resaltado nuestro).

De igual forma, ALONSO ÁLAMO señala que el principio de dignidad de la persona se proyecta sobre todo el Derecho Penal e informa el principio político-criminal de intervención mínima, la discusión sobre los fines de la pena, el principio de culpabilidad, la justificación de comportamiento típico<sup>428</sup>; en el mismo sentido, MIR PUIG afirma que la dignidad de la persona, de manera conjunta con el principio de resocialización, en el contexto de la Constitución española de 1978, ofrecen una base constitucional a los demás límites materiales del ius puniendi.<sup>429</sup>

De lo expuesto queda claro que el principio de dignidad del ser humano en el Derecho penal ha cumplido una *función negativa*, en tanto límite para la aplicación y puesta en vigencia de determinados institutos y mecanismos (ninguna intervención y ninguna pena o medida contrarias a la dignidad). Sin embargo, cosa distinta ocurre cuando se pretende

<sup>425</sup> ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Derecho Penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad. p. 4. En: Revista General de Derecho Constitucional 12 (2011). Ed. Iustel

<sup>426</sup> ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Derecho Penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad. p. 5. En: Revista General de Derecho Constitucional 12 (2011). Ed. Iustel

<sup>427</sup> Artículo 58. Reglas de conducta

Al suspender la ejecución de la pena, el juez impone las siguientes reglas de conducta que sean aplicables al caso:

1. Prohibición de frecuentar determinados lugares;
2. Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez;
3. Comparecer mensualmente al juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades;
4. Reparar los daños ocasionados por el delito o cumplir con su pago fraccionado, salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo;
5. Prohibición de poseer objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito;
6. Obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación de drogas o alcohol;
7. Obligación de seguir tratamiento o programas laborales o educativos, organizados por la autoridad de ejecución penal o institución competente; o,
8. Los demás deberes adecuados a la rehabilitación social del agente, siempre que no atenten contra la dignidad del condenado.

<sup>428</sup> ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Derecho Penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad. p. 2. En: Revista General de Derecho Constitucional 12 (2011). Ed. Iustel;

<sup>429</sup> MIR PUIG, Santiago. Bases constitucionales del Derecho Penal. 1º Edición. Iustel. Madrid, 2011. Pág. 95.



indagar si la dignidad también ha cumplido una protección directa o positiva en el marco del Derecho penal, esto es, si constituye objeto directo de protección penal o bien jurídico protegido,<sup>430</sup> lo que analizaremos a continuación.

Previamente, hay que recordar algunos aspectos desarrollados en los capítulos anteriores, que son necesarios para sustentar nuestra posición:

- Asumimos la teoría constitucional del bien jurídico, que establece que los bienes jurídicos que son tutelados penalmente se basan en la Constitución.
- Esta premisa es básica por cuanto, como se ha expuesto: a) la dignidad constituye un principio y un derecho fundamental reconocido en las constituciones de diversos ordenamientos jurídicos a nivel mundial, incluyendo el peruano, así como en tratados y convenciones internacionales ratificados por nuestro país; b) ello determina que el máximo desarrollo que se ha dado del concepto dignidad desde el ámbito jurídico haya sido en el Derecho Constitucional; c) para afirmar a la dignidad como bien jurídico protegido en el Derecho Penal, es necesario recurrir al desarrollo que ha tenido dicho principio/derecho en el ámbito constitucional.
- La doctrina del Derecho Penal, a través de la teoría del bien jurídico ha convertido derechos fundamentales en bienes jurídicos, a los que el Derecho penal concede su máxima protección. Sin embargo, no todos los bienes jurídicos que tutela el Derecho Penal tienen directamente el carácter de derechos fundamentales (por ejemplo, la economía de mercado).<sup>431</sup>
- Ello no quiere decir que el Derecho Penal sea un mero apéndice del Derecho Constitucional y que su misión consista solo en brindar protección a través de la sanción penal a los derechos ya previamente reconocidos en la Constitución. En ese sentido, el Derecho Penal, a través del principio de intervención mínima y de la elaboración doctrinal del concepto de bien jurídico, presenta una serie de peculiaridades que lo convierten en un mecanismo de protección jurídica autónomo.<sup>432</sup>
- Por tanto, el Derecho Penal protege los derechos fundamentales en la medida en que éstos, a través de un proceso de normativización, son reelaborados en función de necesidades específicas y de determinados principios característicos, y convertidos en bienes jurídicos. De forma que, tan importante o más que el concepto de bien jurídico o de derecho fundamental que subyace en todo tipo delictivo, es el proceso mismo social y político a través del que se constituye.<sup>433</sup>

---

<sup>430</sup> ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Derecho Penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad. p. 7. En: Revista General de Derecho Constitucional 12 (2011). Ed. Iustel.

<sup>431</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Protección de los derechos fundamentales en el Código Penal. Estudios sobre el Código Penal español de 1995 (Parte General). Págs. 1-2. En: Revista Derecho y Cambio Social.

<sup>432</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Protección de los derechos fundamentales en el Código Penal. Estudios sobre el Código Penal español de 1995 (Parte General). Pág. 2. En: Revista Derecho y Cambio Social.

<sup>433</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. Protección de los derechos fundamentales en el Código Penal. Estudios sobre el Código Penal español de 1995 (Parte General). Pág. 6. En: Revista Derecho y Cambio Social.

### 3.4.1. Argumentos que niegan que la dignidad pueda configurar un bien jurídico penalmente protegido

Una de las críticas más comunes que se realizan al concepto de dignidad del ser humano es su amplitud y generalidad. En ese sentido, en opinión de SOSA SACIO,<sup>434</sup> la dignidad humana puede tener cuatro concepciones básicas, a saber:

- Como “mandato de no instrumentalización”, conforme el cual la persona debe ser considerada como un fin en sí mismo y nunca como un mero medio. Esta noción está vinculada a la segunda formulación del imperativo categórico enunciado por Kant: “Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solo como un medio”.
- Como un “atributo inherente a todo ser humano”. Desde este enfoque, se afirma que el ser humano es digno por el solo hecho de serlo, lo que hace a la dignidad una condición inherente a la naturaleza humana.
- Como “autonomía personal” o “autonomía moral”, es decir, como capacidad para decidir racional o moralmente. Desde esta postura, se señala que la dignidad humana solo puede predicarse de seres racionales y moralmente autónomos.
- Como “aspiración político-normativa”, como un “deber ser” vinculado a garantizar condiciones dignas de existencia. Desde esta perspectiva, la dignidad humana no aparece como algo dado o determinado, sino que se le considera como algo que debe alcanzarse, una interpelación para toda la comunidad política, una prescripción, un proyecto que debe realizarse y conquistarse.

Sin embargo, esta amplitud de nociones que puede tener la dignidad, más que representar una ventaja por su adaptabilidad, constituiría una desventaja para fundamentar de manera sólida los derechos humanos y fundamentales, porque es “(...) susceptible de ser llenado de manera subjetiva y hasta arbitraria, quedando expuesto a los vaivenes de la diversa cultura e incluso permitiría la inflación de expectativas sobre los derechos”.<sup>435</sup>

Así también lo refiere RICARDO CHUECA al señalar:

(...) No sólo hay múltiples dignidades, sino que dignidad significa cosas distintas. Lo que abre la vía de la dignidad como contenedor o almacén a disposición de valores culturales y sociales diversos. Cada sistema social, comunidad o individual quedan así habilitados para construir su dignidad. Lo que quizá explique su elevada, e inquietante, capacidad de ambivalencia.

Esta dignidad abierta, disponible, opera como símbolo y al tiempo como fórmula hueca, vacía. Tan pronto se reviste de Weltanschauung, de fuente inagotable de derecho o de derechos, como llega a acercarse junto a la vieja idea de dignitas, a su vez muy próxima a la de honor.

<sup>434</sup> SOSA SACIO, Juan Manuel. Crítica a la dignidad humana y la noción de “necesidades básicas” como un posible mejor fundamento para los derechos”. pp. 88-90. En: THEMIS-Revista de Derecho N° 67, 2015.

<sup>435</sup> SOSA SACIO, Juan Manuel. Crítica a la dignidad humana y la noción de “necesidades básicas” como un posible mejor fundamento para los derechos”. p. 91. En: THEMIS-Revista de Derecho N° 67, 2015.

Pero también le alcanza a veces desempeñar una función mínima, aunque de gran relevancia jurídica, que le identifica con la esencia del ser humano individual: señala la frontera cuya ruptura aniquila la idea misma de ser humano.<sup>436</sup>

Esta amplitud del concepto de dignidad repercute negativamente dentro del Derecho Penal, al momento de considerar si puede configurar un bien jurídico merecedor de protección. Tal como expone el profesor DAUNIS RODRÍGUEZ:

La idea de erigir la dignidad humana como bien jurídico penal ha generado tradicionalmente múltiples dudas e incertidumbres. A grandes rasgos, las reticencias a aceptar dicho interés como objeto de salvaguarda del Derecho Penal, inciden, fundamentalmente, en su abstracción y vaguedad y, en consecuencia, en los problemas que pueden presentarse a la hora de delimitar, concretar y, en última instancia, dotar de contenido material a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico con tales características. En ese sentido, se generaliza la idea de que la dignidad humana constituye, antes que un bien jurídico penal, un presupuesto propio del ser humano, cualidad o esencia del que emanan otros derechos o intereses más concretos y específicos, como la vida, la integridad física, la salud personal, la libertad o el honor. Por tanto, cuando se lesionan tales intereses siempre se estaría afectando, al menos indirectamente, a la dignidad humana, al configurarse la misma como una especie de conglomerado integrados por los derechos que conforman la esencia del ser humano.<sup>437</sup>

Es por ello que un sector de la doctrina en España prefiere acudir al concepto de integridad moral para salvar dicha situación.<sup>438</sup>

Por otro lado, el profesor CLAUS ROXIN afirma, como parte de las directrices que propuso para la concreción de bienes jurídicos, que "(...) *la vulneración de la dignidad humana propia no es una lesión de un bien jurídico*".<sup>439</sup>

De la misma opinión es PAZ MERCEDES DE LA CUESTA AGUADO, al manifestar lo siguiente:

(...) Pero si la Dignidad Humana, como símbolo o enunciación sintética del estatuto básico de la especie humana será el que nos pueda servir de guía, en tanto que principio no puede ser objeto directo de protección en el ámbito penal, sino que serán los derechos y bienes jurídicos constitutivos del estatuto reconocido a los iguales, lo que en su caso deberán ser objeto directo de protección.<sup>440</sup>

<sup>436</sup> CHUECA, RICARDO. La marginalidad jurídica de la dignidad humana. Pág. 27. En: CHUECA, Ricardo (Director) Dignidad humana y derecho fundamental. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2015.

<sup>437</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. El delito de trata de seres humanos. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. pp. 73-74.

<sup>438</sup> MOYA GUILLEM, Clara. El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos a la luz de la L.O. 1/2015. Ponencia presentada al IV CONGRESO INTERNACIONAL DE JÓVENES INVESTIGADORES EN CIENCIAS PENALES, Universidad de Salamanca, Junio 2015. Inédito. p. 5-6.

<sup>439</sup> ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. Pág. 11. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC), 2013. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf> (consultado el 20 de mayo de 2015).

<sup>440</sup> DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. Persona, Dignidad y Derecho Penal. p. 227. En: ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto y BERGUDO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam". Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha: Universidad de Salamanca. Vol. 1. 2001. Disponible en: <http://aidpespana.uclm.es/pdf/barbero1/13.pdf> (consultado el 7 de enero de 2016).

En ese sentido, la autora señala que la dignidad “(...) *ni reúne los requisitos que la Dogmática exige a los bienes jurídicos para ser penalmente protegidos, ni serviría para legitimar una concreta intervención penal por su excesiva amplitud y vaguedad*”.<sup>441</sup> De allí que la dignidad no puede ser protegida directamente por el Derecho Penal, sino a través de concreciones de la misma, como puede ser la vida, integridad, libertad, honor, etc.

En el caso del profesor DIEZ RIPOLLÉS, la dignidad personal constituye un concepto “(...) *poco adecuado para caracterizar un bien jurídico*”,<sup>442</sup> aunque no especifica el porqué de dicha afirmación.

Por su parte, el profesor GRACIA MARTÍN señala que “*la dignidad humana no es ningún bien jurídico (...)*”, “*la dignidad humana es un atributo totalizador, una síntesis de la totalidad de dimensiones físicas y espirituales específicas de la persona humana (...)*”, “*todo bien jurídico de carácter personalísimo: vida, integridad física, salud personal, libertad, honor, etc., es reconducible finalmente a la dignidad de la persona (...)*” pero la dignidad de la persona no puede ser un bien jurídico “*del que pueda deducirse el contenido de injusto específico de un determinado comportamiento punible (...)*”<sup>443</sup>

Esta posición también es compartida por la profesora CHANG KCOMT quien, si bien reconoce que la dignidad humana es el fundamento de todo derecho y libertad humana, en tanto presupuesto para que el individuo se realice plenamente en los ámbitos en los que se desarrolla la personalidad,<sup>444</sup> en el ámbito del Derecho Penal solo podría ser afectada de manera indirecta, a partir de la vulneración de un bien jurídico. De allí que señale que:

Así, la dignidad no se protege en tanto bien jurídico autónomo, sino en tanto constituye el fundamento de todos los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal, lo que a su vez implica que no podrá hablarse de afectación a un bien jurídico penal si éste no supone necesariamente una afectación a la dignidad de la persona. De esta manera, en los casos en los que el titular del bien jurídico penal considere que no existe tal afectación —exista consentimiento válido—, ni siquiera podrá afirmarse la existencia de un delito, dado que no existirá desvalor de acción ni desvalor de resultado que atente contra la autorrealización de dicha persona.<sup>445</sup>

Ya de manera más específica, CARO CORIA considera que la dignidad no puede ser el bien jurídico protegido por el delito de trata de personas, por cuanto: a) la dignidad es uno de los pilares de todo Derecho Penal de un Estado de Derecho, por lo que su invocación no es sino la de un fundamento de todo el sistema penal; b) los que alegan la protección

<sup>441</sup> DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. Delitos de tráfico ilegal de personas, objetos o mercancías. p. 57 (cita a pie de página 3). En: Revista de Derecho Penal y Criminología, 3era Época, n° 9 (2013). UNED.

<sup>442</sup> DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. El objeto de protección del nuevo Derecho Penal Sexual. Pág. 88. En: Revista de Derecho Penal y Criminología. 2da época. Número 6 (2000). UNED. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2000-6-2010/Documento.pdf> (consultado el 30 de mayo del 2016).

<sup>443</sup> GRACIA MARTÍN, Luis. El delito y la falta de malos tratos en el Código Penal español de 1995, Actualidad Penal, 1996, págs. 581 y ss. CITADO EN: ALONSO ÁLAMO, Mercedes ¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual. p. 4. Revista Penal N° 19 (2007). Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/301/292> (consultado el 12 de enero de 2016).

<sup>444</sup> CHANG KCOMT, Romy. Naturaleza jurídica del consentimiento de bienes jurídico-penales: un análisis a la luz de la Constitución. p. 208. En: THEMIS-Revista de Derecho N° 67, 2015.

<sup>445</sup> CHANG KCOMT, Romy. Naturaleza jurídica del consentimiento de bienes jurídico-penales: un análisis a la luz de la Constitución. p. 216. En: THEMIS-Revista de Derecho N° 67, 2015.

de la dignidad se refieren más bien al momento central de la antijuridicidad, esto es, en el resultado ulterior y extratípico que el agente no debe realizar, sino apenas proyectar.<sup>446</sup>

En resumen, un sector de la doctrina considera que la dignidad del ser humano no puede configurar un bien jurídico protegido en Derecho Penal (y, por ende, del delito de trata de personas), por cuanto afirman que la dignidad, al ser un concepto amplio y genérico, sirve de base para todos los demás derechos fundamentales más no constituye, por sí mismo, un bien pasible de protección. Ergo, la vulneración de un bien jurídico protegido podrá repercutir en la dignidad (como, por ejemplo, ocurre en el caso de los delitos contra el honor), más no podrá afirmarse la vulneración de la dignidad en sí misma.

### **3.4.2. Argumentos a favor de la dignidad como bien jurídico penalmente protegido**

No obstante lo señalado, las posiciones que consideran que la dignidad sí puede detentar la calidad de bien jurídico penalmente protegido también cuentan con argumentos sólidos. Estas tesis parten de la idea de reconocer que la dignidad puede tener un contenido independiente y específico, diferente al previsto en los derechos fundamentales que sirve de base, y que surge en razón a los avances tecnológicos, científicos y sociales que se presentan en la historia de la humanidad.

En ese sentido, el profesor OEHLING DE LOS REYES, a propósito del derecho constitucional alemán, considera que la dignidad del ser humano configura un derecho fundamental autónomo de aquellos a los que sirve de sustento, por cuanto la lesión a la dignidad se puede presentar de manera independiente a la de los derechos fundamentales que da sustento, a partir de la aparición de nuevas situaciones y escenarios, producto de avances tecnológicos y contextos modernos:

Ahora bien, en nuestra opinión, aunque pueda parecer rara una infracción de la dignidad que no suponga a su vez una vulneración de los derechos fundamentales, las posibilidades de lesión de la dignidad siempre pueden aparecer de forma aún no planteada (como situación inédita). La previsión contenida en el texto constitucional alemán de la dignidad como derecho fundamental incluye así un rasgo adicional de prevención. Porque las lesiones a la dignidad, por su propia naturaleza, tienen una capacidad para aparecer cada vez más de forma nueva, debido, entre otros factores posibles, a los avances de la tecnología, la crisis de valores y a la deshumanización progresiva de los operadores económicos.<sup>447</sup>

Igualmente, Ernesto BENDA afirma que:

(...) Las nuevas amenazas a la dignidad humana, como resultan en varia forma del cambio tecnológico (al igual que sucede con las posibilidades ya planteadas por el procesamiento automatizado de datos), necesitan una respuesta tan adecuada como pueda ser la que se dé a los peligros hace tiempo conocidos. La Constitución está abierta al tiempo, y en consecuencia hace posible a los poderes públicos reaccionar en la medida en que objetivamente proceda a los nuevos problemas planteados. La Constitución está también allí donde obliga a la actividad estatal a seguir objetivos

<sup>446</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la relación entre los delitos contra la libertad sexual y de trata de personas. p. 93-94. En: Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 29. Gaceta Jurídica. Noviembre, 2011.

<sup>447</sup> OEHLING DE LOS REYES, Alberto. El concepto constitucional de dignidad de la persona: forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental. p. 151. En: Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 91 (enero-abril 2011). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

definidos como fundamentales. Del art. 1.1 GG se deduce la indisponibilidad de la dignidad humana. Qué signifique el mandato de respetar la dignidad, resultará de la evolución histórica y del nivel de conciencia. Ni las ideas de los padres de la Constitución ni las interpretaciones actuales pueden pretender una validez intemporal.<sup>448</sup>

Ya en el ámbito del derecho penal, ALONSO ÁLAMO, considera que la protección penal de la dignidad es posible, para lo cual se debe determinar específicamente qué acciones pueden afectarla, en el contexto moderno actual:

(...) A veces se ha entendido que la vigencia del principio de legalidad en materia penal dificulta la protección penal de la dignidad. Sin embargo, que la dignidad sea un concepto en alta medida indeterminado que requiera de singulares esfuerzos en orden a precisar su contenido no es un obstáculo para que los tipos penales puedan describir de forma clara y precisa las acciones que atentan contra la misma, acciones a las que, por otra parte, el legislador tiene que ir enfrentándose a medida que los avances científicos, singularmente en el ámbito de la investigación biomédica, plantean nuevos problemas jurídicos. La protección penal de la dignidad presenta, pues, un carácter dinámico. Junto a formas de comisión generalmente aceptadas (aunque, como vamos a ver, no siempre se acepta que lo que “se protege” sea la dignidad) pueden ir apareciendo otras conductas de las que el legislador haya de hacerse eco.<sup>449</sup>

En esa línea, RUIZ LAPEÑA afirma que la dignidad se concreta jurídicamente, entre otros aspectos, “(...) como prohibición de la degradación del ser humano a objeto, instrumento o entidad fungible que ha justificado la configuración de delitos específicos (...)”<sup>450</sup>

A su turno, la profesora GARCÍA ARÁN afirma que, si bien es cierto que el concepto de dignidad es amplio -por lo que puede dar la impresión de inconcreción-, se olvida que la libertad, al igual que la dignidad, configura la base sobre la cual se desarrollan los derechos fundamentales. En ese sentido, la libertad, a pesar de que también presenta problemas de concreción, recibe protección penal tanto de manera genérica (frente a las coacciones) como en multitud de aspectos concretos. En consecuencia, “(...) si de la dignidad se dice que todos los delitos la afectan de una u otra forma -por lo que carece de valor interpretativo- debería decirse lo mismo de la libertad, sin que ello haya impedido su admisión como bien jurídico protegido penalmente”.<sup>451</sup>

Además, de acuerdo a la autora, el actual momento histórico y las nuevas formas de criminalidad exigen no descartar las posibilidades de la dignidad humana y alguna de sus concreciones como el derecho a la integridad moral<sup>452</sup>, como posible objeto de protección

---

<sup>448</sup>BENDA, Ernesto. Dignidad humana y derechos de la personalidad. Pág. 136. En: Manual de Derecho Constitucional, Madrid, Marcial Pons, 1996.

<sup>449</sup> ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Derecho Penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad. p.36. En: Revista General de Derecho Constitucional 12 (2011). Ed. Iustel.

<sup>450</sup> RUIZ LAPEÑA, Rosa. La dignidad y sus manifestaciones en el ordenamiento constitucional español. Pág. 335. En: CHUECA, Ricardo (coordinador). Dignidad humana y derecho fundamental. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2015.

<sup>451</sup> GARCÍA ARÁN, Mercedes. Esclavitud y tráfico de seres humanos. p. 123. En: Revista Peruana de Ciencias Penales. Número 14 (2004).

<sup>452</sup> Cabe precisar que en España, con la entrada en vigencia del Código Penal de 1995, se introdujo el Título VII del Libro Segundo, referido a las torturas y otros delitos contra la integridad moral. En ese sentido, en dicho país la doctrina acepta a la integridad moral como bien jurídico protegido por el Derecho Penal, que no es otra cosa que la dignidad del ser humano, concretizada aún más. Al respecto, ALONSO ÁLAMO señala lo siguiente:

(...) El concepto de dignidad (cualquier que sea el concepto de que se parta) es más amplio que el de integridad moral, se concreta en otros derechos (vida, libertad, honor...) y cumple otras funciones, pero su quintaesencia vendría dada por la

penal, especialmente en aquellos casos que implican el tratamiento de los seres humanos como objetos, es decir, con despojamiento de su condición de seres humanos.<sup>453</sup>

Nuevamente ALONSO ÁLAMO afirma que -con independencia de su consideración como principio material de justicia o como valor supremo que fundamenta e informa todos los derechos de la persona- la dignidad es algo distinto a la suma de los derechos esenciales que de ella emanan y en los que se concreta, y que, en cuanto tal, es susceptible de ser protegida de forma directa e inmediata por el Derecho Penal. Este ámbito propio de la dignidad -de acuerdo a la autora- constituye la esencia misma de la persona y podría ser directamente atacado por acciones que comporten la cosificación, instrumentalización, envilecimiento o humillación de la persona.<sup>454</sup>

Para esta autora, finalmente, lo rescatable es que, ya sea esgrimiendo que es la dignidad o la integridad moral -en tanto concreción jurídica de aquella- un bien jurídico protegido por el derecho penal, el resultado es el mismo: el reconocimiento del interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como una cosa, a no ser humillada, envilecida, cosificada, etc. Por tanto, la dignidad es un claro bien merecedor de protección por parte del Derecho penal, que no debe confundirse con una protección a la moralidad.<sup>455</sup>

No obstante, existen posiciones que distinguen entre la dignidad, en tanto principio fundamental de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, que da sustento a todos los derechos fundamentales, de la integridad moral en tanto bien jurídico diferenciado de la integridad física, la libertad, el honor, etc. Así, REBOLLO VARGAS, si bien considera que en los delitos contra la integridad moral se tutela situaciones en las que al sujeto se le niega su condición de persona y se la degrada a la calidad de objeto, sostiene que, "(...) es cierto que la integridad moral está relacionada con la dignidad de la persona, pero es preciso diferenciarlos, en tanto que el reconocimiento de la dignidad de la persona está en la base de todos los derechos fundamentales".<sup>456</sup> Adicionalmente, señala que el derecho a la dignidad humana no puede configurar el bien jurídico protegido

---

*integridad moral. La integridad moral sería la última positivación de la dignidad, su última concreción en un valor jurídico (con independencia de que la dignidad tenga también una dimensión moral).*

*Los delitos contra la integridad moral contemplan acciones en que la víctima es negada como persona, humillada, degradada, envilecida, tratada como una cosa (¿un animal?). Los delitos contra la integridad moral son, por ello, delitos contra el núcleo esencial de la persona, de la dignidad en tanto lo específicamente humano. De acuerdo con esto, la integridad moral debe entenderse objetivamente, como valor jurídico en sí, no dependiente de los sentimientos ni de la voluntad de la persona, ni tampoco enraizado en una determinada concepción moral o religiosa.*

En: ALONSO ÁLAMO, Mercedes ¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual. p. 6. Revista Penal N° 19 (2007). Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/301/292> (consultado el 12 de enero de 2016).

<sup>453</sup> GARCÍA ARÁN, Mercedes. Esclavitud y tráfico de seres humanos. p. 123. En: Revista Peruana de Ciencias Penales. Número 14 (2004).

<sup>454</sup> ALONSO ÁLAMO, Mercedes ¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual. p. 5. Revista Penal N° 19 (2007). Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/301/292> (consultado el 12 de enero de 2016).

<sup>455</sup> ALONSO ÁLAMO, Mercedes ¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual. p. 7. Revista Penal N° 19 (2007). Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/301/292> (consultado el 12 de enero de 2016).

<sup>456</sup> REBOLLO VARGAS, Rafael. Los delitos contra la integridad moral y la tipificación del acoso psicológico u hostilidad en el proyecto de reforma del Código Penal. Pág. 210. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol. LX, 2007. Ministerio de Justicia. Madrid.

en los delitos contra la integridad moral;<sup>457</sup> sino que, más bien, la dignidad humana será tutelada de manera indirecta por la integridad moral.<sup>458</sup>

Más allá de estas diferencias, como se advierte existe una corriente teórica que considera más bien que la dignidad sí puede configurar un bien jurídico protegido, en la medida que tiene un contenido propio, distinto al de los derechos fundamentales que sirve de fundamento –surgido a merced de los nuevos escenarios que presentan los avances sociales y tecnológicos de la modernidad-, y que además puede ser vulnerado independientemente.

Recapitulando, se tienen entonces dos posiciones, a saber:

- I. La dignidad es un concepto amplio y genérico que solo se puede vulnerar indirectamente, esto es, a través de la afectación de otro bien jurídico (lo que en realidad evidencia una utilización retórica de la dignidad, por lo que puede ser suprimida sin problemas).
- II. La dignidad puede ser afectada directamente, como bien jurídico penal propio. En ese sentido, seguimos lo señalado por ALONSO ÁLAMO, quien afirma que “(...) de aceptarse que la dignidad tiene un “espacio” propio que no se agota en el contenido de los derechos que le son inherentes, nada impediría aceptar que la dignidad pudiera ser protegida penalmente de forma directa frente a los ataques de otros sin necesidad de acudir a otro bien jurídico que presente un contenido de dignidad”.<sup>459</sup>

### **3.4.3. Toma de posición: la dignidad sí puede configurar un bien jurídico penalmente protegido**

En nuestra opinión, la dignidad del ser humano sí puede ser entendida como bien jurídico protegido por el Derecho Penal, toda vez que puede tener un contenido propio: la prohibición de cosificar a la persona de manera humillante y vil, que es lo que protege el delito de trata de personas, de acuerdo a lo que pretendemos sustentar en la presente tesis.

Como hemos visto a lo largo de la investigación, es cierto que existe un cierto consenso en afirmar que la dignidad es un valor intrínseco al ser humano, por el mero hecho de serlo, que lo hace acreedor de consideración y respeto (afirmación ontológica). Sin embargo, a su vez, coexisten muchas concepciones sobre en qué consiste exactamente ese valor y sobre qué tratos o prácticas lo vulneran (afirmación relacional).

Es interesante este punto de partida, por cuanto ello determinará que el concepto de dignidad sea utilizado, muchas veces, como un refuerzo argumentativo, retórico y, por

---

<sup>457</sup> REBOLLO VARGAS, Rafael. Los delitos contra la integridad moral y la tipificación del acoso psicológico u hostilidad en el proyecto de reforma del Código Penal. Pág. 211. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol. LX, 2007. Ministerio de Justicia. Madrid.

<sup>458</sup> REBOLLO VARGAS, Rafael. Los delitos contra la integridad moral y la tipificación del acoso psicológico u hostilidad en el proyecto de reforma del Código Penal. Pág. 214. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol. LX, 2007. Ministerio de Justicia. Madrid.

<sup>459</sup> ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Derecho penal y dignidad humana. de la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad. Pág. 15. En: Revista General de Derecho Constitucional 12 (2011). Ed. Iustel.



ende, innecesario para dar solución a un problema concreto.<sup>460</sup> En ese sentido, para sostener que la dignidad es el bien jurídico protegido por el delito de trata de personas, es necesario demostrar que en este caso particular dicho concepto no es utilizado como un recurso retórico, sino que demuestra tener un contenido particular y propio, que permite justificar y explicar el tipo penal.

Al respecto, la profesora TOMÁS-VALIENTE LANUZA,<sup>461</sup> afirma que es posible analizar el concepto de dignidad a partir de las consecuencias normativas que se derivan de su cumplimiento, que serían las siguientes:

- a) La obligación de reconocimiento de un mínimum invulnerable que se impone a todos los poderes públicos a la hora de configurar el estatuto jurídico de las personas;
- b) la obligación de garantizar cierta suficiencia económica en determinados ámbitos;
- c) la exigencia de respeto a las decisiones libremente adoptadas, es decir, la dignidad como autodeterminación;
- d) la prohibición de instrumentalización de la persona y la proscripción de la degradación y humillación del otro, y;
- e) la obligación de paliar el intenso sufrimiento físico del otro.

De todas estas exigencias derivadas de la dignidad, nos interesa ahondar en la referida a *“la prohibición de instrumentalización de la persona y la proscripción de la degradación y humillación del otro”*. Al respecto, como se desarrolló anteriormente al momento de definir el concepto jurídico de dignidad, la segunda fórmula del imperativo categórico (“obra de tal modo que trates a la humanidad, tanto en tu persona como en la de los demás, siempre como un fin, nunca simplemente como un medio”) fue adoptada por numerosos juristas y tribunales constitucionales en el derecho con el nombre de fórmula del objeto, *“Objekt-Formel”* o *“Fórmula de no instrumentalización”* del ser humano: el hombre, como fin en sí mismo, tiene una dignidad que no puede ser vulnerada por nadie.<sup>462</sup> De acuerdo a la profesora TOMÁS-VALIENTE LANUZA, esta noción negativa de dignidad implica la no patrimonialización de la persona, del cuerpo humano o de formas de vida humana; es decir, la negación de aquella idea de considerar al ser humano como una mera “cosa”, objeto de propiedad ajena y de intercambio económico, siendo una de sus manifestaciones *“la prohibición absoluta de la esclavitud”*,<sup>463</sup> así como la prohibición de utilizar a otro ser humano como mero instrumento de placer o diversión.<sup>464</sup>

Por tanto, una dimensión del concepto de dignidad agrupa todos aquellos casos referidos a la cosificación del ser humano, para fines de comercio, lo que sin duda es la esencia del delito de trata de personas. Así, *“(…) resulta indudable que utilizar a otro contra su*

---

<sup>460</sup> TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica: ¿un concepto útil? Pág. 173. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Núm. 102 (septiembre-diciembre 2014). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

<sup>461</sup> TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica: ¿un concepto útil? Pág. 177. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Núm. 102 (septiembre-diciembre 2014). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

<sup>462</sup> GARCÍA CUADRADO, Antonio M. Problemas constitucionales de la dignidad de la persona. Pág. 469-470. En: Revista Persona y Derecho. Vol. 67/2012/2.

<sup>463</sup> TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica: ¿un concepto útil? Pág. 188. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Núm. 102 (septiembre-diciembre 2014). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

<sup>464</sup> TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica: ¿un concepto útil? Pág. 191. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Núm. 102 (septiembre-diciembre 2014). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

*voluntad como mero instrumento de placer o diversión –humillándole o degradándole supone una de las vulneraciones más claras de la dignidad, directamente conectada, por cierto, con la integridad moral y la prohibición de tratos inhumanos y degradantes del artículo 15 CE”.*<sup>465</sup>

En esa misma línea, el profesor MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ, a propósito de un trabajo de Ernesto Garzón Valdés, señala que el principio de la dignidad humana determina ciertas reglas de aplicación (esto es, especificaciones normativas del mismo), entre las que destaca la siguiente: *“Lesiona la dignidad (de otro ser humano vivo) de manera voluntaria (incumple una obligación moral) quien: a) lo humilla; b) lo trata como medio; c) lo degrada a la categoría de objeto o de animal”.*<sup>466</sup>

De otro lado, el Tribunal Constitucional alemán ha señalado que la posibilidad de lesión de la dignidad del hombre por un acto solo puede determinarse teniendo en cuenta el caso concreto individual, tomando en cuenta una variante de la “fórmula-objeto”: i) el hombre no puede ser reducido a mero objeto de la actuación del Estado y ii) dicho trato como medio debe suponer expresamente un menosprecio al hombre.<sup>467</sup>

Pero además, esta conducta de denigrar al ser humano a la calidad de objeto que vulnera la dignidad se presenta como un **contenido específico de la dignidad, y distinto** del contenido de los derechos fundamentales que se derivan de ésta. Como expresa ALONSO ÁLAMO:

“La fórmula del objeto o de la instrumentalización según la cual (...) la dignidad es menoscabada cuando la persona es tratada como una cosa, como un simple objeto (con independencia de que con la acción indignante se persiga o no un fin adicional, algún fin, pues la mera reducción de la persona a objeto sería, por sí, atentatoria contra la dignidad) conduce a una aproximación negativa a la dignidad a partir de las conductas degradantes que atentan contra la esencia misma de la persona, reducida a la condición de mero objeto, de cosa (...) A partir de aquella aproximación negativa, la dignidad emerge como “algo” distinto a la suma de los derechos que le son inherentes y de contenido independiente a cada uno de los mismos (...)”.<sup>468</sup>

En consecuencia, se aprecia que existe una dimensión de la dignidad que proscribire toda instrumentalización vejatoria y humillante contra el ser humano, que lo cosifique como objeto de comercio. Asimismo, esta dimensión, tal como lo entiende la profesora TOMÁS-VALIENTE LANUZA, sí puede ser tutelada por el Derecho Penal:

**(...) Con toda la relatividad que lo anterior impone, la aplicación del principio [de dignidad] permite, a mi juicio, una mayor claridad cuando entra en juego su vertiente de proscripción de una instrumentalización de otro no consentida por él y**

<sup>465</sup> TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica: ¿un concepto útil? Pág. 191. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Núm. 102 (septiembre-diciembre 2014). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

<sup>466</sup> ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. A propósito de la dignidad humana. p. 462. En: Ius La Revista. Tu referente jurídico. Vol. 18, N° 36 (2008).

<sup>467</sup> MUNCH, Ingo V. La dignidad del hombre en el derecho constitucional alemán. Pág. 115-116. En: Foro, Nueva Época. Núm. 9/2009. Universidad Complutense de Madrid. Critica dicha posición por desconocer el origen religioso de la dignidad y formular un concepto vacío, GARCÍA CUADRADO, Antonio M. Problemas constitucionales de la dignidad de la persona. Pág. 505-512. En: Revista Persona y Derecho. Vol. 67/2012/2.

<sup>468</sup> ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Derecho Penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad. p. 18. En: Revista General de Derecho Constitucional 12 (2011). Ed. Iustel.

que pueda entenderse vejatoria, humillante o degradante (en donde se conecta directamente con el concepto de integridad moral y se convierte para el ordenamiento español, al menos según la jurisprudencia, en un bien penalmente protegido); problemas mucho mayores enfrenta en cambio el postulado de la prohibición de instrumentalización en contextos en que no concorra la idea de imposición de una humillación o vejación, sea porque el propio sujeto afectado consienta libremente esa práctica o comportamiento ajeno, sea porque con dicha instrumentalización se persigan intereses positivamente valorables que sí pudiera tener sentido ponderar con los intereses sacrificados<sup>469</sup>(resaltado nuestro).

En el mismo sentido se pronuncia ALONSO ÁLAMO, al indicar que el reconocimiento del interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como una cosa, a no ser humillada, degradada, envilecida, cosificada “(...) es un interés jurídico merecedor de protección por el Derecho penal y que, en ningún caso, debe confundirse con un intento de protección de la moralidad ni con una infiltración encubierta de la moral”.<sup>470</sup>

A nuestro juicio, la dignidad humana, entendida como la prohibición de cosificar al ser humano de manera humillante y vejatoria, podrá ser utilizada como bien jurídico penal para el delito de trata de personas. Esta instrumentalización de la persona, propia de la trata, pone el acento en la comercialización, en la negociación que tiene por objeto al ser humano, en el proceso de despersonalización y cosificación que se produce cuando se convierte a la persona en un mero instrumento, ejerciéndose sobre él los atributos del derecho de propiedad.<sup>471</sup>

Finalmente, cabe precisar que la dignidad se reconoce a toda persona por el mero hecho de serlo, con independencia de sus sentimientos, condición personal, estatus, consideración social, etc. Con independencia también de la conciencia de la propia dignidad. Por ende, un comportamiento objetivamente atentatorio contra la dignidad no dejará de serlo porque la víctima no experimente el sentimiento de estar siendo víctima de un ataque a su dignidad. Desde esta perspectiva, la dignidad de la persona no admite grados, es independiente de las capacidades intelectuales, morales o emocionales. Y esto es compatible con que los ataques a la dignidad sean graduables.<sup>472</sup>

#### **3.4.4. Razones para sustentar a la dignidad como bien jurídico protegido por el delito de trata de personas en el derecho penal peruano**

A continuación se señalarán las razones para afirmar que la dignidad es el bien jurídico protegido por el delito de trata de personas dentro del ordenamiento jurídico peruano.

##### **a. Razones jurídico-internacionales: la dignidad reconocida como “interés protegido” por el delito de trata de personas a nivel internacional**

<sup>469</sup> TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica: ¿un concepto útil? Pág. 203. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Núm. 102 (septiembre-diciembre 2014). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

<sup>470</sup> ALONSO ÁLAMO, Mercedes. ¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual. p. 7. Revista Penal N° 19 (2007). Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/301/292> (consultado el 12 de enero de 2016).

<sup>471</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. El delito de trata de seres humanos. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Pág. 78.

<sup>472</sup> ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Derecho Penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad. p.26. En: Revista General de Derecho Constitucional 12 (2011). Ed. Iustel.

Una primera razón para considerar a la dignidad como bien jurídico protegido por el delito de trata de personas en el Perú es que dicho delito constituye un crimen de trascendencia internacional, definido como aquel delito que se encuentra previsto en tratados internacionales e impone a los estados obligaciones de penalización;<sup>473</sup> siendo el más emblemático –y moderno- 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 (que el Perú ha suscrito y se encuentra obligado a cumplir).

Como se sabe, el artículo 5.1 de dicho instrumento señala que cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas en su artículo 3, cuando se cometan intencionalmente; y que se refieren al concepto moderno de lo que se entiende por trata de personas<sup>474</sup> que, como lo vimos, ha sido recogido en su integridad en el artículo 153° del Código Penal peruano.

Si bien el Protocolo de Palermo no establece expresamente que la dignidad sea el bien jurídico protegido por el delito de trata de personas, la doctrina considera que, en la medida que dicho delito es un fenómeno de alcance internacional, regulado además en un tratado y recogido en la legislación de diversos países, solamente la dignidad podría configurar el bien jurídico protegido, en tanto elemento común que forma parte del patrimonio de la humanidad, traspasando sociedades y culturas. Tal como lo expresa Villacampa Estiarte:

(...) Si la trata de personas debe ser considerada delito a nivel global, y esa parece ser la intención que guía a las instancias internacionales al normar en la materia, el interés a proteger mediante el delito que la incrimine debe ser un valor que goce también de reconocimiento al mismo nivel. La dignidad humana no solo es plenamente capaz de cumplir con ese objetivo, sino que además es el interés personal más adecuado para erigirse en bien jurídico en este concreto caso. Y es que no debe olvidarse que, aunque la dignidad sea difícil de aprehender, se halla reconocida como base de los derechos humanos en multiplicidad de tratados internacionales –Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-, e incluso relacionada entre los elencos de Derechos fundamentales en algunas Constituciones europeas.<sup>475</sup>

<sup>473</sup> MATUS A. Jean Pierre. La política criminal de los tratados internacionales. Ius et Praxis, vol. 13, núm. 1, 2007. Talca. Pág. 3. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=197131110> (consultado el 27 de junio del 2016).

<sup>474</sup> Estas conductas, como se recordará, son las siguientes:

- a) Por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;
- b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;
- c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;
- d) Por "niño" se entenderá toda persona menor de 18 años.

<sup>475</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación. Pág. 837-838. En: AFDUDC, 14, 2010. Disponible

Adicionalmente, hay otros instrumentos internacionales sobre trata de personas, distintos al Protocolo de Palermo, que sí identifican expresamente a la dignidad como un interés protegido por este delito:

- El **“Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena”** (adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución No 317 (IV), del 2 de diciembre de 1949)<sup>476</sup> establece en su preámbulo que *“(…) la prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad (…)”*
- El **“Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos”** (Varsovia, 2005)<sup>477</sup> señala expresamente en su preámbulo que *“(…) la trata de seres humanos constituye una violación de los derechos de la persona y un atentado contra la dignidad y la integridad del ser humano”*.
- La **Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea del 19 de julio del 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (2002/629/JAI)**<sup>478</sup> indica que *“(…) la trata de seres humanos constituye una grave violación de los derechos fundamentales de la persona y la dignidad humana e implica prácticas crueles, como el abuso y el engaño de personas vulnerables, así como el uso de violencia, amenazas, servidumbre por deudas y coacción”*.
- La **Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 5 de abril del 2011**,<sup>479</sup> contempla a la dignidad de dos formas:
  - ✓ En la parte considerativa, la Directiva señala que el concepto de trata de personas que adopta es más amplio que el previsto en el Protocolo de Palermo. En ese sentido, al referirse a la trata con fines extracción de órganos, afirma que dicha modalidad *“(…) constituye una grave violación de la dignidad humana y de la integridad física”*.
  - ✓ También en la parte considerativa, la Directiva afirma que *“(…) respeta los derechos fundamentales y observa los principios consagrados, en particular, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, principalmente la dignidad humana (…)”*.

Igualmente, a nivel internacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia recaída en el caso “Rantsev vs. Chipre y Rusia”, del 7 de enero del 2010, afirmó

[http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/8302/AD\\_14\\_2010\\_art\\_41.pdf;jsessionid=AB883B69F680AEFFC39C745DC6514AD8?sequence=1](http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/8302/AD_14_2010_art_41.pdf;jsessionid=AB883B69F680AEFFC39C745DC6514AD8?sequence=1) (consultado el 27 de junio del 2016).

<sup>476</sup> Documento disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/01136> (consultado el 22 de febrero de 2016).

<sup>477</sup> Documento disponible en: <http://www.accem.es/ficheros/documentos/pdf trata/Convenio Consejo de Europa.pdf> (consultado el 22 de febrero de 2016).

<sup>478</sup> Documento disponible en: <https://www.boe.es/doue/2002/203/L00001-00004.pdf> (consultado el 22 de noviembre del 2016).

<sup>479</sup> Documento disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:101:0001:0011:Es:PDF> (consultado el 22 de noviembre del 2016).

expresamente que la trata de personas afecta a la dignidad humana, al señalar que “(...) *There can be no doubt that trafficking threatens the human dignity and fundamental freedoms of its victims and cannot be considered compatible with a democratic society and the values expounded in the Convention*”.<sup>480</sup>

Por tanto, como lo ha señalado el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la trata de seres humanos vulnera la dignidad humana y las libertades fundamentales de sus víctimas, a la luz del artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.<sup>481</sup>

Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil”, señaló que una situación de esclavitud (que puede derivar de una situación de trata) “(...) *representa una restricción sustancial de la personalidad jurídica del ser humano y podría representar, además, violaciones a los derechos a la integridad personal, a la libertad personal y a la dignidad, entre otros, dependiendo de las circunstancias específicas de cada caso*”.<sup>482</sup>

En conclusión, al ser considerada la trata de personas un grave delito de escala transnacional, exige que el interés a proteger mediante el mismo sea un valor que goce del mismo nivel de reconocimiento,<sup>483</sup> que no puede ser otro que la dignidad del ser humano.

#### **b. Razones filosófico-jurídicas: la dignidad como mandato de “no cosificación” de la persona reconocida en el ordenamiento jurídico peruano**

La dignidad, como se señaló, se encuentra reconocida en el artículo 1 de la Constitución Política del Perú, que señala que “*la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*”. Cabe precisar que este artículo tiene su antecedente en el artículo 1 de la Constitución de 1979, que indicaba que “*la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla*”. No obstante, es recién con la Constitución de 1993 que se incluye expresamente a la dignidad como concepto jurídico, que además constituye el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Por su parte, el Tribunal Constitucional del Perú ha señalado que la dignidad humana configura tanto un principio como un derecho fundamental (STC Exp. N° 2273-2005-HC/TC, fundamento 10):

- a) En tanto *principio*, actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos

<sup>480</sup> EUROPEAN CORT OF HUMAN RIGHTS. Case of Rantsev v. Cyprus an Russia (Application no. 25965/04). Párrafo 282 (Pág. 69). Disponible en: [https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/rantsev\\_vs\\_russia\\_cyprus\\_en\\_4.pdf](https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/rantsev_vs_russia_cyprus_en_4.pdf) (consultado el 22 de noviembre del 2016).

<sup>481</sup> ELVIRA, Ascensión. La dignidad humana en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pág. 212. En: CHUECA, Ricardo (Director) Dignidad humana y derecho fundamental. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2015.

<sup>482</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Sentencia del 20 de octubre de 2016 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Párrafo 273.

<sup>483</sup> IGLESIAS SKULJ, Agustina. La trata de mujeres con fines de explotación sexual: una aproximación político-criminal y de género. 1era Edición. Editorial Didot. Buenos Aires, 2013. p. 289.

en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva; y c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; e incluso extendible a los particulares.

- b) En tanto *derecho fundamental* se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad que los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, en la resolución de los conflictos sugeridos en la misma praxis intersubjetiva de las sociedades contemporáneas, donde se dan diversas formas de afectar la esencia de la dignidad humana.

Este reconocimiento es importante, porque da a entender que en nuestro ordenamiento jurídico, al igual de lo que ocurre en Alemania,<sup>484</sup> la dignidad también es concebida como un derecho subjetivo y no solo como principio, llegando inclusive a tener la categoría de derecho fundamental de rango superior, por cuanto su cláusula de reconocimiento es inalterable.<sup>485</sup> Con mayor detalle pasamos a explicar lo señalado:

- La dignidad, a nuestro parecer, constituye un derecho fundamental de rango superior, por cuanto el principio-derecho de dignidad permite, a su vez, sustentar la creación de otros derechos fundamentales (los denominados derechos “no enumerados”), tal como se advierte del tenor del artículo 3 de la Constitución, que señala que: *“La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno (resaltado nuestro)”*.
- La dignidad, además, constituye un principio-derecho cuyo reconocimiento es inalterable, inclusive, a través de un proceso de reforma constitucional. En ese sentido, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Exp. N° 00014-2002-AI/TC (fundamento 76), señaló que ***la dignidad es un límite implícito en un proceso de reforma constitucional***, inclusive si se realiza de acuerdo al procedimiento establecido en la propia Norma Fundamental.<sup>486</sup>

De tal forma que el reconocimiento de la dignidad como derecho fundamental dentro del ordenamiento jurídico es fundamental porque sería la mejor forma de llegar a perfilar un

<sup>484</sup> MUNCH, Ingo V. La dignidad del hombre en el derecho constitucional alemán. Pág. 110. En: Foro, Nueva Época. Núm. 9/2009. Universidad Complutense de Madrid; OEHLING DE LOS REYES, Alberto. El concepto constitucional de dignidad de la persona: forma de comprensión y modelos predominantes de recepción de la Europa Continental. pp. 145-151. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Núm. 91 (enero-abril 2011). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

<sup>485</sup> MUNCH, Ingo V. La dignidad del hombre en el derecho constitucional alemán. Pág. 111. En: Foro, Nueva Época. Núm. 9/2009. Universidad Complutense de Madrid.

<sup>486</sup> (...) *Los límites materiales, entonces, están constituidos por aquellos principios supremos del ordenamiento constitucional que no pueden ser tocados por la obra del poder reformador de la Constitución. Éstos, a su vez, pueden ser de dos clases (...) ii. Límites materiales implícitos, son aquellos principios supremos de la Constitución contenidos en la fórmula política del Estado y que no pueden ser modificados, aun cuando la Constitución no diga nada sobre la posibilidad o no de su reforma, ya que una modificación que los alcance sencillamente implicaría la “destrucción” de la Constitución. Tales son los casos de los principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado (resaltado nuestro).*

contenido objetivo constitucionalmente garantizado, cosa que resulta imposible si se considera a la dignidad de la persona como un valor o un principio.<sup>487</sup>

Es en este punto donde surgen las discrepancias, toda vez que, para tener efectos jurídicos, definitivamente se debe tener clara su definición. Como se señaló, la doctrina nacional considera que la dignidad puede tener hasta 4 definiciones: a) como mandato de no instrumentalización del ser humano (la persona debe ser considerada siempre como fin, nunca como medio ni ser de modo indigno); b) como un atributo o condición inherente a todo ser humano; c) como autonomía personal (capacidad para decidir racional y moralmente); o d) como aspiración política normativa, es decir, como un “deber ser” (a todo ser humano se le debe garantizar una dignidad básica).<sup>488</sup>

Para efectos de nuestra investigación, nos interesa resaltar el primer concepto de dignidad, referido a la no cosificación de la persona que, como se expuso anteriormente, proviene de la denominada “*Fórmula del objeto*” u “*Objekt formel*”, planteada por Günter Dürig en Alemania y que fue recogida por la doctrina y la jurisprudencia en dicho país. En ese sentido, dentro de nuestro ordenamiento jurídico el concepto jurídico de dignidad también puede ser entendido como la prohibición de cosificar a la persona, esto es, de tratarla como objeto (medio) y no como ser humano (fin en sí mismo).

Si se entiende que la dignidad es tanto un principio como un derecho -conforme lo señalado el Tribunal Constitucional-, la dimensión de no instrumentalización del ser humano puede ser definida:

- **Desde el principio de dignidad**, como el mandato de respetar y proteger la dignidad humana, que se definiría como mínimo de consideración o respeto que merece toda persona (en tal sentido, se proscriben tratos degradantes, situaciones indignantes, humillaciones) o como mandato de no instrumentalización (nadie puede ser tratado como mero medio u objeto).<sup>489</sup>
- **Desde el derecho a la dignidad** también se puede desprender la obligación de no instrumentalizar, esto es, ninguna persona puede ser tratada como mero medio para lograr fines ajenos, ni ser rebajado a la condición de objeto.<sup>490</sup>

Por tanto, la prohibición de no instrumentalizar al ser humano constituye un ámbito del principio-derecho de dignidad humana, que se encuentra reconocido en nuestra Constitución.

Más allá de la doctrina, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional también ha reconocido esta dimensión de la dignidad. Así, en la sentencia recaída en el Exp. N°

<sup>487</sup> GARCÍA CUADRADO, Antonio M. Problemas constitucionales de la dignidad de la persona. Pág. 485. En: Revista Persona y Derecho, Vol. 67/2012/2. Universidad de Navarra.

<sup>488</sup> GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter y SOSA SACIO, Juan Manuel. Artículo 1. Dignidad de la persona. Pág. 27. En: AA.VV. La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Tomo I. Segunda edición aumentada, actualizada y revisada. Gaceta Jurídica. Lima, 2013.

<sup>489</sup> GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter y SOSA SACIO, Juan Manuel. Artículo 1. Dignidad de la persona. Pág. 38. En: AA.VV. La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Tomo I. Segunda edición aumentada, actualizada y revisada. Gaceta Jurídica. Lima, 2013.

<sup>490</sup> GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter y SOSA SACIO, Juan Manuel. Artículo 1. Dignidad de la persona. Pág. 40. En: AA.VV. La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Tomo I. Segunda edición aumentada, actualizada y revisada. Gaceta Jurídica. Lima, 2013.



0032-2010-AI/TC (fundamentos 51-53), el máximo intérprete de la Constitución ha reconocido esta dimensión de no cosificación de la persona humana en los siguientes términos:

(...) En primer término, no es posible que en ejercicio de su autonomía el ser humano renuncie o anule dicha autonomía. En otras palabras, no cabe que en ejercicio de su libertad el ser humano desconozca su condición de fin en sí mismo, para obligarse a ser exclusivo objeto o medio para la consecución de fines ajenos. En una frase, **no cabe negar la dignidad del ser humano en ejercicio de la libertad.**

Es de recibo recordar aquí que pocos años antes de la Revolución francesa, en su Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Immanuel Kant, había expresado de modo más completo –sin reducirlos solo a la autonomía moral o libertad– los valores últimos del racionalismo ilustrado que le abría paso a los ideales liberales que son base axiológica del constitucionalismo actual. Dichos valores –que, en conjunto, daban forma al denominado imperativo categórico–, son la igualdad formal, es decir, el imperativo de la universalidad, que ordena al ser humano obrar de modo que quisiera ver convertidas en leyes universales las máximas de su conducta; **la dignidad, es decir, el imperativo de los fines, que ordena nunca tratar a un ser humano solo como simple medio, sino como un fin en sí mismo**; y la libertad, es decir, el imperativo de la autonomía, que ordena no afectar la voluntad de un ser humano ejercida de modo tal que no violente la voluntad ajena. Todos estos valores, a juicio de Kant, son expresivos de una misma ley moral; es decir, se trata de “tres... maneras de representar el principio de la moralidad”, siendo “en el fondo, otras tantas fórmulas de una y la misma ley, cada una de las cuales contiene en sí a las otras” (cfr. Fundamentación de la metafísica de las costumbres, 4ta. edición, traducción de M. García Morente, Epasa-Calpe, Madrid, 1973, p. 94).

De esta manera, **la dignidad reconocida en el artículo 1º de la Constitución, cuya defensa y respeto “son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, no se reduce a la protección de la autonomía moral del ser humano, sino que ella es consecuencia del previo reconocimiento de su condición de fin en sí mismo, por lo que en ejercicio de aquélla no es posible destruir este fundamento. De ahí que, por ejemplo, no sea posible la celebración, en ejercicio de la libertad, de un “contrato de esclavitud”** (resaltado nuestro).

De igual modo, la sentencia recaída en el Exp. N° 0025-2013-PI/TC y otros (caso Ley de Servicio Civil, fundamentos 287-288) reconoce a la dignidad en el ámbito del derecho laboral, estableciéndole un contenido autónomo distinto a los derechos laborales que también contempla la Constitución:

El artículo 23 de la Constitución, en la parte pertinente, establece que “[n]inguna relación laboral puede limitar (...) ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”. Esta disposición constitucional reconoce una concreta manifestación de la dignidad, en este caso para favorecer la posición del trabajador convirtiéndola en la parte central de la actividad laboral (...) Aquello ocurre de modo tal que corresponde determinar si el enunciado normativo contenido en el artículo 23 de la Constitución es distinto o no al enunciado normativo contenido en el artículo 1 de la Constitución analizado. El Tribunal entiende que ambas disposiciones se refieren a un contenido normativo común: el respeto de la dignidad de la persona, pero el artículo 23 lo sitúa en el ámbito de una relación laboral (...)

**Este Tribunal tiene dicho que el enunciado normativo del mencionado artículo 23 está dirigido a proteger al trabajador como ser humano frente a cualquier lesión a su dignidad en la actividad laboral y que se diferencia de la protección de los**

**derechos surgidos de la relación laboral. Lo que prohíbe dicha disposición es la cosificación del trabajador o, lo que es lo mismo, su tratamiento como objeto y el desprecio de su condición de ser humano**, situación que no puede ser objeto de especificación con carácter general, sino que debe ser evaluada según las circunstancias de la situación enjuiciada (...) [resaltado nuestro].

De lo expuesto, se concluye entonces que la prohibición de cosificar al ser humano es una dimensión del principio-derecho de dignidad, reconocido en el artículo 1 de la Constitución, que también ha sido reconocida por la doctrina nacional y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Es a partir de dicho concepto que se debe configurar la dignidad como bien jurídico protegido por el delito de trata de persona.

Sin embargo, tal como está definida la “Fórmula del objeto”, todavía es muy genérica para ser considerada como bien jurídico protegido en el ámbito del Derecho Penal. En ese sentido, como se vio anteriormente, desde la doctrina se plantean 2 críticas:<sup>491</sup>

- Esta definición (no instrumentalización) no afirma un contenido claro ni revela aquello que finalmente puede ser considerado como “instrumentalización”, “tratamiento como mero objeto” o “uso como medio para obtener otros fines”.
- Constantemente la persona es objeto de medidas por parte del Estado o particulares, lo que no determina que se esté afectando su dignidad.

Ahora bien, es preciso aclarar que, si bien la dignidad puede configurar de manera autónoma un bien jurídico penal pasible de protección, dicha protección no es automática, sino que dependerá del legislador penal establecer en qué casos se tomará como bien jurídico protegido y en qué casos no. Como afirma ALONSO ÁLAMO:

(...) De la dignidad no se desprenden de manera automática los comportamientos que la vulneran y menos aun los que merecen respuesta penal. Es el legislador el que, a partir de la fórmula del objeto o de la no – instrumentalización y atendiendo a los diferentes criterios de racionalidad legislativa, debe decidir qué conductas merecen en cada momento una respuesta por parte del Derecho Penal por ser contrarias a la dignidad, evitando el uso inflacionario del concepto de dignidad humana si no se quiere dañar (...) no solo el discurso sino también la Constitución, y, en particular, evitando que, por la vaguedad e indeterminación del concepto, se produzca una manipulación ideológica del Derecho Penal.<sup>492</sup>

Por ello, para que la dignidad, entendida como no cosificación de la persona, pueda configurar un bien jurídico protegido en el Derecho Penal, adicionalmente se tiene que considerar dos principios que van a acotar aún más aquella definición:

- **El principio de subsidiariedad**, que establece que el Derecho penal debe ser utilizado de manera coherente y complementaria con respecto a los demás recursos y procesos que conforman el arsenal del “control social” estatal. Así, el

<sup>491</sup>GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter y SOSA SACIO, Juan Manuel. Artículo 1. Dignidad de la persona. Pág. 28. En: AA.VV. La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Tomo I. Segunda edición aumentada, actualizada y revisada. Gaceta Jurídica. Lima, 2013.

<sup>492</sup> ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Derecho Penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad. p. 19. En: Revista General de Derecho Constitucional 12 (2011). Ed. Iustel.

Derecho penal solo podrá aplicarse cuando otros órdenes normativos (civil, administrativo, etc.) sean insuficientes o ineficaces para tutelar bienes jurídicos.<sup>493</sup>

- **El principio de fragmentariedad**, que exige que el derecho penal solo tenga vigencia ante los ataques más graves o los más insidiosos contra bienes jurídicos, por lo que el ámbito de las infracciones penales debe ser más limitado que el de los actos ilícitos y, sobre todo, que el de los actos inmorales.<sup>494</sup>

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado que “(...) en el Estado Constitucional, el derecho penal, al encontrarse relacionado con la limitación de un derecho fundamental tan preciado como la libertad individual, sólo debe ser utilizado cuando no funcionen ya otros medios (disposiciones de derecho disciplinario, de derecho administrativo sancionatorio, o de otras especialidades del ordenamiento jurídico). En otros términos, antes de criminalizar determinadas conductas o establecer determinadas penas, el Estado debe recurrir a otros medios, menos aflictivos, para proteger los bienes jurídicos que pretende cautelar mediante la aludida criminalización, teniendo siempre en consideración de los fines de prevención de la pena, entre otros aspectos. Sólo si fracasan estos otros medios se deben penalizar tales conductas” (STC. Exp. N° 0012-2006-AI/TC, fundamento jurídico 32).

Estos principios permitirán delimitar aún más el concepto de dignidad -entendida como no instrumentalización de la persona-, para que pueda configurar un bien jurídico protegido por el Derecho Penal (en concreto, por el delito de trata de personas). Así, por los principios de subsidiariedad y fragmentariedad, somos de la opinión que solo la cosificación de la persona, **realizada de manera grave, humillante y que signifique un desprecio por ésta**,<sup>495</sup> podrá configurar el bien jurídico protegido por el Derecho Penal. Esta cosificación humillante y vejatoria del ser humano como objeto se manifiesta claramente en el delito de trata de personas (Art. 153 C.P.), toda vez que:

- a) Las conductas típicas de captación, transporte, traslado, acogimiento, recepción y retención se realizan con la concurrencia de mecanismos destinados a doblegar la voluntad de la víctima, como son la 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. Por tanto, la trata implica la movilidad de la víctima en contra de sus deseos, desconociendo sus objetivos, intereses, metas y proyecto de vida, esto es, su humanidad; y con la utilización de mecanismos que, más allá de generar afectaciones a diversos derechos (integridad, salud) suponen un trato vejatorio y humillante.
- b) La finalidad de explotación sin duda constituye el elemento central que denota la cosificación del ser humano en el delito de trata de personas. Y es que, a través de todos estos actos previos, el sujeto activo tiene como único propósito garantizar

<sup>493</sup> HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Manual de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. 4° edición. IDEMSA. Lima, 2011. Pág. 40.

<sup>494</sup> HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Manual de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. 4° edición. IDEMSA. Lima, 2011. Pág. 39.

<sup>495</sup> GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter y SOSA SACIO, Juan Manuel. Artículo 1. Dignidad de la persona. Pág. 28. En: AA.VV. La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Tomo I. Segunda edición aumentada, actualizada y revisada. Gaceta Jurídica. Lima, 2013.

que la víctima esté a disposición para que pueda ser explotada sin contratiempos. Cabe precisar que desde la doctrina constitucional se ha afirmado que la intención de humillación o desprecio no es importante para que exista atentado contra la dignidad de la persona, ya que la lesión a la dignidad se debe analizar desde un aspecto objetivo.<sup>496</sup> No obstante, como en el Derecho Penal, a partir del principio de fragmentariedad se exige un plus de agravación para que la dignidad pueda ser tutelada como bien jurídico penal, consideramos que dicha situación solo se puede alcanzar con el elemento subjetivo de explotación que presenta el tipo penal.

Por ende, en el caso peruano, si tomamos en cuenta que:

- La dignidad es tanto un derecho fundamental como un principio, de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
- La dignidad, de acuerdo a la doctrina, sí cuenta con un concepto propio, el que se ha definido como la proscripción de todo trato vejatorio y humillante contra el ser humano, que implique su tratamiento como objeto y no como fin en sí mismo.
- El Tribunal Constitucional ha adoptado la teoría mixta del bien jurídico constitucional, por lo que los derechos, valores y principios consagrados en la Constitución –como la dignidad- pueden ser tomados en cuenta por el legislador para configurar los bienes jurídico-penales.

En consecuencia, la dignidad del ser humano, dentro del ordenamiento jurídico peruano, también puede tener la calidad de bien jurídico protegido por el Derecho Penal, de manera autónoma. Por ende, en los delitos contra la dignidad, la persona sería degradada, humillada, envilecida, tratada como un instrumento, una cosa (o un animal, para quien parta de la filosofía moral kantiana).<sup>497</sup>

Complementariamente a lo señalado, cabe resaltar que el Tribunal Constitucional, en un caso de trata de personas que involucró a víctimas menores de edad, ya había señalado, aunque sin precisión, que dicha conducta vulneraba la dignidad de estas (RTC Exp. N° 03933-2009-HC/TC, fundamentos de voto 2 y 3 de los magistrados Landa Arroyo y Álvarez Miranda):

2. En la sentencia penal cuestionada mediante el presente hábeas corpus se ha acreditado que la actora fue la persona que, aprovechando la extrema necesidad de trabajo de las menores, las lleva de la ciudad del Cuzco a la ciudad de Juliaca con la finalidad de que trabajen en el club nocturno Harlem. De otro lado, la propietaria de dicho local declaró que no sabía que las agraviadas eran menores de edad y que no las obligó a tener relaciones sexuales con los clientes, “solamente que deberían acompañar y hacer consumir los licores” (folios 36). La supuesta negligencia en la que cayó la dueña del local, al no haber solicitado documentos de identidad a las personas que iban a laborar como “damas de compañía”, deja entrever, más que una negligencia extrema, una falaz argumentación mediante la cual se pretende no asumir las responsabilidades del caso. La misma opinión es atribuible a la demandante, que, al momento de

<sup>496</sup> GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. Dignidad de la persona y derechos fundamentales. Marcial Pons. Madrid, 2005. Pág. 115.

<sup>497</sup> ALONSO ÁLAMO, Mercedes ¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual. p. 5. Revista Penal N° 19 (2007). Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/301/292> (consultado el 4 de abril del 2016).

contactarlas en la ciudad de Cuzco a fin de que trabajen como damas de compañía, no les solicitó mayor documentación.

3. Resulta gravísimo exponer a menores de edad a situaciones como las descritas. **La denominada labor de “damas de compañía”, sea lo que se quiera significar exactamente con ello, atenta contra la dignidad de los menores (art. 1 de la Const.),** lo que fomenta la exposición de ellos a propuestas relativas al sostenimiento de relaciones sexuales. Este tipo de situaciones, y en razón del contexto de necesidad y de confusión en la que puede estar el niño o el adolescente, propicia la prostitución infantil, lo cual es inconstitucional a la luz del artículo 4 de la Constitución (resaltado nuestro).

Este es un argumento adicional que sustenta la viabilidad de considerar a la dignidad humana, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, como bien jurídico protegido por el delito de trata de personas.

### **c. Razones de Política Criminal: la tutela jurídico-penal de la dignidad cubre un vacío presente en la legislación penal peruana**

En el plano de la política criminal -entendida como la disciplina o el estudio de la reacción contra la delincuencia, como parte del control social<sup>498</sup>-, la adopción de la dignidad como bien jurídico del delito de trata de personas permite superar el debate que existe hoy en día sobre dicho tópico, que por cierto ha llevado a que el operador jurídico deje de aplicar este tipo penal.

En efecto, en el evento titulado *“Reunión de altas autoridades en materia de trata de personas y explotación laboral: hacia una inversión social descentralizada. Lima 5 y 6 de diciembre de 2011”* se realizaron una serie de entrevistas realizadas a fiscales, jueces y policías, en donde pudieron identificar diversos problemas para la aplicación del tipo penal de trata de personas. Entre estos destacó la complejidad del tipo penal, referida, entre otras cosas, a la poca claridad sobre el bien jurídico protegido.<sup>499</sup>

De hecho, la no identificación del bien jurídico dignidad para el delito de trata de personas permite que este tipo penal sea invisibilizado y que el hecho mismo sea desvalorado, generando que las autoridades fiscales y judiciales apliquen otros tipos penales más benignos. Esta situación ha sido resaltada por el Departamento de Estado norteamericano en su Informe Anual sobre Trata de Personas 2014 sobre el Perú, donde textualmente señala que:

(...) Algunos efectivos policiales, fiscales y jueces colocaron a los delitos de trata de persona en la misma categoría que otros delitos, tales como el proxenetismo; delitos para los que se ha establecido penas menos duras. La Defensoría del Pueblo reportó que los jueces frecuentemente no sentenciaban a los traficantes de personas por casos de trata agravada en los que las víctimas eran menores de edad, tal como lo estipula la ley. Las autoridades a cargo de hacer cumplir las leyes continuaron confundiendo la práctica de la prostitución con los casos de trata de personas para fines de explotación

<sup>498</sup> HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Manual de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. 4<sup>o</sup> edición. IDEMSA. Lima, 2011. Pág. 51.

<sup>499</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de trata de personas. OIM-Idehpucp. Lima, 2012. Pág. 49.

sexual, lo cual resultó en la obtención de datos poco fiables. La recopilación de datos continuó siendo una tarea muy poco confiable.<sup>500</sup>

Así, con la adopción de la dignidad como bien jurídico protegido, los operadores jurídicos podrán identificar acertadamente los casos de trata de personas –en los que se pretende instrumentalizar al ser humano de manera vejatoria y humillante- de aquellos casos en los que no se advierte esta situación.

De otro lado, consideramos que la dignidad, como bien jurídico protegido, realmente acierta con el interés efectivamente lesionado en el delito de trata de personas, que va más allá de la libertad. En ese sentido, DAUNIS RODRÍGUEZ afirma lo siguiente:

[L]os actos de trata de seres humanos suponen algo más que un mero ataque a la libertad, conllevan una lesividad del injusto diversa que justifica su criminalización a través de una prohibición autónoma y diferente. En efecto, cuando se afecta la dignidad humana se produce una instrumentalización de la víctima, cosificándola o reduciéndola a la condición de objeto, cosa o mercancía. Esta dimensión del bien jurídico dignidad humana, que no está necesariamente presente en los ataques a la libertad de la persona, pone el acento en la comercialización, en la negociación que tiene por objeto al ser humano, en el proceso de despersonalización y cosificación que se produce cuando se convierte a la persona en un mero instrumento, mercado, en algo asible, mensurable, inventariable y cuantificable.<sup>501</sup>

Similar discusión se presentó con la incorporación del delito de tortura al Código Penal de 1991, mediante Ley N° 26926 del 21 de febrero de 1998. Antes de la inclusión de este delito, estos casos eran sancionados simplemente como delito de lesiones y/o abuso de autoridad, “*desvirtuando de esta manera la gravedad y la naturaleza específica de esta práctica*”.<sup>502</sup> No obstante, a pesar de que actualmente tenemos contemplado el delito de tortura en el Código Penal, todavía persiste la aplicación de delitos más benignos. En ese sentido, se expresa una preocupación legítima:

(...) persiste la tendencia, tanto a nivel fiscal como en la instancia judicial, de calificar las conductas que constituyen delito de tortura como delitos de lesiones y abuso de autoridad, sin percibirse que la tortura tiene características especialísimas que la hacen particularmente grave, siendo totalmente diferentes su naturaleza jurídica y los elementos que la configuran de aquellos otros delitos.<sup>503</sup>

Por tanto, no se debe caer en el mismo error al tipificar como delitos de proxenetismo, favorecimiento a la prostitución y otros, auténticos casos de trata de personas. La asunción de la dignidad, entendida como no cosificación de la persona, es un factor decisivo para ello.

Otra ventaja de adoptar a la dignidad como bien jurídico protegido por el delito de trata de personas es que permitirá identificar otras conductas lesivas que también atentan contra

---

<sup>500</sup> Información disponible en: <http://photos.state.gov/libraries/peru/144672/reportes/Trata%20de%20Personas%202014.pdf> (consultado el 22 de junio del 2016).

<sup>501</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. El delito de trata de seres humanos. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. pp. 77-78.

<sup>502</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N° 91: Afectaciones a la vida y presuntas torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes atribuidas a efectivos de la Policía Nacional. Serie informes defensoriales. Lima, 2005. Pág. 33.

<sup>503</sup> ÁLVAREZ PÉREZ, Víctor. Dificultades en el tratamiento del delito de tortura en la jurisprudencia peruana. Pág. 299. En: Ius Et Veritas. Vol 19, N° 39 (2009).

dicho bien jurídico y que todavía no han sido contempladas por nuestro legislador. Ese es el caso, por ejemplo, de los delitos de acoso laboral y acoso inmobiliario.

En efecto, el artículo 173 del Código Penal español (previsto en el Título VII, De las torturas y otros delitos contra la integridad moral) señala lo siguiente:

El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima. Se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda.

De acuerdo a la doctrina, “(...) los delitos comprendidos en este título implican siempre un atentado contra la dignidad humana, tal y como admite la mayoría de la doctrina, con el que la integridad moral está directamente vinculada y contra la que se atenta cuando al sujeto se le niega su condición de persona y se le convierte en simple objeto, se trata de una situación en el que la víctima queda degradada y sometida a la voluntad de un tercero”.<sup>504</sup>

Como se advierte, estas conductas también vulneran el bien jurídico dignidad humana (asumida como integridad moral) dentro del Derecho Penal español. Con la asunción del bien jurídico dignidad-no cosificación del ser humano dentro del ordenamiento jurídico peruano, se facultaría al legislador a contemplar la posibilidad de incorporar otras figuras delictivas que afecten a dicho bien jurídico, como el acoso laboral.

Otro ejemplo lo constituye la legislación penal francesa que eleva la dignidad a criterio orientador de un importante grupo de delitos. Al respecto, el Código Penal francés contiene un Libro II, Título II relativo a los atentados a la persona humana, cuyo Capítulo V tipifica los atentados a la dignidad de la persona. Contempla la trata de seres humanos (arts. 225-4-1 a 225-4-9), el proxenetismo y las infracciones resultantes (art. 225-5 a 225-12), la prostitución de menores o de personas particularmente vulnerables (art. 225-12-1 a 225-12-4), la explotación de la mendicidad (art. 225-12-5 a 225-12-7), las condiciones de trabajo y de alojamiento contrarias a la dignidad de la persona (art. 225-13 a 225-16), las novatadas (art. 225-16-1 a 225-16-3), y, por último, la vulneración del respeto debido a los muertos.<sup>505</sup> A decir de XAVIER BIOY, la importancia de estas conductas delictivas hace que queden excluidas de las leyes de amnistía y de la exigencia de la doble incriminación, condición necesaria para la ejecución de un mandato de detención europea. Por otro lado,

<sup>504</sup> REBOLLO VARGAS, Rafael. Los delitos contra la integridad moral y la tipificación del acoso psicológico u hostilidad en el proyecto de reforma en el Código Penal. Pág. 209. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Vol. LX, 2007. Ministerio de Justicia. Madrid.

<sup>505</sup> BIOY, Xavier: Dignidad humana y derecho fundamental: Francia y España. Págs. 190-191. En: CHUECA, Ricardo (coordinador). Dignidad humana y derecho fundamental. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2015. Aunque un sector de la doctrina considera que es discutible que todos los delitos contenidos en el citado Capítulo V sean genuinos delitos contra la dignidad, además de otros que no han sido considerados. Ver en: ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Derecho Penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad. p.37. En: Revista General de Derecho Constitucional 12 (2011). Ed. Iustel.

la prescripción de la acción pública se amplía cuando se está en presencia de atentados a la dignidad de los menores.<sup>506</sup>

Adicionalmente, es posible afirmar que el reconocimiento de la dignidad como bien jurídico protegido por el delito de trata de personas permitirá: i) redefinir el bien jurídico protegido por otros delitos conexos a la trata de personas, y; ii) asumir la dignidad como bien jurídico protegido en los delitos de explotación recientemente incorporados al Código Penal.

- Respecto al **primer punto**, en efecto, la asunción de la dignidad como bien jurídico protegido por el delito de trata de personas permitirá redefinir el bien jurídico protegido en delitos conexos con ésta, que tradicionalmente han sido reconocidos en el Capítulo X (Proxenetismo) del Título IV (Delitos contra la libertad) del Libro Segundo (Parte Especial) del Código Penal. Nos referimos, pues, a los delitos de favorecimiento a la prostitución (179 C.P.), usuario-cliente (179-A C.P.), rufianismo (180 C.P.), proxenetismo (181 C.P.), y explotación sexual comercial infantil y adolescente en ámbito del turismo (181-A C.P.).

En ese sentido, mediante Acuerdo Plenario N° 3-2011/CJ-116 se señaló que en los delitos de favorecimiento a la prostitución y proxenetismo se vulnera el bien jurídico “moral sexual de la sociedad”; sin embargo, dicho bien jurídico -que en realidad pretende proteger estereotipos relacionados con el control de la sexualidad de las mujeres, quienes en la realidad son las que se dedican mayoritariamente a esta actividad en el mundo<sup>507</sup>- no puede ser de recibo en un Estado Constitucional de Derecho, por cuanto atentaría contra derechos fundamentales como es el libre desarrollo de la personalidad.

A tal efecto, la doctrina actual viene indicando que el bien jurídico protegido realmente por los delitos de favorecimiento a la prostitución y proxenetismo -así como por los otros delitos mencionados anteriormente- es la dignidad<sup>508</sup>, al igual que en la trata de personas, entendida como el “*derecho de todo ser humano a no ser instrumentalizado por otro, a no ser tratado como objeto de cambio o mercancía sexual*”.<sup>509</sup>

- Respecto al **segundo punto**, con fecha 6 de enero del 2017, se publicó en el diario oficial “El Peruano”, entre otros, el Decreto Legislativo N° 1323, “*Decreto Legislativo que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género*”. El artículo 2 de la referida norma incorpora 3 nuevos delitos al Código Penal vigente: i) Explotación sexual (Art. 153-B); ii) Esclavitud y otras formas de explotación (Art. 153-C) y iii) Trabajo forzoso (Art. 168-B).

<sup>506</sup> BIOY, Xavier: Dignidad humana y derecho fundamental: Francia y España. Pág. 191. En: En: CHUECA, Ricardo (coordinador). Dignidad humana y derecho fundamental. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2015.

<sup>507</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES y OTROS. Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de trata de personas. OIM, Idehpucp. Segunda Edición. Lima, 2017. p. 128.

<sup>508</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES y OTROS. Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de trata de personas. OIM, Idehpucp. Segunda Edición. Lima, 2017. pp. 127-141.

<sup>509</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES y OTROS. Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de trata de personas. OIM, Idehpucp. Segunda Edición. Lima, 2017. p. 129.



Estos delitos vienen a llenar un vacío existente en nuestra legislación, ya que las situaciones de explotación, como consecuencia de la trata de personas, no estaban reguladas. Antes de esta modificación, estos hechos solo podían ser sancionados con delitos con penas benignas, en comparación con el delito de trata de personas (por ejemplo, atentado contra la libertad de trabajo –Art. 168 C.P.- que tenía una pena no mayor a 2 años; o exposición de personas a peligro –Art. 128 C.P.-, con una pena entre 1 a 4 años). Adicionalmente, establecen claramente que estos delitos pueden generarse a consecuencia de una situación de trata de personas (Art. 153-B, inciso 6 del segundo grupo de agravantes; Art. 153-C, inciso 6 del segundo grupo de agravantes; Art. 168-B, inciso 5 del segundo grupo de agravantes); pero también pueden ser sancionados de manera independiente.

En ese sentido, estos delitos, en donde se evidencia la cosificación del ser humano de manera efectiva, también tendrían a la dignidad como bien jurídico protegido, al igual que en el delito de trata de personas.

#### d. Razones dogmáticas: Principio de Proporcionalidad de las Penas

##### d.1. Definición

El artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal señala que la pena **“no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho”**; consagrando el principio de proporcionalidad de las penas, que exige que la aflicción por la pena impuesta no rebase el desvalor de la conducta cometida. En opinión de LOPERA MESA, la proporcionalidad en el pensamiento penal aparece vinculada a la idea de correspondencia entre la gravedad de la sanción penal y la de los hechos castigados.<sup>510</sup>

Asimismo, el principio de proporcionalidad de la pena despliega sus efectos en dos ámbitos:

- a) En la fase de *creación* de tipos penales (**proporcionalidad en abstracto**), este principio exige que la clase y cuantía de la sanción prevista por el legislador -el marco penal abstracto- guarde relación con la gravedad de la conducta tipificada como delito. Este último extremo se calcula en función de la importancia del bien jurídico protegido por la norma, así como del grado en que éste resulta lesionado o puesto en peligro por la conducta descrita en el tipo penal. A tal efecto, es preciso que el legislador distinga entre conductas dolosas e imprudentes, a fin de determinar la mayor o menor gravedad del delito y, por ende, establecer un marco penal distinto en uno y otro caso -reflejando así el diferente desvalor de acción que merece aquello que el sujeto ha querido y aquello que, sin quererlo, ha podido evitar-.<sup>511</sup> Adicionalmente, el legislador debe permitir que el juez module la sanción a imponer, de acuerdo con las variaciones que en el caso concreto se presenten.<sup>512</sup>

<sup>510</sup> LOPERA MESA, Gloria Patricia. Proporcionalidad de las penas y principio de proporcionalidad en el Derecho Penal. Pág. 23. En: Jueces para la Democracia. N° 70, 2011.

<sup>511</sup> LOPERA MESA, Gloria Patricia. Proporcionalidad de las penas y principio de proporcionalidad en el Derecho Penal. Pág. 24. En: Jueces para la Democracia. N° 70, 2011.

<sup>512</sup> LOPERA MESA, Gloria Patricia. Proporcionalidad de las penas y principio de proporcionalidad en el Derecho Penal. Pág. 24. En: Jueces para la Democracia. N° 70, 2011.

- b) En la fase de *determinación* de la pena aplicable a un concreto hecho punible (**proporcionalidad en concreto**), el principio en cuestión exige que el juez, a partir del caso concreto, considere criterios adicionales para calcular la gravedad del delito y establecer la pena concreta aplicable.<sup>513</sup>

Por su parte, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 0003-2005-PI/TC (fundamento 62), sobre el principio bajo comentario, señaló lo siguiente:

(...) El principio de proporcionalidad significa que las penas establecidas por el legislador aplicables a las conductas delictivas no deberían ser tan onerosas que superen la propia gravedad del delito cometido, ni tan leves que signifiquen una infrapenalización de los delitos y una desvalorización de los bienes jurídicos protegidos que fueren afectados. Esto siempre en el marco constitucional de libre configuración que tiene el legislador. De este principio se deriva el principio de culpabilidad: toda pena debe guardar proporción y correspondencia con el nivel de reprobabilidad jurídica y social del acto sancionado, es decir, debe sancionar el acto en tanta dimensión como tan reprochable resulte el acto respecto a la persona responsable.

Finalmente, para el Tribunal Constitucional (STC. Exp. N° 1010-2012-HC/TC, fundamento 5), el principio de proporcionalidad de las penas tiene dos dimensiones:

- Como *prohibición de exceso* en relación con las penas, dirigida a los poderes públicos. Esta es la manifestación que se encuentra recogida en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, en la parte en la que dispone que “[l]a pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho”.
- Como *prohibición por defecto*, esto es, la prohibición –cuando menos como una regla general no exenta de excepciones– de que la pena sobredisminuya la responsabilidad por el hecho. Esta dimensión se configura en razón del principio de lesividad, que exige que el derecho penal tipifique atentados contra bienes de relevancia constitucional y, singularmente, contra derechos fundamentales, procurando su protección.

## **d.2. Proporcionalidad entre la pena y el bien jurídico protegido por el delito de trata de personas**

Sobre este aspecto, cabe señalar que el Código Penal español, en su artículo 177 bis, sanciona el delito de trata de seres humanos con una pena mínima de entre 5 a 8 años. Al respecto, la doctrina considera que dicha penalidad “(...) *excede con mucho de la requerida por las obligaciones internacionalmente contraídas*”<sup>514</sup>

Sobre el particular, es interesante apreciar las observaciones que se realizaron sobre la duración de la pena para el delito de trata de seres humanos antes de la aprobación del artículo 177 bis español:

<sup>513</sup> LOPERA MESA, Gloria Patricia. Proporcionalidad de las penas y principio de proporcionalidad en el Derecho Penal. Pág. 24. En: Jueces para la Democracia. N° 70, 2011.

<sup>514</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional. Aranzadi-Thomson Reuters. Pamplona, 2011. Pág. 447.

(...) Ya el informe del CGPJ al Anteproyecto de 2008 había alertado acerca del elevado umbral punitivo. Los argumentos que este órgano manejó en punto a alertar de la elevada sanción prevista para este delito ya en el Anteproyecto de 2008 apelaron a que la pena del tipo básico del delito de trata de personas superaba con creces la penalidad correspondiente a las propias conductas de explotación, tanto sexual -art. 188.1 CP- cuanto laboral -arts. 311 y ss.-. De ello que deducía la conveniencia, en aras al respeto del principio de proporcionalidad, de incluir en el precepto una cláusula de atenuación facultativa de la pena, al modo de la prevista en el anterior art. 318 bis.6) CP y actual art. 318 bis.5 CP entre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

La recomendación del Consejo General del Poder Judicial en punto a la flexibilización de la severa pena imponible por este delito no fue observada. Ni siquiera a lo largo del debate parlamentario sobre la inclusión de este delito hubo grupo parlamentario alguno que planteara la inclusión de dicha atenuación facultativa. Con la previsión, pues, de tales umbrales punitivos, el legislador de 2010 confirmó su orientación claramente punitivista en materia de trata, sin rebajar un ápice, lo que resulta mucho más discutible desde el punto de vista de la observancia del principio de proporcionalidad, la elevadísima pena correspondiente al tipo básico del delito de tráfico de personas. Con ello, el legislador de 2010 no hizo más que confirmar su exceso de celo en el cumplimiento de obligaciones de incriminación dimanantes del Derecho europeo, que no sólo se toman como una suerte de nueva encarnación del Derecho natural, sino que además se cumplen en exceso, cuanto menos en punto a la determinación de las concretas sanciones imponibles sobre los mínimos de máximos que marcan las Decisiones Marco en la materia.<sup>515</sup>

Es interesante conocer que en dicha experiencia una pena prevista entre los 5 y 8 años ya se considera vulneratoria del principio de proporcionalidad de las penas, al considerar que existe un exceso punitivo. Y es que en Europa existen instrumentos internacionales regionales que, a diferencia del Protocolo de Palermo, sí establecen pautas para la imposición del *quantum* de pena respecto al delito de trata:

- La Directiva 2011//36/UE del Parlamento Europeo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas,<sup>516</sup> establece un criterio escalonado: i) en el caso de las conductas del tipo base del delito de trata, la directiva señala que se deben castigar con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos cinco años (Art. 4.1); ii) en las conductas agravadas, se sancionará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos diez años (Art. 4.2).
- Su antecesora, la Decisión Marco del Consejo del 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (2002/629/JAI),<sup>517</sup> exigía que las conductas agravadas se sancionaran con una pena no inferior a los 8 años (Art. 3.2).

Por ende, se advierte que la pena del delito de trata de personas en el caso español, excede lo señalado por la Directiva 2011/36/UE, tanto en el tipo base<sup>518</sup> como en las

<sup>515</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el derecho internacional. Aranzadi-Thomson Reuters. Pamplona, 2011. Págs. 448-449.

<sup>516</sup> Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:101:0001:0011:Es:PDF> (consultado el 26 de julio del 2016).

<sup>517</sup> Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:203:0001:0004:ES:PDF> (consultado el 26 de julio del 2016).

<sup>518</sup> En el tipo base, el delito de trata de personas en el caso español establece una pena entre 5 a 8 años, mientras que la Directiva 2011/36/UE exige que la pena sea como máximo de 5 años.

agravantes.<sup>519</sup> Esta situación ha generado que un sector de la doctrina considere que la pena prevista para el delito de trata de personas en España vulnera el principio de proporcionalidad (especialmente en las agravantes).

En ese sentido, TERRADILLOS BASOCO señala que la pena prevista para el tipo penal de trata de personas español es excesiva y desconoce lo señalado en los instrumentos internacionales competentes:

(...) Desde luego excede lo exigido por la normativa internacional. La Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos establece en su artículo 4 que, para este delito, la pena privativa de libertad tendrá una duración máxima de al menos 5 años, coincidiendo con el límite penológico mínimo del legislador español. En el ámbito del tipo agravado la normativa comunitaria indica que la duración máxima debe ser de al menos 10 años; en el texto punitivo español el marco penal es de entre 8 y 12 años.<sup>520</sup>

Inclusive, la doctrina considera necesario recomendar “(...) una reducción de la pena máxima prevista en el art. 177.1 CP a los cinco años de prisión. Dicha rebaja de la pena asociada al tipo básico no sólo satisface las exigencias internacionales al respecto, sino que impediría que la sanción acabe desorbitándose al apreciarse los subtipos agravados”.<sup>521</sup>

La situación descrita permitiría afirmar que, en el caso peruano, la vulneración al principio de proporcionalidad es más evidente aún, en la medida que:

- La pena base para este tipo penal, de acuerdo a nuestro legislador, es de 8 a 15 años (Art. 153 CP)<sup>522</sup>, con penas en supuestos agravados que pueden llegar hasta los 35 años (Art. 153-A CP)<sup>523</sup>.

<sup>519</sup> En las agravantes, el delito de trata de personas en el caso español puede tener una pena entre 8 hasta inclusive 18 años, mientras que la Directiva 2011/36/UE exige que la pena sea como máximo de 10 años.

<sup>520</sup> TERRADILLOS BASOCO, Juan María y GALLARDO GARÍCA, Rosa M. Lección 7. Trata de seres humanos. Pág. 182. En: TERRADILLOS BASOCO, Juan María (Coordinador). Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo III. Derecho Penal Parte Especial. Volumen I. Ed. Iustel. Madrid, 2016.

<sup>521</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. El delito de trata de seres humanos. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. p. 181

<sup>522</sup> **Artículo 153.- Trata de personas**

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

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

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

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

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

<sup>523</sup> **Artículo 153-A.- Formas agravadas de la Trata de Personas**

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;

- Existen fenómenos delictivos que presentan el mismo grado de desvalor o incluso mayor, como ocurre con el delito de tortura (Art. 321 C.P.)<sup>524</sup>, cuya pena es sensiblemente menor: entre 5 a 10 años para el tipo base y entre 8 a 20 años.

Al respecto, consideramos necesario precisar que el legislador peruano no tiene los mismos límites que el español, toda vez que no existe instrumento internacional al que nos hayamos adscrito que establezca límites precisos para determinar el *quantum* de la pena prevista para el delito de trata de personas. La única obligación que establece el Protocolo de Palermo sobre el tema es el de penalizar las conductas de trata de personas (Art. 5).

Complementando dicha obligación, la Directriz 4 (Establecer un marco jurídico adecuado) de los “Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas” sugiere a los Estados a:

(...) 3. **Establecer en la legislación sanciones penales efectivas y proporcionales** (con inclusión de penas de reclusión que den lugar a la extradición en el caso de personas naturales). Cuando proceda, la legislación debería establecer la imposición de penas adicionales a quienes sean declarados culpables de trata de personas con circunstancias agravantes, incluidos los delitos de trata de niños o aquellos cuyos autores o cómplices sean funcionarios del Estado (resaltado nuestro).<sup>525</sup>

Entonces, este instrumento prevé expresamente el respeto al principio de proporcionalidad al momento de establecer la pena del delito de trata de personas, aunque no se señala un límite en específico, como sí ocurre en el caso europeo.

En ese sentido, consideramos que sustentar a la dignidad -en su dimensión de no cosificación humillante y vejatoria de la persona- como bien jurídico protegido por el delito

---

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.

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.

<sup>524</sup> Artículo 321.- El funcionario o servidor público o cualquier persona, con el consentimiento o aquiescencia de aquél, que inflija a otro dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, o lo someta a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o aflicción psíquica, con el fin de obtener de la víctima o de un tercero una confesión o información, o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o de coaccionarla, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

Si la tortura causa la muerte del agraviado o le produce lesión grave y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será respectivamente no menor de ocho ni mayor de veinte años, ni menor de seis ni mayor de doce años.

<sup>525</sup> Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas. Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas (Texto presentado al Consejo Económico y Social como adición al informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (E/2002/68/Add.1). Pág. 7. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Traffickingsp.pdf> (consultado el 27 de julio del 2016).

de trata de personas, en el ámbito peruano, podría ayudar a justificar la imposición de una pena elevada como la prevista en dicho tipo penal, en atención al principio de proporcionalidad de las penas, lo que determinaría que la tutela de la dignidad obtenida genera mayor satisfacción que la afectación a la libertad derivada de la imposición de la sanción prevista por el delito.

De esta forma, el bien jurídico dignidad permitiría superar dificultades dogmáticas en la explicación de por qué la trata de personas en la legislación peruana tiene una pena tan amplia (hasta 35 años en caso agravados), cosa que no podría hacer ningún otro bien jurídico propuesto por la doctrina para este delito (libertad de autodeterminación, libertad de tránsito, etc.). Y es que, como se sustentó en el presente capítulo, la dignidad es un valor esencial, elevado a la calidad de principio-derecho, que da sustento a nuestro Estado Democrático y Social de Derecho y sobre el cual se erige todo el ordenamiento jurídico. Asimismo, el desarrollo de su contenido además implica siglos de evolución en el pensamiento de la humanidad sobre la condición del ser humano y su razón de ser en el mundo. En la medida que la trata de personas ataca de manera grave dicha condición, el legislador penal está facultado para recurrir al *ius puniendi* a fin de salvaguardar dicho principio esencial, con la imposición de una pena privativa de libertad elevada.

No obstante, es preciso llamar la atención en un aspecto importante: el delito de trata de personas es un delito de **peligro concreto**, en la medida que con la realización de cualquiera de las conductas típicas indicadas nos encaminamos casi inmediatamente a una situación de instrumentalización o explotación de la víctima, aunque no es necesario que se produzca ella.<sup>526</sup> Por tanto, si bien se destaca la importancia y la valía de la dignidad como bien jurídico protegido por el delito de trata de personas, aún existen dudas sobre si la puesta en peligro de dicho bien jurídico puede aparejar la imposición de sanciones tan drásticas como la de 35 años, tal como está prevista actualmente en nuestra legislación.

### **d.3. Proporcionalidad entre la pena prevista para el delito de trata de personas y las penas establecidas para otros delitos**

Por otro lado, a partir de un análisis de la legislación penal de manera conjunta, se aprecia que en el delito de trata de personas la pena es elevada, a diferencia de otros tipos penales que sancionan actos con gran desvalor social, como son el homicidio (Art. 106)<sup>527</sup>, homicidio calificado (Art. 108)<sup>528</sup>, entre otros. Esta situación coincide con la problemática presentada en el Código Penal español como señala TERRADILLOS BASOCO: “(...) *la pena es también desproporcionada desde el punto de vista de la coherencia interna del CP, por cuanto la concurrencia de agravantes lleva a penas*

<sup>526</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de trata de personas. p. 109. OIM-Idehpucp. Segunda Edición. Lima, 2017.

<sup>527</sup> Artículo 106 (CP).- *El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años.*

<sup>528</sup> Artículo 108 (CP).- *Homicidio calificado*

*Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mate a otro concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:*

*1. Por ferocidad, codicia, lucro o por placer.*

*2. Para facilitar u ocultar otro delito.*

*3. Con gran crueldad o alevosía. 4. Por fuego, explosión o cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas.*

*superiores a las de los delitos de explotación –a los que la trata sirve como instrumentos- o, incluso, a la del homicidio”.*<sup>529</sup>

Así también opina DAUNIS RODRÍGUEZ al identificar que, en comparación con el delito de trata de personas español (especialmente las agravantes), existen otros delitos que tutelan bienes jurídicos individuales importantes y reciben penas inferiores:

(...) Evidentemente, la exasperación punitiva que se produce al apreciar tales subtipos agravados genera importantes dudas acerca del necesario cumplimiento del principio de proporcionalidad de las penas, sobre todo cuando comparamos la prohibición con otros delitos del acervo punitivo que también lesionan bienes jurídicos individuales, donde las penas previstas son sensiblemente inferiores (v. gr., homicidio).<sup>530</sup>

Esta situación evidencia que el Código Penal no constituye un cuerpo normativo orgánico y sistematizado, en razón principalmente a modificaciones esporádicas realizadas por nuestros legisladores.

De allí que esta incongruencia entre la pena prevista para el delito de trata de personas y la establecida para otros delitos -atendiendo además a la experiencia española- permite formular dos posibles respuestas:

a) En atención a la recomendación realizada por la doctrina, se tendría que **reducir la pena prevista para el delito de trata de personas**, tanto en su modalidad básica como en los supuestos agravados, tomando en cuenta además que la trata de personas –como señalamos anteriormente- constituye un delito de peligro concreto. Consideramos que esta opción sería inviable, especialmente por razones de política criminal: la importancia que ha adquirido la lucha contra la trata de personas en el Perú, lo que ha generado la adopción de importantes instrumentos de política pública para combatir dicho flagelo.<sup>531</sup>

Con este escenario, la reducción de la pena impuesta para el delito de trata de personas se leería como un retroceso por parte del Estado, “favoreciendo la impunidad”.

b) Otra posibilidad consistiría en **armonizar la penal prevista para todos los delitos**, lo que exigiría una modificación total del Código Penal. Especialmente se requeriría **una modificación de los delitos vinculados con el momento de explotación de las víctimas**, que es posterior a la trata de personas, con el objeto de imponerles el mismo

<sup>529</sup>TERRADILLOS BASOCO, Juan María y GALLARDO GARÍA, Rosa M. Lección 7. Trata de seres humanos. Pág. 182. En: TERRADILLOS BASOCO, Juan María (Coordinador). Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo III. Derecho Penal Parte Especial. Volumen I. Ed. Iustel. Madrid, 2016.

<sup>530</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ. Alberto. El delito de trata de seres humanos. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. p. 181

<sup>531</sup> De acuerdo con el Informe del Departamento de Estado Norteamericano correspondiente al 2015, el Perú es un país de origen, tránsito y destino de la trata, con predominio de la explotación sexual y laboral, que afecta a hombres, mujeres, niños, niñas y adolescentes. Las personas indígenas y las adolescentes mujeres son los grupos más vulnerables. Frente a esta situación, el Estado peruano ha adoptado diversos instrumentos y estrategias: la Ley N° 28950, Ley contra la trata de personas y su reglamento, el Plan Nacional de Acción contra la Trata de Personas, la Política Nacional contra la trata de personas y sus diversas formas de explotación. Recientemente, se ha aprobado un nuevo reglamento de la Ley contra la Trata de Personas (aprobado por D.S. 001-2016-IN) y un Protocolo Intersectorial contra la Trata de Personas (D.S. 005-2016-IN). Adicionalmente, existen algunos planes regionales que intentan responder a cada realidad concreta. Inclusive, existe un “Día Nacional contra la Trata de Personas”, declarada por Ley N° 29918, que además exige al Presidente del Consejo de Ministros y al Ministro del Interior acudir al Congreso de la República dar cuenta de la forma en que se vienen adoptando medidas para el cumplimiento de las metas y objetivos establecidos en los diversos planes adoptados.

nivel de gravedad. Recordemos que el tipo penal de trata de personas sanciona los actos de captación, transporte, traslado, acogida, recepción y retención, recurriendo a diversos mecanismos para doblegar la voluntad de la víctima como la violencia, amenaza, engaño, etc., con el único fin de explotarla. En ese sentido, si los actos destinados a la puesta a disposición de la víctima son considerados graves por nuestro legislador, con mayor razón deben ser tratados los actos referidos a la propia explotación de la persona.

Tal como lo señaló la Defensoría del Pueblo:

Como se ha precisado, la trata de personas y la explotación de la víctima son situaciones distintas. Sin embargo, existe similitud entre ambas en el sentido de que, tanto la trata como la explotación constituyen graves vulneraciones a la dignidad de las víctimas. Inclusive, en la situación de explotación se visibiliza con mayor claridad la degradación del ser humano, que es tratado como objeto destinado a proveer de un beneficio material para terceros, a costa de su integridad y de su vida.

En consecuencia surge una conclusión lógica: si a la puesta a disposición de la víctima —que sería la trata de personas— le corresponde la imposición de una pena que puede llegar hasta los 35 años de pena privativa de libertad en caso de víctimas menores de edad, a los actos de explotación que pueden producirse como resultado de la trata de personas debe corresponderles el mismo grado de severidad.

En nuestro ordenamiento jurídico, los delitos que sancionan los actos de explotación no toman en cuenta esta situación. Por ejemplo, en los casos de explotación laboral, la pena a imponer al explotador por obligar a la víctima a trabajar sin pagarle retribución alguna puede llegar a ser no mayor a 2 años, sin considerar si es menor de edad o no (artículo 168° C.P.). En los casos de mendicidad se aplica el artículo 128° del Código Penal —delito de exposición a peligro de personas dependientes—, con una pena que fluctúa entre 2 a 5 años.

Por último, en los casos de venta de niños —que también constituye una forma de explotación derivada de la trata— no existe delito alguno en nuestra legislación que sancione dicha conducta de manera independiente, en contra de lo dispuesto por el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

A partir de lo expresado se puede señalar, en primer lugar, que resulta incoherente desde un punto de vista constitucional, que la puesta a disposición de la víctima tenga más pena que la explotación de la víctima en sí misma, a pesar que en ambos casos la dignidad de la persona se ve afectada. Se vulnera el principio de proporcionalidad de las penas, así como el principio de igualdad.<sup>532</sup>

En el mismo sentido, Villacampa Estiarte, a propósito de la última modificación realizada al delito de trata de seres humanos en el Código Penal español (Art. 177 bis) señala lo siguiente:

(...) Finalmente, en referencia con las conductas relacionadas con la trata de seres humanos, sobre todo aquellas con que el proceso de trata concluye, esto es, con la efectiva esclavización —mediante su explotación para diferentes actividades— de la persona tratada, es de lamentar que nuestro legislador continúe sin tomar consciencia acerca de que la trata constituye el proceso hacia la esclavización y que el

<sup>532</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N° 158: La trata de personas en agravio de niños, niñas y adolescentes. Serie informes defensoriales. Lima, 2013. Pág. 77-78.



mantenimiento y explotación de un esclavo no puede ser una conducta considerada de menor gravedad que la propia reducción a la esclavitud. Y esto es justamente lo que sucede en nuestro ordenamiento jurídico-penal, que no contempla un delito de esclavitud, cuya inclusión, a imagen de lo que sucede en otros países de nuestro entorno jurídico, no debería haber dejado de plantearse el legislador en esta última reforma penal.<sup>533</sup>

En atención a dicha situación, la Defensoría del Pueblo recomendó al Congreso de la República “*modificar los tipos penales que sancionan situaciones de explotación de personas como es el caso, por ejemplo, de los delitos de atentado contra la libertad de trabajo (artículo 168° del Código Penal) y exposición a peligro de persona dependiente (artículo 128° del Código Penal); con el fin de aumentar las penas y, de ese modo, brindar el mismo grado de tutela de derechos que el artículo 153° del Código Penal prevé para las víctimas de trata de personas*”.

Se advierte, entonces, que la recomendación formulada establece dos exigencias: i) modificar los delitos vinculados a la situación de explotación, y; ii) aumentar las penas a estos delitos, de manera similar a la pena prevista para el delito de trata de personas.

En ese sentido, con fecha 6 de enero del 2017, se publicó en el diario oficial “El Peruano”, entre otros, el Decreto Legislativo N° 1323, “*Decreto Legislativo que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género*”. El artículo 2 de la referida norma 3 nuevos delitos: i) Explotación sexual (Art. 153-B); ii) Esclavitud y otras formas de explotación (Art. 153-C) y iii) Trabajo forzoso (Art. 168-B):

Artículo 153-B.- Explotación sexual	Artículo 153-C.- Esclavitud y otras formas de explotación	Artículo 168-B.- Trabajo forzoso
<p>El que obliga a una persona a ejercer actos de connotación sexual con la finalidad de obtener un aprovechamiento económico o de otra índole, es reprimido <b>con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años</b>.</p> <p>Si el agente comete el delito mediante engaño, manipulación u otro condicionamiento <b>se aplicará la misma pena del primer párrafo</b>.</p> <p>El consentimiento brindado por el niño, niña o adolescente carece de efectos jurídicos.</p> <p>La pena privativa de libertad es <b>no menor de quince ni mayor de veinte años</b>, cuando:</p>	<p>El que obliga a una persona a trabajar en condiciones de esclavitud o servidumbre, o la reduce o mantiene en dichas condiciones, con excepción de los supuestos del delito de explotación sexual, <b>será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años</b>.</p> <p>Si el agente comete el delito mediante engaño, manipulación u otro condicionamiento, se aplicará la misma pena del primer párrafo.</p> <p>El consentimiento brindado por el niño, niña o adolescente carece de efectos jurídicos.</p> <p>La pena privativa de libertad es <b>no menor de quince años ni mayor de veinte años</b>, cuando:</p>	<p>El que somete u obliga a otra persona, a través de cualquier medio o contra su voluntad, a realizar un trabajo o prestar un servicio, sea retribuido o no, será reprimido <b>con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años</b>.</p> <p><b>La pena será privativa de libertad no menor de doce años ni mayor de quince años</b>, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:</p> <p>1. El agente tiene a la víctima bajo su cuidado o vigilancia por cualquier motivo, o mantiene con ella un vínculo de superioridad, autoridad, poder u otro que la impulse a depositar su confianza</p>

<sup>533</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. La trata de seres humanos tras la reforma del Código Penal de 2015. Pág. 12-13. En: Diario La Ley, N° 8554, Sección Doctrina, 4 de Junio de 2015, Ref. D-225, Editorial LA LEY. Disponible en: [http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin66/Articulos\\_66/Villacampa-EstiarTE.pdf](http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin66/Articulos_66/Villacampa-EstiarTE.pdf) (consultado el 27 de julio del 2016).

<p>1. El agente tiene a la víctima bajo su cuidado o vigilancia por cualquier motivo, o mantiene con ella un vínculo de superioridad, autoridad, poder u otro que la impulse a depositar su confianza en él.</p> <p>2. La víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad.</p> <p>3. El agente comete el delito en el ámbito del turismo, en el marco de la actividad de una persona jurídica o en el contexto de cualquier actividad económica.</p> <p>La pena privativa de libertad es <b>no menor de veinte ni mayor de veinticinco años</b>, cuando:</p> <p>1. El agente es ascendiente o descendiente por consanguinidad, adopción o por afinidad; pariente colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o adopción, o segundo grado de afinidad.</p> <p>2. La explotación es un medio de subsistencia del agente.</p> <p>3. Existe pluralidad de víctimas.</p> <p>4. La víctima tiene discapacidad, es menor de catorce años de edad, adulta mayor, padece de una enfermedad grave, pertenece a un pueblo indígena o presenta cualquier situación de vulnerabilidad.</p> <p>5. Se produzca una lesión grave o se ponga en peligro inminente la vida o la salud de la víctima.</p> <p><b>6. Se derive de una situación de trata de personas.</b></p> <p>Si se produce la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad es <b>no menor de veinticinco ni mayor de treinta años</b>.</p> <p>En todos los casos se impondrá además la pena de inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 10 y 11.</p>	<p>1. La víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad.</p> <p>2. El agente comete el delito en el marco de las actividades de una persona jurídica o en el contexto de cualquier actividad económica.</p> <p>3. Si el agente tiene a la víctima bajo su cuidado o vigilancia por cualquier motivo, o mantiene con ella un vínculo de superioridad, autoridad, poder u otro que la impulse a depositar su confianza en él.</p> <p>La pena privativa de libertad es <b>no menor de veinte ni mayor de veinticinco años</b>, cuando:</p> <p>1. El agente es familiar de la víctima hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.</p> <p>2. La explotación es un medio de subsistencia del agente.</p> <p>3. Existe pluralidad de víctimas.</p> <p>4. La víctima tiene discapacidad, es menor de catorce años de edad, adulta mayor, padece de enfermedad grave, pertenece a un pueblo indígena, es trabajador migrante o presenta cualquier situación de vulnerabilidad.</p> <p>5. Se produzca lesión grave o se ponga en peligro inminente la vida o la salud de la víctima.</p> <p><b>6. Se derive de una situación de trata de personas.</b></p> <p>Si se produce la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad es <b>no menor de veinticinco ni mayor de treinta años</b>.</p> <p>En todos los casos se impondrá además la pena de inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 10 y 11.”</p>	<p>en él.</p> <p>2. La víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad, y la actividad que desarrolla está prohibida por la ley en razón a su edad.</p> <p>3. El agente comete el delito en el marco de la actividad de una persona jurídica o en el contexto de cualquier actividad económica.</p> <p>La pena será privativa de libertad <b>no menor de quince ni mayor de veinte años</b>, en los siguientes casos:</p> <p>1. El agente es familiar de la víctima hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.</p> <p>2. Existe pluralidad de víctimas.</p> <p>3. La víctima tiene menos de catorce años de edad, es adulta mayor, tiene discapacidad, padece de enfermedad grave, pertenece a un pueblo indígena, es trabajador migrante o presenta cualquier situación de vulnerabilidad.</p> <p>4. Se produzca lesión grave o se ponga en peligro inminente la vida o la salud de la víctima.</p> <p><b>5. Se derive de una situación de trata de personas.</b></p> <p>Si se produce la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad es <b>no menor de veinte ni mayor de veinticinco años</b>.</p> <p>En todos los casos se impondrá además la pena de inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 10 y 11.”</p>
---	--	---

Estos delitos, en nuestra opinión, cumplen a medias con la recomendación formulada por la Defensoría del Pueblo, de acuerdo a las exigencias identificadas:

- a) Vienen a llenar un vacío existente en nuestra legislación, ya que las situaciones de explotación, como consecuencia de la trata de personas, no estaban reguladas. Antes de esta modificación, estos hechos solo podían ser sancionados con delitos con penas benignas, en comparación con el delito de trata de personas (por ejemplo, atentado contra la libertad de trabajo –Art. 168 C.P.- que tenía una pena

no mayor a 2 años; o exposición de personas a peligro –Art. 128 C.P.-, con una pena entre 1 a 4 años).

- b) Se establece claramente que estos delitos pueden generarse a consecuencia de una situación de trata de personas (Art. 153-B, inciso 6 del segundo grupo de agravantes; Art. 153-C, inciso 6 del segundo grupo de agravantes; Art. 168-B, inciso 5 del segundo grupo de agravantes); pero también pueden ser sancionados de manera independiente.
- c) Los nuevos delitos de explotación presentan penas casi tan elevadas como la prevista para el delito de trata de personas. Así, para los delitos de explotación sexual y esclavitud, la pena base varía entre 10 a 15 años, y las modalidades agravadas pueden ser sancionadas hasta con 30 años; mientras que en caso del delito de trabajo forzoso, la pena base es entre 6 y 12 años, y la modalidad más agravada es no mayor a 25 años.
- d) No obstante, existe una distinción importante respecto al bien jurídico protegido que justamente permite afirmar una vulneración al principio de proporcionalidad. Y es que, como se señaló, en la trata de personas, la dignidad como bien jurídico protegido solo debe ser puesta en peligro; mientras que en los delitos de explotación, la dignidad ya se entendería lesionada por cuanto la cosificación del ser humano se hace efectiva. De ello se concluye, lógicamente, que la pena prevista para el delito de trata debe ser menor que la prevista para los delitos de explotación o, en todo caso, igual (tomando en cuenta, por razones de política criminal, la importancia que tiene la lucha contra la trata de personas en el Perú).
- e) No obstante, es otra la situación que se presenta: si bien la trata de personas sanciona la conducta base con una pena entre 8 a 15 años (que guardaría cierta equivalencia con los delitos de explotación), las modalidades agravadas del delito de trata pueden llegar desde los 25 hasta los 35 años, que supera a las modalidades previstas para los delitos de explotación (entre los 20 y 30 años). Consideramos que esta diferencia en la penalidad abstracta de la trata de personas con los delitos de explotación constituye una vulneración del principio de proporcionalidad, que debe corregirse inmediatamente.

## CAPÍTULO IV

### IMPLICANCIAS INTERPRETATIVAS DEL BIEN JURÍDICO “DIGNIDAD” EN EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS: EL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA

Luego de haber explicitado nuestra postura sobre el bien jurídico protegido en el delito de trata de personas –que, en nuestra opinión, lo constituye la dignidad del ser humano en su dimensión de no cosificación vejatoria y humillante de la persona-, a continuación determinaremos las implicancias prácticas que tiene dicha decisión en la interpretación del tipo penal.

Al respecto, debemos recordar que una de las funciones del bien jurídico protegido es de servir como criterio teleológico en la interpretación de los tipos penales. Tal como lo señala el profesor ROXIN:

[Los tipos penales] se interpretan, en el marco del tenor literal posible, según el fin de protección del correspondiente bien jurídico, aunque desde luego ha de tener en cuenta, también, dado el caso, la especial forma de ataque que se exija en el tipo penal de que se trate. Esta función del concepto de bien jurídico es indiscutible.<sup>534</sup>

Igualmente, SCHUNEMANN señala que, si bien existe un debate actual sobre la viabilidad del concepto de “bien jurídico” -toda vez que se critica su definición y los límites a los que está sujeto-, no se cuestiona su validez desde el ámbito interpretativo, ya que desempeña un papel productivo importante, tanto en la averiguación de la estructura del delito como en la determinación del marco de las acciones comprendidas en el tipo como menoscabadoras del bien jurídico.<sup>535</sup>

A partir de esta función, pretendemos analizar un aspecto de la tipicidad objetiva del tipo penal de trata de personas que no está exento de polémica, tal como está formulado en nuestra legislación: nos referimos, pues, a la figura del consentimiento de la víctima.

#### 4.1. El consentimiento en el delito de trata de personas

##### 4.1.1. Regulación normativa internacional

###### a. Protocolo de Palermo

El artículo 3 del Protocolo de Palermo señala lo siguiente:

###### **Artículo 3. Definiciones**

<sup>534</sup> ROXIN, Claus. El principio de la protección del bien jurídico y su significado para la teoría del injusto. Pág. 295. En: AMBOS, Kai (director) y BÖHM, María Laura (coordinadora). Desarrollos de las ciencias criminales en Alemania: primera Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana. Göttingen (5-16 de septiembre de 2011).

<sup>535</sup> SCHUNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. p 199. En: HEFENDHEL, Roland. La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edición española. Marcial Pons. Madrid, 2007.

Para los fines del presente Protocolo:

- a) Por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;
- b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;**
- c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;
- d) Por "niño" se entenderá toda persona menor de 18 años (resaltado nuestro).

Al respecto, queremos llamar la atención del inciso b, que expresamente rechaza la posibilidad de que la víctima consienta actos de trata de personas, cuando dicho consentimiento haya sido producto de una amenaza, uso de la fuerza u otras formas de coacción, del rapto, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o de la concesión de pagos o beneficios. Se entiende entonces que estos mecanismos pretenden doblegar la voluntad de la víctima, viciando las decisiones que pueda adoptar y, por ende, invalidando la aceptación que pudo haber brindado la víctima de manera inicial en el ejercicio de su libertad. En consecuencia, *"(...) una vez acreditada la utilización del engaño, la coacción, la fuerza u otros medios prohibidos, el consentimiento no se tendrá en cuenta y no podrá utilizarse como defensa"*.<sup>536</sup>

Al respecto, la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) señala lo siguiente:

Una de las cuestiones fundamentales al formular una respuesta al fenómeno de la trata es la necesidad de analizar si la víctima ha consentido en el tráfico o la trata.

En el Protocolo contra la trata de personas también se establece que, a los efectos de esa definición, el consentimiento dado por la víctima no se tendrá en cuenta cuando se haya demostrado el recurso a medios ilícitos.

De esa manera, en el Protocolo se admite que el ejercicio de la libre voluntad de la víctima a menudo se ve limitado por la fuerza, el engaño o el abuso de poder.

Se respeta la capacidad de los adultos de tomar por sí mismos decisiones acerca de su vida, concretamente en cuanto a las opciones de trabajo y migración. Sin embargo, en el Protocolo se excluye la defensa basada en el consentimiento cuando se demuestre que se ha recurrido a medios indebidos para obtenerlos. Un niño no puede consentir en ser objeto de trata; el Protocolo excluye toda posibilidad de consentimiento cuando la víctima es menor de 18 años.<sup>537</sup>

<sup>536</sup> UNODC. Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Naciones Unidas. Nueva York, 2004. p. 272. ONU.

<sup>537</sup> UNODC. Manual para la lucha contra la trata de personas. Programa Mundial contra la Trata de Personas. Naciones Unidas. Nueva York, 2007. p. xvi. Disponible en: [https://www.unodc.org/pdf/Trafficking\\_toolkit\\_Spanish.pdf](https://www.unodc.org/pdf/Trafficking_toolkit_Spanish.pdf) (consultado el 3 de marzo de 2016).

Por tanto, el efecto práctico de esta regulación -siguiendo a la UNODC- sería que los fiscales aduzcan pruebas del uso de medios indebidos y la defensa alegue pruebas del consentimiento de la víctima, remitiéndose al tribunal para que estime primero la validez de las pruebas de la fiscalía y después la de las pruebas de la defensa.<sup>538</sup>

Adicionalmente, hay dos puntos que deben tomarse en cuenta respecto del consentimiento:

- El consentimiento de la víctima en una etapa del proceso no puede considerarse un consentimiento en todas las etapas del proceso, y sin consentimiento, en cada una de las etapas, tiene lugar el delito de trata.<sup>539</sup>
- Según el apartado c) del artículo 3 del Protocolo contra la trata de personas, el consentimiento de un niño no se considera válido, y la capacidad de consentimiento puede restringirse aún más con arreglo al derecho interno de muchos Estados parte.<sup>540</sup>

A partir de lo descrito, queda claro entonces que el propio Protocolo de Palermo establece tres reglas:

- I. El consentimiento pleno e incondicionado de la víctima adulta en un caso de trata de personas es válido, por lo que su ocurrencia puede desestimar la configuración del tipo penal.
- II. El consentimiento viciado, esto es, aquel obtenido en un contexto de vulnerabilidad, mediante los mecanismos contemplados en el propio protocolo - como son el uso de la fuerza, la amenaza, el engaño, fraude, abuso de una situación de vulnerabilidad, etc.-; a diferencia del criterio anterior, y siempre que concorra con las conductas típicas (captación, transporte, traslado, acogida y recepción), y se presente el fin de explotación, determina la comisión del delito de trata de personas.
- III. En el caso de niños, niñas y adolescentes, siempre se producirá la trata de personas si se configuran las conductas típicas y el fin de explotación, sin importar si se recurrió o no a los medios comisivos. En este escenario, es posible afirmar que se configura la trata de personas inclusive si el menor de edad brindó su consentimiento pleno e incondicionado.

#### **b. Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos del 16 de mayo del 2005 (Convenio de Varsovia)**

Pero no solo el Protocolo de Palermo establece una regla especial para el tema del consentimiento. El artículo 4.b. del Convenio de Varsovia señala lo siguiente:

- a) Por «trata de seres humanos» se entenderá el reclutamiento, transporte, transferencia, alojamiento o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o uso de

<sup>538</sup> UNODC. Manual para la lucha contra la trata de personas. Programa Mundial contra la Trata de Personas. Naciones Unidas. Nueva York, 2009. Pág. 7.

<sup>539</sup> UNODC. Manual para la lucha contra la trata de personas. Programa Mundial contra la Trata de Personas. Naciones Unidas. Nueva York, 2009. Pág. 7.

<sup>540</sup> UNODC. Manual para la lucha contra la trata de personas. Programa Mundial contra la Trata de Personas. Naciones Unidas. Nueva York, 2009. Pág. 7.

la fuerza u otras formas de coerción, el secuestro, fraude, engaño, abuso de autoridad o de otra situación de vulnerabilidad, o el ofrecimiento o aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con vistas a su explotación. La explotación comprenderá, como mínimo, la explotación de la prostitución de otras personas u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extirpación de órganos;

**b) El consentimiento de una víctima de la «trata de seres humanos» a la explotación pretendida, tal como se describe en la letra a) del presente artículo, será irrelevante cuando se utilice cualquiera de los medios a que hace referencia la misma letra a);**

c) la contratación, el transporte, el traslado, el alojamiento o la acogida de un niño con fines de explotación tendrán la consideración de «trata de seres humanos» , aunque no apelen a ninguno de los medios enunciados en el párrafo (a) del presente artículo (resaltado nuestro).

Al igual que el Protocolo de Palermo, este instrumento también establece expresamente la invalidez del consentimiento en casos de que la trata se produzca con la utilización de los medios comisivos que forman parte de la propia conducta (amenaza, uso de la fuerza u otras formas de coerción, secuestro, fraude, engaño, abuso de autoridad o de otra situación de vulnerabilidad, ofrecimiento o aceptación de pagos o ventajas).

Asimismo, para menores de edad no interesa recurrir a estos mecanismos para direccionar la voluntad de la víctima; de ello se infiere que el consentimiento que pueda brindar ésta es irrelevante para configurar el delito.

### **c. Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo**

La Directiva 2011/36/UE del 5 de abril del 2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la *prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas* -y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo-, en su artículo 2 señala lo siguiente:

1. (...) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotarla.

**(...) 4. El consentimiento de una víctima de la trata de seres humanos para su explotación, prevista o consumada, no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios contemplados en el apartado 1.**

5. Cuando la conducta a que se hace referencia en el apartado 1 afecte a un niño, constituirá infracción punible de trata de seres humanos aun cuando no se haya recurrido a ninguno de los medios contemplados en el apartado 1 (resaltado nuestro).

Este instrumento internacional de ámbito regional presenta la misma fórmula que los convenios anteriormente señalados: el consentimiento de la víctima de trata de personas no tiene validez si se recurrieron a los “medios” que forman parte de dicho delito (amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios). Igualmente, para caso de niños, niñas y adolescentes víctimas, la

trata se configura inclusive sin recurrir a los medios comisivos, lo que equivale a decir que no tiene efecto alguno el consentimiento de éstos.

#### 4.1.2. Regulación normativa interna

##### a. Ley N° 28950, Ley contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes

El artículo 153 del Código Penal -que recoge el delito de trata de personas- se modificó mediante Ley N° 28950<sup>541</sup>, Ley contra la Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Migrantes, que adecuó este delito a los estándares previstos en el “*Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*” (conocido también como Protocolo de Palermo). Dicho artículo señalaba lo siguiente:

##### **Artículo 153.- Trata de personas**

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

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

Sobre esta redacción se tiene que:

- La fórmula legislativa, como se advierte, no menciona de manera expresa el consentimiento de la víctima. Sin embargo, sí señala que, en el caso de adultos, la trata de personas requiere que las conductas típicas (captación, traslado, etc.) se realicen a través de diversos medios comisivos (amenaza, uso de la fuerza, engaño, fraude, etc.); a partir de esta redacción se deduce que el consentimiento brindado por una persona adulta, mediando estos mecanismos, es inválido. Por tanto, *a contrario sensu*, si no concurren los medios comisivos indicados -a pesar que se produzcan las conductas típicas y el fin de explotación-, el delito de trata de personas no se configura.
- El segundo párrafo del artículo descrito sí es más claro al afirmar que la trata de personas, tratándose de menores de edad, siempre se configurará cuando se cometan todas las conductas típicas, sin interesar si se recurrieron a los medios comisivos para ellos (fuerza, amenaza, engaño, etc.).

##### b. Ley N° 30251, Ley que perfecciona la tipificación del delito de Trata de Personas

<sup>541</sup> Publicada en el diario oficial “El Peruano” el 16 de enero del 2007.



El artículo 153° del Código Penal fue modificado por la Ley N° 30251, Ley que perfecciona la tipificación del delito de trata de personas -del 21 de octubre de 2014-, en los siguientes términos:

#### **Artículo 153.- Trata de personas**

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

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

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

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

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

A diferencia de la redacción anterior, en la fórmula legislativa actual sí se indica expresamente que el consentimiento de la víctima mayor de edad no tiene efectos jurídicos cuando el sujeto activo del delito haya recurrido a cualquiera de los mecanismos establecidos en la ley, esto es, violencia, amenaza, engaño, etc. (Art. 153.4 C.P.). En este punto, debemos señalar que la redacción es similar a la establecida en el Protocolo de Palermo, en cuyo artículo 3 -inciso b- señala que *“el consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado”*.

Asimismo, con esta inclusión, el tipo penal de trata de personas en el Perú se asemeja a fórmulas utilizadas en otras experiencias, como es el caso de España, cuyo artículo 177 bis, inciso 3, del Código Penal indica que *“el consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo”*.

Se aprecia entonces que una de las modificaciones de la Ley N° 30251 al artículo 153° C.P. fue la de establecer expresamente que el consentimiento de la víctima adulta no será válido si se evidencia la presencia de medios comisivos que lo vicien; ya que con la anterior redacción, si bien no existía una disposición expresa en ese sentido, a partir de una interpretación del tipo penal se arribaba al mismo resultado.

La razón que justificó dicha modificación, de acuerdo al Proyecto de Ley N° 3716/2014-PE -que dio origen a la vigente Ley N° 30251-,<sup>542</sup> sería la siguiente:

“(…) con la creación de este párrafo se refuerza la afirmación de que el consentimiento de la víctima de trata en ningún caso podrá ser utilizado por los operadores de justicia para eximir de responsabilidad penal. Lo que se busca es que los operadores de justicia entiendan que ellos tienen la responsabilidad de evaluar en cada caso concreto la presencia de los distintos medios comisivos (engaño, violencia, abuso de una situación de vulnerabilidad, etc.) que invalidan el eventual y aparente consentimiento que la víctima pudo haber dado”.

Entonces, la modificación ha tenido como objetivo visibilizar expresamente el tema del consentimiento en el delito de trata de personas, para que los operadores de justicia evalúen, en cada caso que conozcan, la presencia de medios comisivos, y que no solo se guíen por la afirmación que pueda haber brindado inicialmente la víctima y que puede estar viciada.

En otros términos, esta nueva fórmula legislativa del consentimiento en materia de trata de personas pretende mejorar los procedimientos de investigación del delito (a cargo del Ministerio Público), en la medida que no solo se debe toma en cuenta, como si fuese el único medio probatorio válido, la declaración de la víctima (que puede estar viciada) para determinar si existió consentimiento o no en la presunta conducta de trata investigada, sino que se deben analizar detenidamente, a partir de un análisis exhaustivo, si se presenta alguno de los medios comisivos previstos en la norma. Esta obligación se acentúa en mayor medida en los casos en los que el medio comisivo sea el “*abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad*”, como veremos más adelante.

Por contraparte, se exige que los órganos competentes en la persecución e investigación del delito –Policía Nacional, Ministerio Público– adopten una actitud proactiva en la misma. En ese sentido, “(…) *las especiales características del fenómeno de la trata en el Perú, hacen necesario que tanto la Policía, el Ministerio Público y otras entidades involucradas, realicen intervenciones multisectoriales, que respondan a las características del delito en el Perú. Así por ejemplo, se plantea la incorporación de la investigación proactiva del delito de trata de personas, identificando zonas de incidencia delictiva, negocios sospechosos, vinculación de datos sobre zonas de denuncias y el desarrollo de “actividades de riesgo”, etc., que suponga la obtención proactiva de indicios de la comisión de un delito.*”<sup>543</sup>

Vista la regulación de la figura del consentimiento en materia de trata de personas, tanto a nivel internacional como en el ordenamiento jurídico peruano, a continuación analizaremos cuál es la justificación dogmática del consentimiento en materia penal, de acuerdo al Código Penal vigente.

<sup>542</sup> Información disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Expvirt\\_2011.nsf/didpley/CD41EF86B4007C3805257ABF005F45CC](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Expvirt_2011.nsf/didpley/CD41EF86B4007C3805257ABF005F45CC) (consultado el 28 de abril del 2016).

<sup>543</sup> Exposición de motivos de la Política Nacional frente a la Trata de Personas. Pág. 4. Disponible en: <http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2015/01/EXPOSICI%C3%93N-DE-MOTIVOS-DS-POL%C3%8DTICA-NACIONAL-FRENTE-A-LA-TRATA-DE-PERSONAS.pdf> (consultado el 29 de setiembre del 2016).

### 4.1.3. El consentimiento en el Código Penal peruano

#### a. Concepto

De conformidad con lo señalado en el artículo 20 inciso 10 del Código Penal peruano de 1992<sup>544</sup>, está exento de responsabilidad penal “(...) *el que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición*”.

Al respecto, en la exposición de motivos de dicha norma, se señaló lo siguiente:

(...) 4. La coincidencia de voluntades, entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de un delito, no tiene penalmente el significativo valor que ostenta el acuerdo ajustado por las partes en el área del derecho privado. Sin embargo, teniéndose en consideración que en el campo penal no siempre son públicos los intereses ofendidos, el Proyecto de la Comisión Revisora admite, entre otras causas de exención de responsabilidad penal, el actuar con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico, siempre que éste sea de libre disposición (artículo 20 inc. 10).

Cabe precisar que dicha redacción se repite en el texto de Dictamen del Proyecto de Ley sobre el Nuevo Código Penal del 2015.<sup>545</sup>

De acuerdo a la RAE, el consentimiento se define como aquella manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente.<sup>546</sup> En el ámbito del derecho penal, el consentimiento implica excluir la imposición de una pena, aun cuando un comportamiento reúne los elementos objetivos y subjetivos de un tipo legal.<sup>547</sup>

Cabe precisar que, de acuerdo a la doctrina, el fundamento del consentimiento en el Derecho Penal -en vez de basarse en el interés preponderante, como ocurre con otras causas de justificación como el estado de necesidad- se basa en la ausencia de interés. Una segunda posición señala que la justificación radica en el interés preponderante de la libertad del sujeto pasivo frente al interés en la protección de su bien jurídico.<sup>548</sup>

Existe una tercera posición que sustenta el consentimiento en el libre desarrollo de la personalidad, toda vez que en el marco del proyecto de vida de una persona se puede tolerar, bajo ciertas circunstancias y en determinados contextos, la afectación de ciertos bienes jurídicos. Al respecto, CHANG KCOMT considera que la libertad de elección es la que legitima al individuo a optar entre los bienes jurídicos que considera necesarios de protección para su autorrealización, lo que, en el caso de los bienes jurídico-penales, incluso puede llevarlo a renunciar, a través de la figura del consentimiento, a la protección que el legislador les brinda, disponiendo de ellos en el límite del entorno social que lo

<sup>544</sup> Aprobado por Decreto Legislativo N° 635.

<sup>545</sup> **Artículo 25. Eximentes de responsabilidad**

*Está exento de responsabilidad penal: (...) 10. El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición.*

<sup>546</sup> Información disponible en: <http://dle.rae.es/?id=AP6QLrg> (consultado el 11 de abril del 2016).

<sup>547</sup> HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Manual de Derecho Penal. Parte General. IDEMSA. Lima, 2013 (verificar). p. 471

<sup>548</sup> LUZÓN PEÑA, Diego. El consentimiento en Derecho Penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal. p. 233. En: AA.VV. Libro homenaje al profesor José Hurtado Pozo. El penalista de dos mundos. Primera edición. IDEMSA. Lima, 2013.

rodea; es decir, siempre y cuando ello no implique la afectación de un tercero que también tiene derecho a optar por su autorrealización.<sup>549</sup>

Igualmente, para HURTADO POZO el consentimiento se fundamenta en concebir a la persona como un agente moral autónomo para decidir y realizar sus actos y proyectos de vida, lo que determina que tenga la libertad para decidir la protección de determinados bienes jurídicos propios o no.<sup>550</sup> Así:

(...) Resulta evidente, entonces, que la libertad del titular de los derechos o bienes jurídicos individuales condicione, en la práctica y en especial en el ámbito penal, la protección jurídica que reciban. Ésta puede ser influenciada, en cierta medida, por la decisión del titular. En consecuencia, se puede afirmar que su consentimiento respecto a la violación o puesta en peligro de uno de sus bienes jurídicos constituye la expresión de su libertad personal.<sup>551</sup>

Según este autor, la comprensión de la base y de los efectos del consentimiento se funda en lo señalado por la Constitución, que declara en su artículo 1 que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, lo que implica reconocer la primacía de la persona.<sup>552</sup>

Lo expuesto permite descartar entonces posiciones paternalistas por parte del Estado, de tal manera que obstaculicen la libertad individual de las personas sin distinción alguna, contra todo daño de uno de sus bienes y aun en contra de su propia voluntad.<sup>553</sup> Por ende, el Estado deberá siempre limitar su actuación a la autorrealización personal, respetando la ética de cada individuo.<sup>554</sup>

## **b. Naturaleza y ubicación sistemática del consentimiento**

Existe también una controversia respecto a la naturaleza jurídica y, por tanto, ubicación sistemática del consentimiento eximente. Así, existen teorías monistas o unitarias del consentimiento, siempre como causa de justificación o como causa de atipicidad; mientras que las concepciones intermedias o diferenciadoras distinguen el consentimiento excluyente de la tipicidad y consentimiento excluyente de la antijuricidad.<sup>555</sup>

### **b.1. Tesis monista o unitaria**

---

<sup>549</sup> CHANG KCOMT, Romy. Naturaleza jurídica del consentimiento de bienes jurídico-penales: un análisis a la luz de la Constitución. p. 209. En: THEMIS-Revista de Derecho 67, 2015.

<sup>550</sup> HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Manual de Derecho Penal. Parte General. 4ta Edición. IDEMSA. Lima, 2011. p. 472-473.

<sup>551</sup> HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Manual de Derecho Penal. Parte General. 4ta Edición. IDEMSA. Lima, 2011. p. 473.

<sup>552</sup> HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Manual de Derecho Penal. Parte General. 4ta Edición. IDEMSA. Lima, 2011. p. 472.

<sup>553</sup> HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Manual de Derecho Penal. Parte General. 4ta Edición. IDEMSA. Lima, 2011. p. 474

<sup>554</sup> CHANG KCOMT, Romy. Naturaleza jurídica del consentimiento de bienes jurídico-penales: un análisis a la luz de la Constitución. p. 210. En: THEMIS-Revista de Derecho 67, 2015.

<sup>555</sup> LUZÓN PEÑA, Diego. El consentimiento en Derecho Penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal. p. 232. En: AA.VV. Libro homenaje al profesor José Hurtado Pozo. El penalista de dos mundos. Primera edición. IDEMSA. Lima, 2013.

La *tesis unitaria* afirma que no existe diferencias entre el consentimiento como causa de atipicidad (lo que se ha denominado “acuerdo”) y como causa de justificación, sino que consideran que en el caso de bienes jurídicos individuales disponibles, de concurrir el consentimiento siempre deberá excluirse la tipicidad de la conducta.<sup>556</sup> Sin embargo, existen otras posiciones que aseguran que el consentimiento debe ser considerado siempre como una causa de justificación.<sup>557</sup>

## b.2. Tesis bipartitas o diferenciadoras

Las *teorías diferenciadoras*, por el contrario, distinguen entre acuerdo y consentimiento, estableciendo diversas consecuencias para cada uno.

Por un lado, el “**acuerdo**” se entiende aplicable en aquellos casos en los que la propia configuración del tipo penal exige la realización de una conducta en contra de la voluntad de la víctima. Por ejemplo, el delito de violación de domicilio (Art. 159 CP.) se configura cuando el sujeto activo penetre o permanezca en la casa del sujeto pasivo, en contra de su voluntad. Por ende, si éste manifiesta la conformidad de su presencia, no se configura el tipo penal. De allí que la figura del acuerdo constituya una causa de atipicidad, al no existir la vulneración del bien jurídico protegido.

En el mismo sentido se expresa CHANG KCOMT, al afirmar que:

(...) el acuerdo (llamado también asentimiento o conformidad) excluye la tipicidad debido a que elimina de antemano la lesión del bien jurídico protegido por el tipo. Por ello, se aplica en los casos en los que la acción típica presupone conceptualmente un actuar contra o sin la voluntad del lesionado, es decir, cuando el tipo penal se dirige directamente contra la voluntad de la víctima y su libre ejercicio; desapareciendo, a partir de la falta de oposición del sujeto pasivo, toda lesividad de la conducta, por no existir lesión del bien jurídico protegido.<sup>558</sup>

Por otro lado, el “**consentimiento**” en sentido estricto “(...) concierne a los casos en los que el acuerdo del titular del bien jurídico no es un elemento del tipo legal y solo sería una causa de justificación, si se dan todas las condiciones exigidas para que la manifestación de voluntad sea válida”.<sup>559</sup> Ello ocurriría, por ejemplo, en caso se produzcan lesiones graves sobre una persona y el sujeto pasivo consienta ello. Para este caso sí se habría producido una afectación del bien jurídico, aunque estaría justificada por la voluntad del titular del mismo.

## b.3. Posición personal

En nuestra opinión, no es factible asumir las tesis diferenciadoras (acuerdo-consentimiento), en tanto y en cuanto, más allá de la redacción que pueda tener un tipo

<sup>556</sup> CHANG KCOMT, Romy. Naturaleza jurídica del consentimiento de bienes jurídico-penales: un análisis a la luz de la Constitución. p. 214. En: THEMIS-Revista de Derecho 67, 2015.

<sup>557</sup> LUZÓN PEÑA, Diego. El consentimiento en Derecho Penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal. p. 232. En: AA.VV. Libro homenaje al profesor José Hurtado Pozo. El penalista de dos mundos. Primera edición. IDEMSA. Lima, 2013.

<sup>558</sup> CHANG KCOMT, Romy. Naturaleza jurídica del consentimiento de bienes jurídico-penales: un análisis a la luz de la Constitución. p. 211. En: THEMIS-Revista de Derecho 67, 2015.

<sup>559</sup> HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Manual de Derecho Penal. Parte General. 4ta Edición. IDEMSA. Lima, 2011. p. 476.

penal en concreto, la figura del consentimiento, en tanto manifestación de la libertad de autodeterminación del ser humano, debe operar en todos los casos de la misma forma: excluyendo la tipicidad de la conducta cometida, en tanto no existe lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por decisión del titular.<sup>560</sup>

Como señala el profesor POLAINO ORTS:

(...) Antes bien, consideramos que tanto el acuerdo como el consentimiento han de tener el mismo tratamiento dogmático (pudiéndose usarse, pues, como sinónimos), y que el acuerdo aprobatorio por parte del titular de un bien jurídico es cuestión que excluye la tipicidad de la conducta. En efecto, no tiene sentido, según nuestro punto de vista, considerar que, frente al acuerdo, el consentimiento deja inmune la lesión típica, aunque –si el consentimiento es válido– excluya la antijuricidad de la acción. El consentimiento, como el acuerdo, sobre la aceptación de un determinado riesgo producido por un tercero presupone el derecho de autodeterminación del sujeto. Precisamente por disfrutar el sujeto de un ámbito de autonomía o de libertad sobre el manejo de bienes de su titularidad, cualquier que sea su decisión sobre el particular, y siempre que se trate de un consentimiento válido, excluirá ab initio cualquier incidencia lesiva en su propio ámbito de organización (...)<sup>561</sup>

Por ende, somos de la opinión que el consentimiento, en todos los casos, constituye una causa que excluye la tipicidad penal. Adoptamos, por tanto, la tesis monista.

### c. ¿Bienes jurídicos irrenunciables?

Si bien ha quedado determinado que el consentimiento, en tanto manifestación del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, excluye la tipicidad de una conducta, es necesario determinar sobre qué bienes jurídicos se puede emitir dicho consentimiento.

Cabe recordar que el artículo 20 inciso 10 del Código Penal afirma que la exención de responsabilidad penal por consentimiento se produce cuando: i) se emite por el titular del bien jurídico que se vulneraría con la conducta; ii) sea emitido válidamente, y; iii) éste se produzca respecto de un bien jurídico de libre disposición. Este último requisito se podría interpretar en el sentido de que, así como existen bienes jurídicos de libre disposición (sobre los que no existe problema en aplicar la figura del consentimiento), también existirían bienes jurídicos indisponibles, sobre los que no se podría consentir.

Sobre este punto, cabe precisar que la profesora CHANG KCOMT asume la tesis de que el consentimiento se puede concretizar en todos los bienes jurídicos penales individuales, al ser todos disponibles. Ello, en la medida de que los bienes jurídicos no solo tutelan el sustrato material que los conforma (vida, integridad, patrimonio), sino que además protegen la posibilidad de disposición –elección– por parte del individuo sobre los mismos,

<sup>560</sup> CHANG KCOMT, Romy. Naturaleza jurídica del consentimiento de bienes jurídico-penales: un análisis a la luz de la Constitución. p. 214. En: THEMIS-Revista de Derecho 67, 2015.

<sup>561</sup> POLAINO-ORTS, Miguel ¿Volenti non fit iniuria? Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento en Derecho penal. p. 22. Disponible en: [https://www.unifr.ch/ddpl/derechopenal/anuario/an\\_2003\\_11.pdf](https://www.unifr.ch/ddpl/derechopenal/anuario/an_2003_11.pdf) (consultado el 8 de febrero del 2017).

es decir, la capacidad de disposición que permite la autodeterminación, que es presupuesto de la dignidad.<sup>562</sup>

Sin embargo, existen argumentos para considerar lo contrario, es decir, que sí existen límites para el consentimiento de bienes jurídicos:

- Un sector de la doctrina reconoce que ciertos bienes jurídicos individuales no son disponibles, por lo que el consentimiento no tendría mayor efecto. En ese sentido, LUZÓN PEÑA señala lo siguiente:

“(…) el Derecho considera indisponibles algunos bienes jurídicos personales y allí el consentimiento no es eficaz como eximente: no es eficaz el consentimiento en la lesión de esos bienes jurídicos individuales porque jurídicamente se considera prevalente un interés comunitario en su salvaguarda sobre la eventual voluntad del sujeto pasivo de renunciar a su protección. En unos casos porque se trata de los bienes jurídicos más básicos y esenciales (vitales) de la persona y además irreparables, como la vida, o bien irreparables o muy difícilmente reparables como la integridad física y psíquica y la salud, con lo que el consentimiento en la destrucción de los mismos provocaría la imposibilidad de cambiar luego la decisión y sus efectos, y seguramente también porque se trata de consentimientos muy anómalos por ser contrarios al instinto de conservación, y en los que cabe temer o sospechar anomalías graves en tales decisiones o incluso la posibilidad de abusos para obtener tal consentimiento (...)”<sup>563</sup>

- En opinión de HURTADO POZO –que suscribimos- esta libertad de disposición de bienes jurídicos que tiene la persona no es absoluta, ya que podrá ser restringida en función a la ponderación de los intereses en conflicto.<sup>564</sup> En ese sentido, se señala, por ejemplo, que una persona puede admitir que su libertad de movimiento sea restringida, *“pero es inadmisibles el hecho que se someta a un régimen de esclavitud”*, lo que exige tener en cuenta la intangibilidad del núcleo esencial de los derechos humanos.<sup>565</sup>
- En la misma lógica, HURTADO POZO afirma que, en el caso de los delitos que tutelan la vida, la elaboración de estos tiene como punto de partida la ineficacia del consentimiento de la víctima, lo que explicaría que se reprima al que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente que ponga fin a sus dolores intolerables (Art. 111 C.P.). Esta solución se comprende si se considera, interpretando de un modo restrictivo la Constitución, que el derecho a la vida es tan importante que debe ser protegido aun contra el propio

<sup>562</sup> CHANG KCOMT, Romy. Naturaleza jurídica del consentimiento de bienes jurídico-penales: un análisis a la luz de la Constitución. p. 215. En: THEMIS-Revista de Derecho 67, 2015.

<sup>563</sup> LUZÓN PEÑA, Diego. El consentimiento en Derecho Penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal. pp. 228-229. En: AA.VV. Libro homenaje al profesor José Hurtado Pozo. El penalista de dos mundos. Primera edición. IDEMSA. Lima, 2013.

<sup>564</sup> HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Manual de Derecho Penal. Parte General. 4ta Edición. IDEMSA. Lima, 2011. p. 473

<sup>565</sup> HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Manual de Derecho Penal. Parte General. 4ta Edición. IDEMSA. Lima, 2011. p. 474

interesado.<sup>566</sup> Igualmente, tampoco sería válido el consentimiento en el caso de que el bien jurídico tutelado por el tipo penal sea de carácter colectivo.<sup>567</sup>

- De otro lado, existen casos en los que el tipo penal prevé una intervención de la víctima y se le protege de manera especial, como ocurre con los delitos sexuales contra un menor de catorce años (Art. 173), una persona en situación de dependencia o vigilancia o que se halle detenida, reclusa o internada (Art. 174). En opinión de HURTADO POZO, se debe seguir el mismo razonamiento que en los delitos contra la administración pública, en los que el legislador declara implícitamente inválido el consentimiento de la persona objeto del delito, por estar en un estado de inferioridad, de desamparo, frente al sujeto activo.<sup>568</sup>

Se advierte entonces que, respecto a la disponibilidad de bienes jurídicos, no siempre el consentimiento tiene validez: i) ya sea porque se trata de bienes jurídicos que pueden ser calificados de indisponibles, ii) ya sea porque el tipo penal en concreto expresamente consagra una protección especial a favor de ciertas víctimas, lo que hace que bienes disponibles no lo sean por la existencia de un medio que vicia el consentimiento o la presencia de un contexto que impida una disposición válida.

Dicho esto, a continuación se pasará a analizar el consentimiento en el tipo penal de trata de personas y su vinculación con los medios comisivos.

#### **4.1.4. La exigencia de los medios comisivos para el delito de trata de personas y su relación con el consentimiento de la víctima: posiciones a favor y en contra**

Como se señaló anteriormente, de acuerdo a la fórmula prevista en el artículo 153 de nuestro Código Penal, para el caso de víctimas adultas, el tipo penal de trata de personas exige que las conductas típicas (captación, transporte, traslado, acogida, recepción y retención), que tienen como fin la explotación de la víctima (ya sea de tipo sexual, laboral, mendicidad, venta de niños o de cualquier otra índole), se realicen con la utilización de medios comisivos (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).

Por tanto, se infiere que: i) los medios comisivos tienen por objeto doblegar la voluntad de la víctima, o no hacerla surgir nunca válidamente para estos efectos; ii) de concurrir estos medios comisivos, no se podrá alegar que existe consentimiento por parte de la víctima adulta.

En efecto, como refiere VILLACAMPA:

(...) En lo que al consentimiento se refiere (...) no se tendrá en cuenta toda vez que su prestación se haya obtenido empleando los medios propios de la trata, esto es, la

<sup>566</sup> HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Manual de Derecho Penal. Parte General. 4ta Edición. IDEMSA. Lima, 2011. p. 480.

<sup>567</sup> HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Manual de Derecho Penal. Parte General. 4ta Edición. IDEMSA. Lima, 2011. pp. 481-482.

<sup>568</sup> HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Manual de Derecho Penal. Parte General. IDEMSA. Lima, 2013 (verificar). p. 482.



coerción, el fraude o cualquier otro de los medios que implican abuso de poder mencionados en cualquiera de los tres instrumentos. La razón de dicha negación no debe buscarse en que arbitrariamente quiera negarse validez al consentimiento libremente prestado por un adulto a ser objeto de cualquier actividad, sino al empleo de los referidos medios, que convierten en inválido tal consentimiento.<sup>569</sup>

Ello determina, como lo señala el Art. 153 inciso 4 del Código Penal, 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*”.

Mientras que, en el caso de víctimas menores de edad, la presencia de los medios comisivos no es necesaria. Es decir, basta con la realización de algunas de las acciones antes indicadas, a las que debe acompañar la concurrencia de una de las finalidades de explotación para colmar todos los requisitos del concepto en este caso. De acuerdo a la doctrina, la razón de haber rebajado el umbral de exigencia de lo que normativamente debe considerarse como trata en este caso tiene que ver con el hecho de que los niños, niñas y adolescentes se consideran víctimas especialmente vulnerables;<sup>570</sup> lo que además, en el caso peruano, se corrobora con la información estadística que se cuenta.<sup>571</sup>

La presencia de los medios comisivos para el caso de víctimas adultas ha generado un debate en la doctrina, por lo que actualmente se identifican dos posiciones sobre el tema:

- **Una primera posición**, que considera que los medios comisivos sí deben exigirse para el caso de víctimas adultas en el delito de trata de personas. Por ende, en caso no se presenten los medios comisivos no se configurará el delito, por cuanto se entenderá que existe una libre manifestación de voluntad por parte del sujeto.
- **Una segunda posición**, que es de la opinión de que la gravedad del delito bajo análisis, así como las condiciones particulares de la víctima permitirían omitir la concurrencia de cualquier medio comisivo en el delito de trata de personas. En ese sentido, en ningún escenario la persona adulta (y no solo un menor de edad) puede manifestar libremente su consentimiento.

#### **a. Primera posición: sí deben exigirse los medios comisivos en el delito de trata**

Respecto de la **primera posición**, DAUNIS RODRÍGUEZ señala que “*(...) estamos ante un delito de medios determinados en el que el tratante tiene que doblegar o disminuir la voluntad del sujeto pasivo. Expresado de otra forma, para poder activarse el tipo, debe verificarse que la víctima no consintió las acciones de trata o que, como mínimo, desconocía las verdaderas pretensiones del sujeto activo*”.<sup>572</sup>

Inclusive, este autor va más allá, al afirmar que, no concurrir los medios comisivos en un caso concreto, se puede inferir que el sujeto pasivo, en el marco de su libre voluntad, se

<sup>569</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional. Thomson Reuters-Aranzadi. Pamplona, 2011. Pág. 40.

<sup>570</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional. Thomson Reuters-Aranzadi. Pamplona, 2011. Pág. 39.

<sup>571</sup> A mayor abundamiento ver en: Introducción.

<sup>572</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. El delito de trata de seres humanos. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Pág. 92.

sometió a una situación de explotación sin que ello afecte el bien jurídico protegido por este delito, como es la dignidad:

(...) No cabe duda que determinadas formas de explotación suponen la imposición de condiciones de trabajo o de la prestación sexual muy por debajo de los estándares legales y/o normales de desarrollo de la actividad; pero, a pesar que dicha explotación pueda suponer un indicio de que el consentimiento de la víctima estaba viciado, resulta necesario probar para cada supuesto que la decisión de la persona no fue libre o voluntaria. En caso contrario, cuando la persona acepte libremente su propia explotación perjudicial no existirá lesión alguna a su dignidad humana. En definitiva, la trata de seres humanos implica no sólo condiciones perjudiciales de ejercicio de la actividad sino, fundamentalmente, que la víctima se oponga (o desconozca) a dicha explotación.<sup>573</sup>

Por tanto, para que opere el delito de trata de personas -en opinión de este autor-, es necesario probar que se doblegó de forma efectiva la voluntad de la víctima, sin poder presumirse -por el hecho de concurrir una finalidad de explotación del objeto de la conducta- la ausencia del consentimiento o que el mismo estaba viciado. De allí que *“(...) en aquellos supuestos en los que la persona acepte voluntariamente desplazarse hacia otro lugar para ser explotado sexual o laboralmente, incluso, bajo condiciones perjudiciales, no habrá trata de seres humanos”*.<sup>574</sup>

Éste es el modelo reconocido en la legislación peruana y española.

#### **b. Segunda posición: no deben exigirse los medios comisivos en el delito de trata**

Sobre la **segunda posición**, la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) ha reconocido que la presencia de medios comisivos en el delito de trata de personas es un aspecto polémico, que constituye una *“debilidad”* del Protocolo de Palermo:

(...) Otro aspecto que viene a destacar el Protocolo de Palermo es el manejo que se hace del consentimiento de la víctima de la trata de personas (...) en relación con las personas mayores de edad, el Protocolo considera que el consentimiento otorgado no es válido cuando el autor del delito haya utilizado engaño, coerción, amenaza, fuerza o cualquier otro tipo de manifestación de violencia. A contrario sensu, si una persona adulta consiente en el traslado y el medio de explotación, los responsables no son punibles. No obstante (...) esta posición está siendo superada rápidamente por la realidad que establece las complejidades del consentimiento en los casos de trata de personas siempre está sujeto a factores anteriores o actuales que afectan el acuerdo de la víctima. Por ende, esta apreciación del consentimiento en relación a víctimas adultas es una de las debilidades del Protocolo, ya que aunque la víctima adulta haya consentido, lo cierto es que la organización que la ha involucrado en condiciones de trata de personas, es una organización creada para delinquir, que realiza una serie de actos delictivos conexos y que, además, tiene medios para presionar a las víctimas para que nieguen que fueron sometidas a coacción, ya sea mediante el uso de amenazas o de otras prácticas para amedrentar.<sup>575</sup>

<sup>573</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. El delito de trata de seres humanos. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Pág. 79.

<sup>574</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. El delito de trata de seres humanos. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Pág. 70.

<sup>575</sup> UNODC. MANUAL SOBRE LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS Guía de Autoaprendizaje. Costa Rica, 2010. p. 59. Disponible en: [https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/AUTO\\_APRENDIZAJE.pdf](https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/AUTO_APRENDIZAJE.pdf) (consultado el 5 de abril del 2016).

Por tanto, la apreciación del consentimiento es compleja, por cuanto en muchos casos la víctima, tras un aparente consentimiento, oculta una situación de coerción o amenaza, realizada de manera encubierta en muchos casos por organizaciones criminales.

En atención a ello, la UNODC ha sentado posición sobre el tema, afirmando por qué el consentimiento, en ningún caso, tiene validez en el delito de trata de personas:

(...) En el delito de trata de personas, el consentimiento de la víctima a los requerimientos del tratante no es relevante. La trata se basa en abuso de poder. Este fenómeno se manifiesta en las diferentes formas de violencia que utiliza el tratante para reclutar y controlar a las víctimas hasta el momento en que son entregadas a los explotadores. La mayor parte de las víctimas tienen una historia anterior de abuso u otras formas de violencia y/o son literalmente engañadas utilizando situaciones de vulnerabilidad como la pobreza, bajo nivel educativo y estados de incapacidad. Uno de los factores que favorece el acercamiento del tratante es su relación de poder o confianza con la víctima. Puede tratarse de sus padres, hermanos, tíos, abuelos, entre otros o personas cercanas del trabajo, el centro de estudio o el vecindario. En el caso de las personas menores de edad son sus representantes legales quienes usualmente son abordados por los tratantes para tener acceso al niño, niña o adolescente. El consentimiento de la víctima no se toma en cuenta en ninguna de las fases de la trata de personas, ya sea reclutamiento, traslado o explotación. En todas ellas persisten los factores de intimidación, manipulación o fuerza. **En la práctica jurídica, algunos países han considerado en sus legislaciones sobre trata de personas que la víctima mayor de edad que consiente en la actividad de trata sin que medie engaño, coerción, amenaza o fuerza no es víctima y por lo tanto no hay delito. Esta es una tendencia que está desapareciendo rápidamente ante la consideración de que la víctima no consiente libremente en ser explotada**<sup>576</sup> (resaltado nuestro).

Asimismo, existen diversos autores que consideran que en el delito de trata de personas no puede operar el consentimiento, toda vez que tutela la dignidad del ser humano, que es un bien jurídico indisponible. Así, DANIEL ADLER afirma que “(...) *la explotación humana implica una clara vulneración de la persona humana, a quien de ese modo se la mercantiliza y cosifica. Por ello no puede admitirse libertad alguna en el consentimiento, el que se encuentra viciado por esa explotación de la condición humana. La dignidad no puede ser objeto de disposición o transacción de ningún tipo*”.<sup>577</sup>

Adicionalmente, este autor señala que:

La cuestión sobre la indisponibilidad del consentimiento o su ineficacia para disponer jurídicamente de determinados bienes jurídicos, no es cuestión discutida en el derecho penal. La prohibición de la eutanasia es quizás el ejemplo más claro. La dignidad de las personas, al igual que la vida, es un bien indisponible para su titular. Un pacto de esclavitud resulta inaceptable.<sup>578</sup>

Igualmente, MARCELO COLOMBO y MARÍA ALEJANDRA MANGANO afirman que la discusión sobre la imposibilidad de consentir sobre la dignidad humana también se ha

<sup>576</sup> UNODC. MANUAL SOBRE LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS Guía de Autoaprendizaje. Costa Rica, 2010. p. 10. Disponible en: [https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/AUTO\\_APRENDIZAJE.pdf](https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/AUTO_APRENDIZAJE.pdf) (consultado el 5 de abril del 2016).

<sup>577</sup> ADLER. Daniel E. Principios para la interpretación de la trata de personas. p. 35. En: Revista Derecho Penal y Criminología. Año IV, N° 2. Marzo, 2014. La Ley. Buenos Aires.

<sup>578</sup> ADLER. Daniel E. Principios para la interpretación de la trata de personas. p. 36. En: Revista Derecho Penal y Criminología. Año IV, N° 2. Marzo, 2014. La Ley. Buenos Aires.

producido en la tradición angloamericana. En efecto, señalan que en ese ámbito se ha entendido que hay actos que son impermisibles debido a que violan la dignidad de los participantes y la dignidad es tan esencial a nuestra humanidad que, en caso de conflicto entre un consentimiento legalmente válido y la dignidad, el primero debe decaer a favor del segundo. En particular MEIR DAN COHEN argumenta que la razón por la cual la sociedad rechaza la esclavitud, incluso en el hipotético caso de los “esclavos felices”, es debido a que la esclavitud representa un “paradigma de injusticia” que según sus propios términos niega valor moral a las personas y por lo tanto no les confiere respeto.<sup>579</sup>

Por tanto, afirman que “(...) el consentimiento podría ser eficaz para excluir la tipicidad sólo en aquellos delitos en los cuales el interés jurídico involucrado pueda ser disponible por su titular. El delito de trata de personas, según nuestro parecer, no puede ser uno de estos delitos”.<sup>580</sup>

Este razonamiento ha sido determinante para que en determinados ordenamientos jurídicos se supriman los medios comisivos del tipo penal de trata de personas en caso de víctimas adultas, considerando que algunas formas de explotación son coercitivas por su propia naturaleza. En esos casos, la definición incluye una referencia a los actos (captación, transporte, transferencia, acogida y recepción) y a la finalidad de explotación. De esta manera se “(...) facilita el enjuiciamiento de delitos de trata de personas y ha resultado eficaz en ese contexto”.<sup>581</sup> Inclusive, se tiende a ubicar a los medios comisivos como agravantes con penas mayores a las del tipo penal simple.<sup>582</sup>

Entre los países cuyas legislaciones suprimen los medios como elementos del tipo penal de trata de personas se encuentran Argentina, Colombia y México, como se aprecia a continuación:

REGULACIÓN DE LA TRATA DE PERSONAS		
PAÍS	NORMA SOBRE TRATA DE PERSONAS	DEFINICIÓN DEL TIPO BASE

<sup>579</sup> COLOMBO, Marcelo y MÁNGANO, María Alejandra. El consentimiento de la víctima en la trata de personas y un análisis sobre los medios comisivos previstos en la figura penal. Pág. 3. Disponible en: <http://www.mseg.gba.gov.ar/mjysseg/Trata/consentimiento%20y%20medios%20comisivos.pdf> (consultado el 23 de marzo de 2016).

<sup>580</sup> COLOMBO, Marcelo y MÁNGANO, María Alejandra. El consentimiento de la víctima en la trata de personas y un análisis sobre los medios comisivos previstos en la figura penal. Pág. 3. Disponible en: <http://www.mseg.gba.gov.ar/mjysseg/Trata/consentimiento%20y%20medios%20comisivos.pdf> (consultado el 23 de marzo de 2016).

<sup>581</sup> OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. Ley modelo contra la trata de personas. Naciones Unidas. Nueva York, 2010. p. 32. Disponible en: <https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/TIP-Model-Law-Spanish.pdf> (consultado el 4 de abril de 2016).

<sup>582</sup> UNODC. MANUAL SOBRE LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS. Guía de Autoaprendizaje. Costa Rica, 2010. p. 14. Disponible en: [https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/AUTO\\_APRENDIZAJE.pdf](https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/AUTO_APRENDIZAJE.pdf) (consultado el 5 de abril del 2016).

<p><b>Argentina</b></p>	<p>CODIGO PENAL DE LA NACION ARGENTINA</p> <p>LEY 11.179 (T.O. 1984 actualizado)<sup>583</sup></p>	<p><i>ARTICULO 145 bis. - Será reprimido con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediere el consentimiento de la víctima.</i></p> <p>(Artículo sustituido por art. 25 de la Ley N° 26.842 B.O. 27/12/2012)</p> <p><i>ARTICULO 145 ter. - En los supuestos del artículo 145 bis la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, cuando:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <li><i>1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.</i></li> <li><i>2. La víctima estuviere embarazada, o fuere mayor de setenta (70) años.</i></li> <li><i>3. La víctima fuera una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma.</i></li> <li><i>4. Las víctimas fueren tres (3) o más.</i></li> <li><i>5. En la comisión del delito participaren tres (3) o más personas.</i></li> <li><i>6. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.</i></li> <li><i>7. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.</i></li> </ol> <p><i>Cuando se lograra consumar la explotación de la víctima objeto del delito de trata de personas la pena será de ocho (8) a doce (12) años de prisión.</i></p>
-------------------------	--	---

<sup>583</sup> Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#19> (consultado el 23 de marzo de 2016).

		<p><i>Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión.</i></p>
<b>Colombia</b>	<p>Código penal colombiano (Ley 599 de 2001). Publicada en el diario oficial número 44.097 del 24 de julio de 2000<sup>584</sup></p>	<p><i>Artículo 188-A. Trata de personas. [Penas aumentadas por el artículo 14 de la ley 890 de 2004] <b>El que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación, incurrirá en prisión de trece (13) a veintitrés (23) años y una multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</b></i></p> <p><i>Para efectos de este artículo se entenderá por explotación el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación.</i></p> <p><i>El consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación definida en este artículo no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal.</i></p> <p><i>Artículo 188-B. Circunstancias de agravación punitiva. [Adicionado mediante el artículo 3 de la ley 747 de 2002] Las penas para los delitos descritos en el artículo 188 y 188-A, se aumentará de una tercera parte a la mitad, cuando:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <li><i>1. Cuando se realice en persona que padezca, inmadurez psicológica, trastorno mental, enajenación mental y trastorno psíquico, temporal o permanentemente o sea menor de 18 años.</i></li> <li><i>2. Como consecuencia, la víctima resulte afectada en daño físico permanente y/o lesión psíquica, inmadurez mental, trastorno mental en forma temporal o permanente o daño en la</i></li> </ol>

<sup>584</sup> Información disponible en: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l\\_20130808\\_01.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20130808_01.pdf) (consultado el 4 de abril de 2016).

		<p>salud de forma permanente.</p> <p>3. El responsable sea cónyuge o compañero permanente o pariente hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil.</p> <p>4. El autor o partícipe sea servidor público.</p> <p>Parágrafo. Cuando las conductas descritas en los artículos 188 y 188-A se realicen sobre menor de doce (12) años se aumentará en la mitad de la misma pena.</p>
<b>México</b>	<p><i>Ley General para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos</i><sup>585</sup></p> <p>Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de junio de 2012 TEXTO VIGENTE</p> <p>Última reforma publicada DOF 19-03-2014</p>	<p><b>Artículo 10.- Toda acción u omisión dolosa de una o varias personas para captar, enganchar, transportar, transferir, retener, entregar, recibir o alojar a una o varias personas con fines de explotación se le impondrá de 5 a 15 años de prisión y de un mil a veinte mil días multa, sin perjuicio de las sanciones que correspondan para cada uno de los delitos cometidos, previstos y sancionados en esta Ley y en los códigos penales correspondientes. Se entenderá por explotación de una persona a:</b></p> <p><i>I. La esclavitud, de conformidad con el artículo 11 de la presente Ley;</i></p> <p><i>II. La condición de siervo, de conformidad con el artículo 12 de la presente Ley;</i></p> <p><i>III. La prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, en los términos de los artículos 13 a 20 de la presente Ley;</i></p> <p><i>IV. La explotación laboral, en los términos del artículo 21 de la presente Ley;</i></p> <p><i>V. El trabajo o servicios forzados, en los términos del artículo 22 de la presente Ley;</i></p> <p><i>VI. La mendicidad forzosa, en los términos del artículo 24 de la presente Ley;</i></p> <p><i>VII. La utilización de personas menores de dieciocho años en actividades delictivas, en los términos del artículo 25 de la presente Ley;</i></p> <p><i>VIII. La adopción ilegal de persona menor de dieciocho años, en los términos de los artículos 26 y 27 de la presente Ley;</i></p> <p><i>IX. El matrimonio forzoso o servil, en los términos del artículo 28 de la presente Ley, así como la situación prevista en el artículo 29;</i></p> <p><i>X. Tráfico de órganos, tejidos y células de seres humanos vivos, en los términos del artículo 30 de la presente Ley; y</i></p> <p><i>XI. Experimentación biomédica ilícita en</i></p>

<sup>585</sup> Información disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPOSEDMTP.pdf> (consultado el 4 de abril del 2016).

		<i>seres humanos, en los términos del artículo 31 de la presente Ley.</i>
--	--	---

A modo de ejemplo, el delito de trata de personas en Argentina (contemplado en los artículos 145 bis y 145 ter del Código Penal),<sup>586</sup> fue modificado mediante Ley N° 26.842<sup>587</sup>, que surgió como respuesta a la absolución de los inculpados en el caso de María de los Ángeles “Marita” Verón, por parte de la Sala II de la Cámara Penal de la ciudad de Tucumán.<sup>588</sup> Dentro de los cambios realizados, varía el tratamiento al consentimiento de la víctima, toda vez que: a) los medios comisivos dejan de formar parte del tipo base, para pasar a ser agravantes del delito de trata de personas; b) se establece expresamente que *“el consentimiento dado por la víctima de la trata y explotación de personas no constituirá en ningún caso causal de eximición de responsabilidad penal, civil o administrativa de los autores, partícipes, cooperadores o instigadores”*.

Para entender esta modificación es importante acudir a los proyectos de ley que la originaron. Por ejemplo, en el caso de la senadora Adriana Bortolozzi, el consentimiento en mayores de edad no tiene relevancia alguna, dado que en un contexto de trata de personas la víctima adulta no tiene autonomía para decidir, al encontrarse en una situación de subordinación:

*“(…) las víctimas de trata de personas no tienen libertad para elegir, toda vez que su voluntad se encuentra fuertemente condicionada por la violencia física o moral ejercida en su contra, en ningún caso el eventual consentimiento a someterse a esa aberrante situación tendrá efectos jurídicos. Las víctimas de la trata de personas no tiene posibilidad de elegir ni de liberarse de esa situación de servidumbre por estar un plano de franca desigualdad y desprotección social frente al victimario. Las víctimas no pueden disponer del bien jurídico protegido por la ley mediante su consentimiento, ya que este tipo de delitos no es de instancia privada. Nuestro proyecto tiene por finalidad, establecer que en ningún caso, podrá considerarse al consentimiento brindado por la víctima de la trata de personas como causal eximente de la responsabilidad penal, civil o administrativa en favor de los victimarios. A esos efectos, frente a la responsabilidad delictiva de los autores de la trata de personas debe ser indiferente e irrelevante la circunstancia que la víctima de tal execrable delito mayor de dieciocho años haya prestado su consentimiento. Sabido es, que el Estado tiene por finalidad alcanzar el bienestar general de la población. No vemos de qué manera el Estado pueda cumplir con esa finalidad en tanto su legislación permita a los autores de la trata de personas eximir su responsabilidad penal mediante el consentimiento de la víctima mayor de dieciocho años, quien además de sufrir ese grave delito se encuentra en un verdadero estado de indefensión por la violencia física y moral sufrida.*

*Finalmente el proyecto deja sin efecto la carga de la víctima de trata de personas de demostrar que fue engañada o víctima de fraude, violencia física o moral, intimidación o recibió pagos”*.<sup>589</sup>

<sup>586</sup> LEY 11.179. Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#19> (consultado el 23 de marzo de 2016).

<sup>587</sup>Publicada en el Boletín Oficial del 27 de diciembre del 2012

<sup>588</sup> GRBAVAC, Hernán ¿Tras los pasos del modelo sueco? La nueva regulación del delito de promoción o facilitación de la prostitución de mayores de edad en Argentina. Pág. 85. En: Revista Derecho Penal y Criminología. Volumen XXXVII, número 102, enero-junio de 2016. Universidad Externado de Colombia.

<sup>589</sup> Proyecto de ley de la Sra. Senadora Bortolozzi, que modifica la ley 26.364 –Trata de personas- por el cual se excluye el consentimiento de la víctima como causal eximente de responsabilidad penal, civil o administrativa, para el que cometiére el delito (S-2711/10). CITADO EN: GHEZZI, Antonela. Relevamiento normativo en materia de prevención y



Mientras que para el senador Roy Abelardo Nikisch, una persona que llega a situaciones extremas como es la trata de personas se encuentra condicionada por determinados factores, lo que vicia su voluntad:

“(…) La Ley debió especificar explícitamente que el delito se configura aunque la víctima haya prestado su consentimiento, o asentimiento cualquier sea su edad, en concordancia con los requisitos del Protocolo de Palermo.

Que no se tenga en cuenta el consentimiento de la víctima y que la ley no establezca diferencias entre mayores y menores de 18 años constituye un hecho fundamental para estar en consonancia con los compromisos internacionales de derechos humanos que nuestro país ha suscrito.

El consentimiento es irrelevante o debe serlo para la configuración del delito, ya que es claro que las personas sometidas a cualquier explotación llegar a esa instancia en un estado de vulnerabilidad personal, familiar y social en el cual sus decisiones se encuentran condicionadas”.<sup>590</sup>

Finalmente, para la doctrina, la supresión del consentimiento en el delito de trata de personas en Argentina puede responder a la necesidad de: a) evitar la instalación de bandas o asociaciones dedicadas a la trata en territorio argentino; b) garantizar la efectiva vigencia del principio de igualdad ante la ley, al prohibir que estas conductas redunden en un beneficio indebido para la “asociación” empleadora, en tanto parte con poder en el contrato laboral, con el desmedro del “trabajador” (por ejemplo, consentir una remuneración inferior al salario mínimo vital), y; c) asegurar el efectivo ejercicio de la libertad por parte de la víctima, al vedarse que ésta pueda consentir ciertas privaciones que traerían implicancias la anulación o un marcado deterioro en las posibilidades de que su “yo futuro” pueda ejercer su libertad.<sup>591</sup> De allí se afirma que la supresión del consentimiento en el delito de trata no presenta ningún problema, en la medida que la relación entre tratante y víctima es igual a una situación de esclavitud o servidumbre.<sup>592</sup>

Por su parte, sobre la modificación, GUSTAVO ABOSO señala lo siguiente:

“(…) Uno de los principales temas que motivaron la nueva regulación del delito de trata de personas se originó precisamente en el alcance jurídico dado al consentimiento de la víctima. La regulación original del delito de trata de personas también le restaba eficacia jurídica al asentimiento o acuerdo prestado por la víctima cuando se presentasen cualesquiera de los medios comisivos expresados por la norma, es decir, se hacía referencia a los medios comisivos violentos o equiparables a ellos donde el consentimiento de la víctima no podía ser sostenido como una expresión de una voluntad libre. Ahora, la nueva regulación del delito de trata de personas establecida por

---

sanción del delito de trata de personas y de organismos estatales articulados. Pág. 86. En: Trata de Personas. Políticas de Estado para su prevención y sanción. Infojus-Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Buenos Aires, 2013.

<sup>590</sup> Proyecto de ley del Sr. Senador Nikisch, que modifica la ley 26.364, de Prevención y Sanción de Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas (S-2447/10). CITADO EN: GHEZZI, Antonela. Relevamiento normativo en materia de prevención y sanción del delito de trata de personas y de organismos estatales articulados. Pág. 87. En: Trata de Personas. Políticas de Estado para su prevención y sanción. Infojus-Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Buenos Aires, 2013.

<sup>591</sup> GRBAVAC, Hernán ¿Tras los pasos del modelo sueco? La nueva regulación del delito de promoción o facilitación de la prostitución de mayores de edad en Argentina. Págs. 86-87. En: Revista Derecho Penal y Criminología. Volumen XXXVII, número 102, enero-junio de 2016. Universidad Externado de Colombia.

<sup>592</sup> GRBAVAC, Hernán ¿Tras los pasos del modelo sueco? La nueva regulación del delito de promoción o facilitación de la prostitución de mayores de edad en Argentina. Pág. 88. En: Revista Derecho Penal y Criminología. Volumen XXXVII, número 102, enero-junio de 2016. Universidad Externado de Colombia.

la Ley N° 26.842 deja a un lado de manera consciente la necesidad de comprobar la presencia de dichas modalidades violentas y se inclina directamente por excluir en todo caso la validez jurídica del consentimiento prestado por la víctima de este delito. La finalidad de explotación humana que conlleva necesariamente este delito de trata que lo diferencia de otros comportamientos penales análogos, es condición suficiente para dar por probado que la voluntad aquiescente del sujeto pasivo carece de toda virtualidad jurídica.”<sup>593</sup>

Como se advierte, de acuerdo a esta segunda posición existe la falsa creencia de que el delito de trata de personas se comete siempre mediante el uso de la violencia o fraude, en cambio muchas veces las víctimas conocen su destino y las condiciones de explotación a las que serán sometidas. Por tanto, en la medida que la persona se transforma en un objeto de mercancía -sobre el cual gira la trata de personas como nueva forma de exteriorización de la esclavitud-, el consentimiento prestado por el sujeto pasivo no debe ser valorado como expresión de una voluntad libre de todo condicionamiento, porque precisamente en estos casos el sujeto se encuentra inmerso en una situación de vulnerabilidad producto de la marginalidad social, económica y política a la que es conducido por el sistema de mercado, que le impide negociar en un plano de igualdad.<sup>594</sup>

En conclusión, se advierten dos posiciones: i) los que consideran necesario que, para el caso de víctimas mayores de edad existan medios comisivos que dobleguen su voluntad (lo que determina que pueda existir consentimiento en caso no se verifiquen estos medios comisivos en el caso concreto), y; ii) los que consideran que deben suprimirse los medios comisivos del tipo penal, tanto para menores como para adultos (por lo que no cabe el consentimiento en el delito de trata de personas).

#### **4.1.5. Posición personal**

Ciertamente, este es un tema polémico, donde existen argumentos de ambas posiciones. A continuación se tratará de determinar: i) si la presencia de los comisivos es indispensable como elemento del tipo penal de trata de personas y; ii) en qué medida es viable o no la figura del consentimiento de la víctima en el delito de trata de personas, si se asume como bien jurídico protegido la dignidad, en su dimensión de no cosificación vejatoria y humillante del ser humano.

##### **a. Sobre la presencia de los medios comisivos en el concepto de trata de personas**

###### **a.1. Definición de los medios comisivos en el delito de trata de personas (con especial énfasis en la situación de vulnerabilidad)**

De acuerdo a la doctrina, los medios incluidos en la definición del delito de trata de personas se caracterizan por alterar la libertad de decisión de la víctima, impidiendo que ésta pueda tomar decisiones de forma libre. Como resultado, se produce una relación de dominio, abuso y sometimiento, cuya característica principal es la falta de libertad, de seguridad, de autodeterminación personal y de autonomía de pensamiento, de acción y

<sup>593</sup> ABOSO, Gustavo Eduardo. Trata de personas. La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual. Ed. B de F. Madrid, 2013. Pág. 90.

<sup>594</sup> ABOSO, Gustavo Eduardo. Trata de personas. La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual. Ed. B de F. Madrid, 2013. Págs. 90-92.

de movimiento. Es decir, la víctima pierde el control sobre sí misma.<sup>595</sup> Solo en el caso de los menores de edad, tanto en el Protocolo de Palermo como en las legislaciones nacidas a partir de dicho instrumento (incluyendo la peruana), los medios comisivos no son exigidos, al presumirse *irrelevante* el consentimiento de los niños, niñas y adolescentes, siempre que la captación, transporte, traslado, recepción, acogida o retención tengan fines de explotación sexual o laboral.<sup>596</sup>

De allí que se considere que los medios comisivos denotan la ausencia de un consentimiento, además de ser el mecanismo a través del cual el tratante persigue su objetivo de explotar sexual o laboralmente a la víctima.<sup>597</sup>

Como afirma JOSUNE LÓPEZ:

(...) En todo caso, desde un plano objetivo, estos medios tienen que ser idóneos para neutralizar la voluntad contraria de la víctima, y desde un plano subjetivo, el empleo de los mismos tiene que perseguir la anulación o manipulación de la voluntad de la víctima. De este modo, el consentimiento que se haya obtenido como consecuencia del empleo de alguno de estos medios será irrelevante.<sup>598</sup>

A partir de los medios comisivos utilizados, la trata de personas puede clasificarse en: *i) trata forzada*, que implica el empleo de la violencia o la intimidación; *ii) trata fraudulenta*, que se realiza a través del engaño, y; *iii) trata abusiva*, que se configura cuando el sujeto activo hace uso de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima.<sup>599</sup>

Al respecto, si bien se puede constatar el vicio de la voluntad en los casos de trata forzada (cuando se recurre a la violencia o amenaza) y en la fraudulenta (mediante engaños o fraudes), no ocurre lo mismo en los casos de trata abusiva -que se produce cuando el sujeto activo se vale de la situación de vulnerabilidad de la víctima-, toda vez que no se entiende claramente a qué se refiere con ello. Cabe precisar que, mientras que en la trata forzada y fraudulenta se evidencia claramente que el sujeto activo es quien crea el medio comisivo, inexistente hasta ese entonces, para doblegar la voluntad de la víctima (violencia, amenaza, engaño, etc); en el caso de la trata abusiva (que se realiza a partir del aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad), el sujeto activo no crea el medio comisivo, sino que se vale de una situación preexistente de la víctima, de la cual se aprovecha.

De acuerdo a MAQUEDA ABREU, la inclusión del elemento “abuso de situación de vulnerabilidad”, dentro del concepto de trata de personas -que se incluyó en el Protocolo de Palermo- generó una confusión con el fenómeno de tráfico de migrantes –regulado

<sup>595</sup> LÓPEZ RODRÍGUEZ, Josune. Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra, 2016. Pág. 62.

<sup>596</sup> MONTOYA VIVANCO, Yván. El delito de trata de personas como delito complejo y sus dificultades en la jurisprudencia peruana. Pág. 399. En: Revista Derecho PUCP. N° 76, 2016.

<sup>597</sup> MONTOYA VIVANCO, Yván. El delito de trata de personas como delito complejo y sus dificultades en la jurisprudencia peruana. Pág. 399. En: Revista Derecho PUCP. N° 76, 2016.

<sup>598</sup> LÓPEZ RODRÍGUEZ, Josune. Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra, 2016. Pág. 88

<sup>599</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación. p. 844. En: Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña No 14 (2010). Disponible en: [http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/8302/1/AD\\_14\\_2010\\_art\\_41.pdf](http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/8302/1/AD_14_2010_art_41.pdf) (consultado el 20 de noviembre de 2015).

también en su propio protocolo-, equiparándolos, en la medida que la situación de vulnerabilidad era un elemento propio del tráfico de migrantes, y se refería a las situaciones de incertidumbre administrativa.<sup>600</sup>

Por otro lado, de acuerdo a la Oficina de Naciones Unidas para la Droga y el Delito (UNODC, el “*abuso de una situación de vulnerabilidad*”, debe entenderse como referida a toda situación en que la persona interesada no tiene más opción verdadera ni aceptable de someterse al abuso de que se trata.<sup>601</sup>

Cabe precisar que en otras experiencias, el elemento referido a la situación de vulnerabilidad ya ha sido recogido a nivel normativo. Así, de acuerdo al artículo 2 inciso 2 de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 5 de abril del 2011, “*existe una situación de vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso*”. De igual forma, el artículo 177 bis, inciso 1, último párrafo, del Código Penal español indica que “*existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso*”.

A mayor abundamiento, en el informe explicativo del Convenio de Varsovia se indica que la vulnerabilidad puede ser de cualquier tipo: física, psicológica, emocional o familiar, social o económica, de manera que puede incluir supuestos de inseguridad relacionados con la residencia ilegal de la víctima en el país de destino, dependencia económica o salud frágil.<sup>602</sup>

Esta situación de vulnerabilidad presente en la trata de personas responde a que, como lo señala el profesor YVÁN MONTOYA, los estudios victimológicos y el propio Protocolo de Palermo parten de considerar que existen una serie de factores que condicionan la situación vulnerable de una víctima, como es la precaria situación económica que padecen (pobreza), la falta de oportunidades en el contexto en el que se desenvuelve, la relación de dependencia –psicológica o económica- con el victimario, la relación de autoridad que ejerce el victimario sobre la víctima, etc. Es por ello que el tipo penal contempla no solo los clásicos mecanismos previstos en diversos delitos, como son la violencia, la amenaza y el engaño para doblegar la voluntad de la víctima, sino que también incluye el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de ésta.<sup>603</sup>

De otro lado, VILLACAMPA ESTIARTE, en una interesante investigación de campo en España, a partir de entrevistas con víctimas de trata de personas encarceladas, grafica claramente en qué consiste el “*abuso de una situación de vulnerabilidad*”.<sup>604</sup>

- En ocasiones, la vulnerabilidad de la víctima se manifiesta en el propio momento de su captación, de modo que la actuación de los tratantes se concreta básicamente en aprovechar o abusar de las dificultades que la víctima

<sup>600</sup> MAQUEDA ABREU, María Luisa. Prostitución, feminismos y derecho penal. Comares. Granada, 2009. pp. 131-132.

<sup>601</sup> UNODC. Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Naciones Unidas. Nueva York, 2004. p. 271.

<sup>602</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina y TORRES ROSELL, Nuria. Mujeres víctimas de trata en prisión en España. p. 135. En: Revista de Derecho Penal y Criminología. 3era Época, N° 8 (2012). UNED.

<sup>603</sup> MONTOYA VIVANCO, Yván. El delito de trata de personas como delito complejo y sus dificultades en la jurisprudencia peruana. Pág. 401. En: Revista Derecho PUCP. N° 76, 2016.

<sup>604</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina y TORRES ROSELL, Nuria. Mujeres víctimas de trata en prisión en España. pp. 463-468. En: Revista de Derecho Penal y Criminología. 3era Época, N° 8 (2012). UNED.

experimentaba (esto se produce en los supuestos en que la mujer atraviesa serias dificultades económicas, potenciadas en ocasiones por el hecho de tener hijos a su cargo que dependen exclusivamente de ellas, y por existir una situación laboral inestable o inexistente, con escaso apoyo familiar).

- En ocasiones, la relación entre el tratante y la víctima incluye obligaciones financieras, lo que hace a ésta dependiente económicamente de aquel (caso de deuda contraída por la víctima por los gastos de hospedaje y manutención durante el periodo de explotación, como por la existencia previa de una deuda sobre la que el tratante se ofreció en ayudar a liquidar y que, con el tiempo se hizo una deuda mayor).
- Asimismo, la vulnerabilidad de la víctima en fase de captación puede surgir o acrecentarse por el propio aislamiento en el que se halla esta, con dificultades o imposibilidad de relación con su entorno, ya por desconocimiento del idioma del país en el que se encuentra, ya por la falta de contacto con otras personas que no sean los propios tratantes.
- En otros supuestos, la vulnerabilidad de la víctima se manifiesta en la fase de traslado, cuando la mujer pierde el contacto con la persona que inicialmente logró captarla para su participación en la trama, lo que disminuye las posibilidades de escapar de la situación de abuso.
- En otros casos, la vulnerabilidad y consiguiente superioridad del tratante se construye convirtiendo a la víctima en adicta -mediante el empleo de narcóticos o sustancias psicotrópicas o alcohol-, buscando crear una adicción en relación con la sustancia suministrada que posibilite al tratante aumentar el control sobre la víctima. Asimismo, aunque la determinación al consumo de estupefacientes no tiene que haber sido necesariamente impuesto por vía coactiva, pueden darse situaciones en las que el propio contexto, la soledad en la que se halla la mujer y la facilidad de acceso a las drogas que el propio tratante pone a su alcance, acaben con determinar el consumo.

Finalmente, cabe precisar que la determinación del bien jurídico dignidad es fundamental para reinterpretar el elemento “situación de vulnerabilidad” en el caso concreto, a fin de distinguir auténticos casos de trata de situaciones que carecen de dicha gravedad. Al respecto, VILLACAMPA ESTIARTE afirma que:

(...) Ciertamente, la delimitación de dichos conceptos respecto de cuya indeterminación había ya llamado la atención [de la] doctrina especializada en la materia, se asemeja a la forma en que la Directiva 2011/36/UE caracteriza a la situación de vulnerabilidad, en el sentido de que la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso. La amplitud con que se conciben estos conceptos efectivamente no es una cuestión baladí, pues una ampliación desmesurada de los mismos puede llevar a calificar como trata supuestos en que el constreñimiento de la voluntad de la víctima resulta excesivamente sutil, haciendo el juego a quienes se empeñan, por ejemplo, en identificar cualquier forma de prostitución como manifestación de la trata, con el consiguiente e inadecuado tratamiento parejo de supuestos de muy diversa intensidad

lesiva. Justamente para conjurar ese peligro debe tenerse siempre presente que la trata supone una afrenta clara a la dignidad de las personas.<sup>605</sup>

## **a.2. El Protocolo de Palermo y los medios comisivos**

Por otro lado, si bien el Protocolo de Palermo en su redacción reconoce la existencia de medios comisivos en la definición internacional sobre trata de personas, ello no quiere decir que los países que han suscrito dicho instrumento internacional, como el Perú, tengan que transcribir literalmente dicha fórmula en sus ordenamientos internos.

En realidad, el Protocolo de Palermo sirve de base sobre el cual se pueden diseñar diversos modelos legislativos, lo que determina que existan variadas formas de regulación penal del delito de trata de personas: desde aquellos ordenamientos que adoptan un concepto idéntico al establecido al protocolo, hasta aquellos que presentan una definición particular, con pocas semejanzas a dicho instrumento. Como lo ilustra bien VILLACAMPA:

(...) En relación con el grado de fidelidad de las caracterizaciones de la trata en estos ordenamientos en relación con lo dispuesto por la normativa internacional de referencia, podemos calificar entre los países muy fieles al concepto dado en Derecho internacional el caso de Portugal, que prácticamente incorpora literalmente a su Derecho interno la definición del Protocolo de Palermo. Son fieles a las disposiciones internacionales, puesto que incorporan tipos que contemplan los tres elementos de la trata –acción, medio y finalidad–, pero sin un grado de fidelidad formal tan extremo, Alemania e Italia. Sin embargo, países como Francia o Gran Bretaña se alejan de las definiciones contempladas en el Protocolo de Palermo. En el caso de Francia, porque el art. 225-4-1 no se refiere a los medios que contempla la definición internacional. En el caso de Gran Bretaña, porque aunque no llegue a confundir trata con migración ilegal, en todos los supuestos antes mencionados requiere el cruce de las fronteras británicas.<sup>606</sup>

Por ello, cabe la posibilidad de que sí se pueda establecer legislativamente un delito de trata de personas sin que concurren los medios comisivos, tal como ocurre en Francia, Argentina, México y Colombia. Inclusive, podrían señalarse que estas fórmulas son más protectoras de los derechos de la víctima, toda vez que, como indica la UNODC, no existiría la necesidad de acreditar que en un caso concreto se realizaron las conductas del delito de trata de personas con violencia, amenaza, engaño, etc., facilitando la probanza del delito en sede penal.

En consecuencia, que el Protocolo de Palermo señale la presencia de medios comisivos en su definición de trata de personas no implica que sea obligatorio contemplarlo en los ordenamientos jurídico-penales.

## **a.3. El Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena (1949) y los medios comisivos**

Además, existen otros instrumentos internacionales sobre trata de personas -distintos al Protocolo de Palermo- en los que expresamente se señala que el consentimiento no tiene

<sup>605</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. La trata de seres humanos tras la reforma del Código Penal de 2015. p. 5. En: Diario La Ley, N° 8554, Sección Doctrina, 4 de junio de 2015, Ref. D-225, Editorial LA LEY.

<sup>606</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación. p. 834. En: Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña No 14 (2010). Disponible en: [http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/8302/1/AD\\_14\\_2010\\_art\\_41.pdf](http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/8302/1/AD_14_2010_art_41.pdf) (consultado el 20 de noviembre de 2015).

mayor validez para la configuración de este fenómeno. Así, el *Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena de 1949*<sup>607</sup>, en su artículo 1, señala que “*las Partes en el presente Convenio se comprometen a castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra: i) concertare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona; ii) explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona*” (resaltado nuestro).

Como se aprecia, en este instrumento internacional sobre trata de personas se establece expresamente que los Estados que lo suscriban se comprometen a sancionar los casos de concertación para la prostitución, así como de explotación de la misma; inclusive si la víctima brindó su consentimiento, sin que se recurra a algún medio comisivo para indicar si existió un vicio en la voluntad, a diferencia de lo expresado el Protocolo de Palermo.

De otro lado, si bien el Protocolo de Palermo constituye el instrumento más moderno en lo que a trata de personas se refiere, ello no implica dejar de lado otros instrumentos internacionales referidos al mismo fenómeno, ya que todavía siguen vigentes.

Hasta aquí podemos afirmar que los medios comisivos, dentro del delito de trata de personas, permiten doblegar la voluntad de la víctima, a fin de que pueda consentir todo el proceso que la llevará a ser explotada. Sin embargo, los medios comisivos, desde un punto de vista normativo, no constituyen un elemento obligatorio en la definición del tipo penal de trata de personas, en la medida que existe otro instrumento internacional sobre trata de personas que no lo contempla (*Convenio para la Represión de la Trata de Personas y la Explotación de la Prostitución Ajena de 1949*), además que hay legislaciones donde no se reconoce dicho elemento.

En ese sentido, desde este enfoque normativo no podemos solucionar el tema referido a la viabilidad de los medios comisivos y del consentimiento en el delito de trata de personas.

## **b. Sobre la disponibilidad del bien jurídico dignidad dentro del ordenamiento jurídico peruano**

### **b.1. La indisponibilidad absoluta del bien jurídico “dignidad” y la supresión de los medios comisivos**

Como se señaló anteriormente, la dignidad del ser humano constituye un principio fundamental dentro del ordenamiento jurídico peruano. Al respecto, el artículo 1 de la Constitución Política de 1993 señala que “*(...) la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*”.

Si hemos sustentado anteriormente que la dignidad también puede configurar un bien jurídico penal -que en el delito de trata de personas se concretiza como la protección contra toda cosificación vejatoria y humillante del ser humano-, entonces se puede afirmar que la dignidad, como bien jurídico penal, es indisponible, especialmente por su posición

---

<sup>607</sup> Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 317 (IV), de 2 de diciembre de 1949 Entrada en vigor: 25 de julio de 1951, de conformidad con el artículo 24. Información disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/01136> (consultado el 4 de abril de 2016).

dentro del sistema jurídico peruano, en tanto constituye el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Paralelamente en perspectiva constitucional se habla de algunos derechos absolutos no ponderables; por ejemplo la dignidad que está detrás del derecho a no ser torturado.<sup>608</sup>

Así, no es posible afirmar que la dignidad pueda ser dispuesta o consentida por el sujeto pasivo en el delito de trata de personas, por cuanto se estaría desconociendo el elemento esencial que da sustento a todo nuestro sistema constitucional.

Lo señalado guarda concordancia con el artículo 2 inciso 24, literal b, de la Constitución, que señala expresamente que “(...) *están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas*”. Igualmente, con el artículo 6 inciso 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece que “*nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas*”.

Por tanto: i) la dignidad, como bien jurídico protegido por el delito de trata, es indisponible, y; ii) tanto la Constitución como la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>609</sup> son claras y no dan lugar a interpretaciones: la trata de personas es una actividad proscrita, sin excepciones. Por tanto, el legislador debe acatar dicho mandato y señalar expresamente su prohibición, a través de diversos mecanismos, como puede ser el Derecho Penal.

Por su parte, la doctrina también ha reconocido que la dignidad, como bien jurídico protegido, es indisponible. En ese sentido, el profesor LUZÓN PEÑA señala que hay posiciones en dicho sentido:

(...) Así, en la mayoría de los bienes jurídicos personales, si su lesión es consentida, como se trata de un daño no excesivamente grave, generalmente temporal y además reparable y sin repercusiones sociales, al ser consentido por su titular se considera aún menos desvalorable el daño sufrido p. ej. por su libertad ambulatoria en un encierro, por su honor en unas injurias, por su intimidad en la grabación o publicación de imágenes de actividades íntimas, o por su integridad moral en un trabajo vejatorio o humillante consentido **(aunque hay posiciones que consideran que la dignidad e integridad moral son indisponibles)**, se considera jurídicamente preponderante salvaguardar el máximo de libertad de disposición del sujeto pasivo y por eso se justifica y por tanto se permite tal lesión<sup>610</sup>(resaltado nuestro).

Así también se pronuncia ALONSO ÁLAMO, quien señala que, luego de asumir que la dignidad puede ser un bien jurídico protegido por el Derecho Penal -que pretende evitar que la persona sea transformada en mercancía u objeto de comercio-, “(...) *el siguiente y definitivo paso, de llevarse el razonamiento a sus últimas consecuencias, sería plantear la*

<sup>608</sup> GARCÍA CÍVICO, Jesús. El derecho a no ser torturado: Status Quaestionis. p. 29. En: Universitas, 2017, N° 25. Disponible en: <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/UNIV/article/view/3542/2171> (consultado el 5 de abril del 2017).

<sup>609</sup> Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Para el Perú fue aprobado por Decreto Ley N° 22231, de 11 de julio de 1978. Instrumento de Ratificación de 12 de julio de 1978. Depositado el 28 de julio de 1978. Entrada en vigencia el 28 de julio de 1978

<sup>610</sup> LUZÓN PEÑA, Diego. El consentimiento en Derecho Penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal. pp. 243-244. En: AA.VV. Libro homenaje al profesor José Hurtado Pozo. El penalista de dos mundos. Primera edición. IDEMSA. Lima, 2013.



irrelevancia del consentimiento (...), toda vez que al igual que se destacó en relación con la integridad moral, **la dignidad de la persona es indisponible**<sup>611</sup> (resaltado nuestro).

Hasta este punto, se sostiene entonces que la dignidad, como bien jurídico penal, es indisponible. Ello haría inviable, en nuestra opinión, que el tipo penal de trata de personas exija, para el caso de víctimas adultas, la necesidad de acreditar que las conductas típicas (captación, transporte, traslado, acogida, recepción y retención) se realicen mediante violencia, amenaza, engaño, etc., porque exista o no mecanismo que doblegue la voluntad de la víctima, la dignidad es un bien jurídico indisponible.

En otros términos, así la víctima adulta exprese su aceptación para ser trasladada con el fin de ser sometida a una situación de explotación, y sea consciente de dicha decisión, todavía se configura el delito de trata de personas.

Como se señaló, esto ocurre, por ejemplo, en el Código Penal argentino, en donde los medios comisivos no forman parte del tipo base de trata de personas pero sí de las agravantes.<sup>612</sup> En este caso, el tipo penal se perfecciona con la concurrencia de las conductas típicas (captación, transporte, recepción o acogimiento) y la finalidad de explotación de la víctima (sexual, laboral, servidumbre, etc.); no interesa si concurren los medios comisivos o no, o si la víctima muestra su aceptación (como ocurre con las personas menores de edad): en todos los casos se configura la trata de personas, atendiendo al bien jurídico protegido. Y además, si se demuestra que existió coacción, violencia, engaño u otro mecanismo para doblegar la voluntad de la víctima, se configurará un delito de trata agravado.

Lo expuesto nos lleva a concluir, entonces, que los medios comisivos son innecesarios para configurar un hecho de trata de personas que ponga en riesgo a la dignidad, entendida como la no instrumentalización de la persona cual objeto, de manera vil y humillante. Hasta este punto, se estaría abogando por su supresión.

## **b.2. La indisponibilidad relativa del bien jurídico “dignidad”: la posición de la profesora MERCEDES ALONSO ÁLAMO**

Sin perjuicio de lo señalado, es posible sustentar otra interpretación sobre la disponibilidad de la dignidad, como bien jurídico protegido por el delito de trata de personas. En este punto, seguimos la tesis de la profesora ALONSO ÁLAMO.<sup>613</sup>

---

<sup>611</sup> ALONSO ÁLAMO, Mercedes ¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual. p. 19. Revista Penal N° 19 (2007). Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/301/292> (consultado el 4 de abril del 2016).

<sup>612</sup> En efecto, el artículo 145 bis del Código Penal argentino regula el delito de trata de personas en los siguientes términos: “*será reprimido con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediere el consentimiento de la víctima*”.

Mientras que el inciso 1 del artículo 145 ter del mismo cuerpo normativo señala lo siguiente: “*(...) en los supuestos del artículo 145 bis la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, cuando: 1. **Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima***” (resaltado nuestro).

<sup>613</sup> Cabe precisar que la profesora Mercedes Alonso Álamo ha variado sobre su posición del consentimiento respecto del bien jurídico dignidad: desde una posición que expresaba la indisponibilidad del mismo hasta una reciente posibilidad de aceptar determinados efectos al consentimiento, tal como se desarrollará a continuación.

En primer lugar, para esta autora, en los genuinos ataques a la dignidad el agredido se halla bajo el poder de otro –lo que se puede deber a diferentes causas- y su libertad mermada o condicionada. Y ello no sólo si la agresión ha comenzado y la víctima está a merced del autor sino ya desde el momento en que concurre un consentimiento mediatizado por cualquier causa, singularmente la pobreza, la marginalidad, la condición de extranjero, la dependencia, la incapacidad, etc. En ese sentido, la relación de poder preexiste o se crea con el comportamiento degradante. Dado esto, en la aceptación de la degradación, la voluntad está viciada o es inexistente y, por tanto, internamente al concepto de dignidad no cabe la disponibilidad.<sup>614</sup>

Esto exige aceptar que una misma conducta puede merecer un tratamiento diferenciado en función de que concurren o no condicionamientos que limitan la libertad, y que solo ocurriría un genuino ataque a la dignidad: **i) si es realizado por otro** (los ataques a la propia dignidad quedan fuera del Derecho Penal: nos podemos tratar vilmente o comportar como si no tuviéramos dignidad pero el atentado contra la propia dignidad carecería de significación jurídico-constitucional y penal), y; **ii) si la víctima está a merced del autor de alguna manera.**<sup>615</sup>

Esta precisión determina entonces que, si bien la dignidad de la persona no admite grados, no depende de las capacidades del individuo y no admite ponderación con otros bienes, **los ataques a la dignidad sí son graduables.** De acuerdo a ello, en opinión de la autora, la persona puede ser más o menos envilecida, degradada, y, también, los condicionamientos de su libertad pueden presentar diferentes grados lo que puede conducir, bajo determinados presupuestos, a reconocer efectos atenuatorios de la responsabilidad del autor en situaciones en que la víctima interviene positivamente mostrando su conformidad o cuando la acción se lleve a cabo a petición suya y su situación de dependencia, vulnerabilidad, es decir, el condicionamiento de su voluntad, sea mínimo o insignificante.<sup>616</sup>

Ello lleva a distinguir a ALONSO ÁLAMO diversas situaciones en las que el ataque a la dignidad, dependiendo de su gravedad, es indisponible, hasta situaciones en las que el consentimiento sí tiene relevancia atenuante:

(...) En los ataques más intolerables a la dignidad, singularmente en la tortura, la eventual eficacia del consentimiento se aleja y queda excluida. Pero a medida que nos alejamos de la zona dura o nuclear de los ataques a la dignidad nos aproximamos a una zona límite en la que la menor entidad del condicionamiento puede dejar paso a la relevancia del consentimiento. Ello conduce, en el ámbito del Derecho Penal, a que el injusto penal pueda presentar un mayor o menor contenido de desvalor y a que, en las situaciones menos lesivas, el consentimiento de la víctima pueda modular la gravedad del injusto en atención al menor desvalor de acción.<sup>617</sup>

<sup>614</sup> ALONSO ÁLAMO. Mercedes. Derecho penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad. p. 23. En: Revista General de Derecho Constitucional 12 (2011). Iustel.

<sup>615</sup> ALONSO ÁLAMO. Mercedes. Derecho penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad. p. 23. En: Revista General de Derecho Constitucional 12 (2011). Iustel.

<sup>616</sup> ALONSO ÁLAMO. Mercedes. Derecho penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad. p. 24. En: Revista General de Derecho Constitucional 12 (2011). Iustel.

<sup>617</sup> ALONSO ÁLAMO. Mercedes. Derecho penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad. p. 25. En: Revista General de Derecho Constitucional 12 (2011). Iustel.

A partir de esta tesis, la autora interpreta la figura del consentimiento dentro del tipo penal de trata de seres humanos, tal como está recogido en el Código Penal español:<sup>618</sup>

(...) La irrelevancia del consentimiento, en los términos del artículo 177 bis. 3, corrobora la esencialidad del bien jurídico y su indisponibilidad frente a la violencia, la intimidación, el engaño o el abuso de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima (si fuera menor de edad tampoco podría otorgar un consentimiento válido). Pero muestra también que, en la consideración legislativa, la ausencia de alguna de estas circunstancias impide hablar de violación de la dignidad, lo que en definitiva significa la afirmación de la libertad del individuo si, y sólo si, se dan las condiciones para que se pueda hablar de libertad. En consecuencia, no es sólo la libertad, ni siquiera es prioritariamente la libertad, sino la dignidad, el objeto inmediato de protección.<sup>619</sup>

A partir de esta tesis, podemos realizar los siguientes comentarios:

1. En primer lugar, se reconoce que la trata de personas tutela el bien jurídico dignidad humana. Sin embargo, como se señaló en el capítulo anterior, la amplitud del concepto dignidad ha generado que, para sustentar la protección directa de la dignidad en el derecho penal, se adapte una dimensión de la misma, que sería la prohibición de cosificar a la persona de manera vejatoria y humillante, a partir de la “*Fórmula-objeto*” desarrollada en el derecho constitucional alemán. Esta demarcación del ámbito penalmente protegido de la dignidad se realiza de conformidad con los principios de subsidiariedad y fragmentariedad del derecho penal, a través de los cuales solo se pueden tutelar ciertos bienes jurídicos penales relevantes para el funcionamiento de la sociedad.
2. Entonces, en nuestra opinión, es natural que se reconozca ámbitos de la dignidad que: i) son protegidos de manera directa por el derecho penal, a través de tipos penales autónomos; ii) son protegidos de manera indirecta por el derecho penal, a través de otro bien jurídico, y iii) no son protegidos por el derecho penal. Abordaremos los dos primeros puntos.

---

<sup>618</sup> Artículo 177 bis. Código Penal Español (actualizado al 11 de abril del 2016).

1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes:

a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.

b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía.

c) La explotación para realizar actividades delictivas.

d) La extracción de sus órganos corporales.

e) La celebración de matrimonios forzados.

Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso.

2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.

**3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo** (...) resaltado nuestro.

<sup>619</sup> ALONSO ÁLAMO. Mercedes. Derecho penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad. p. 43. En: Revista General de Derecho Constitucional 12 (2011). Iustel.

**En el primer caso (i)**, el ejemplo emblemático lo constituye, a nuestro parecer, el delito de trata de personas. Como se sustenta en la presente tesis, consideramos que el bien jurídico protegido por este tipo penal es la dignidad del ser humano de manera directa, entendida como la prohibición de cosificación de la persona de manera vil y degradante.

Mientras que **en el segundo caso (ii)**, un claro ejemplo de ello lo constituye el bien jurídico honor. En efecto, tal como señala la Corte Suprema de Justicia de la República en el Acuerdo Plenario N° 3-2006/CJ-116<sup>620</sup>, el honor es un bien jurídico “(...) que se deriva de la dignidad de la persona –constituye la esencia misma del honor y determina su contenido-, en cuya virtud los ataques al honor son ataques inmediatos a la dignidad de la persona”.<sup>621</sup> Por tanto, un ataque al bien jurídico honor implica, indirectamente, un ataque a la dignidad.

3. ¿Cómo distinguir entre una afectación directa a la dignidad de una afectación mediata? Adoptando la postura de la profesora ALONSO ÁLAMO, consideramos que en la trata de personas la propia redacción del tipo penal ya establece que implica la puesta en peligro del bien jurídico dignidad en su dimensión de no cosificación, por lo que se requiere configurar todos los elementos del tipo objetivo para poder sostener que, a través de este delito, se pretende evitar la degradación de la persona a la calidad de objeto. En otros términos, solo puedo afirmar que se comete trata de personas, desconociendo su dignidad de manera vejatoria y humillante, si se capta, transporta, traslada, acoge, recepcione o retenga a la víctima **doblegando su voluntad (a través del engaño, violencia, amenaza u otras formas) o aprovechando que esta ya está doblegada (abusando de una situación de vulnerabilidad, pago de beneficios, etc.)**, a fin de que sea explotada. Por ende, se requieren todos los elementos para sustentar que se tutela la dignidad. De allí que se afirme que no existe consentimiento en este escenario.
4. Mientras que en el caso de los delitos contra el honor, la dignidad ocupa un lugar secundario, en la medida que resulta afectada a través de este bien jurídico, esto es, de manera mediata. Llámese la atención además que es posible que el titular del bien jurídico afectado pueda consentir válidamente una afectación al bien jurídico honor, evitando que el caso sea judicializado. Así, el artículo 138 del Código Penal establece que en los delitos contra el honor sólo se procederá por acción privada, lo que no solo demuestra que la afectación a dicho bien jurídico puede ser consentida, sino que conlleva además a que la dignidad también sea dispuesta en este ámbito.

Hasta este punto concluimos en lo siguiente: en el delito de trata de personas, la definición de la conducta típica implica una situación de peligro de cosificación del ser humano, lo que permite afirmar que este tipo penal protege el bien jurídico dignidad. Pero esta cosificación solo se configura si se cumplen todos los elementos descritos en el tipo, lo que incluye los medios comisivos o mecanismos para realizar las conductas típicas.

---

<sup>620</sup> Disponible en: [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/350040804bbfb3958c8add40a5645add/acuerdo\\_plenario\\_03-2006\\_CJ\\_116.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=350040804bbfb3958c8add40a5645add](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/350040804bbfb3958c8add40a5645add/acuerdo_plenario_03-2006_CJ_116.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=350040804bbfb3958c8add40a5645add) (consultado el 13 de abril del 2016).

<sup>621</sup> Fundamento jurídico N° 6.

Solo bajo este contexto es que podemos sostener que la dignidad es tutelada de manera directa, como bien jurídico protegido con contenido propio.

Como expone MEGÍAS QUIROS:

En primer lugar, la dignidad de una persona no sólo depende del uso que haga la persona de su libertad. El uso incorrecto de la libertad nos puede llevar a perderla por nosotros mismos, pero también desde fuera se nos puede arrebatar, no sólo lesionar sus manifestaciones externas. Es lo que sucede cuando se convierte al ser humano en un simple objeto del derecho, siendo rebajado a la categoría de animal o cosa. Así sucede con la tortura, con la esclavitud, con el aborto, con la clonación, con la eutanasia, etc., que necesitan de una previa cosificación del ser humano para su consiguiente vejación, eliminación, manipulación o sometimiento. Se le ha hecho perder –se le ha arrebatado– su dignidad.<sup>622</sup>

En segundo lugar, tampoco es admisible que cualquier acción externa pueda tener la consideración de lesiva para la dignidad sin otorgar relevancia a la aceptación del sujeto afectado o a las circunstancias en que se produzcan. En este caso habría que distinguir entre atentados graves y leves contra la dignidad de la persona. Los primeros no admiten aceptación posible del sujeto afectado que convierta un ataque a la dignidad en algo admisible (aceptar un contrato de prostitución, sometimiento a una vejación, admisión de un régimen disciplinario que contenga sanciones degradantes, etc.). En cambio, pueden producirse atentados leves que con la aceptación del sujeto dejarían de constituir tales atentados (comentar sobre una persona un hecho que cause hilaridad, determinados tipos de bromas entre amigos, tratamientos jerárquicos entre un jefe o superior y personas que dependan de él, etc.). El consentimiento del sujeto pasivo podría hacer desaparecer el carácter lesivo de la acción.<sup>623</sup>

En este escenario, coincidimos con lo señalado por la profesora ALONSO ÁLAMO, en el sentido de que los medios comisivos juegan un rol fundamental para determinar una afectación grave y directa a la dignidad en el delito de trata de personas.

Cabe precisar que los medios comisivos, en opinión del profesor YVÁN MONTOYA, en todos los casos, evidencian la posición de dominio que detenta el sujeto activo por sobre la víctima (relación asimétrica), además de anunciar el riesgo próximo de una situación de explotación posterior de tipo sexual, laboral o de otra índole.<sup>624</sup> En ese sentido, afirma que los medios comisivos, como la violencia, coacción, amenaza, engaño o abuso de una situación de vulnerabilidad, serían una especie de indicios que denotan una situación de riesgo de explotación o de una explotación ya existente.<sup>625</sup> Igualmente, para POMARES CINTAS, los procedimientos comisivos configuran el escenario de sometimiento característico de la trata.<sup>626</sup>

---

<sup>622</sup> MEGÍAS QUIRÓS, José Justo. Dignidad, universalidad y derechos humanos. Anuario de Filosofía del Derecho N°22, 2005. Pág. 259.

<sup>623</sup> MEGÍAS QUIRÓS, José Justo. Dignidad, universalidad y derechos humanos. Anuario de Filosofía del Derecho N°22, 2005. Pág. 259.

<sup>624</sup> MONTOYA VIVANCO, Yván. El delito de trata de personas como delito complejo y sus dificultades en la jurisprudencia peruana. Pág. 402. En: Derecho PUCP N° 76 (2016).

<sup>625</sup> MONTOYA VIVANCO, Yván. El delito de trata de personas como delito complejo y sus dificultades en la jurisprudencia peruana. Pág. 404. En: Derecho PUCP N° 76 (2016).

<sup>626</sup> POMARES CINTAS, Esther. El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral. p. 9. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología N° 13 (2011). Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/13/recpc13-15.pdf> (consultado el 28 de abril del 2016).

### **c. Conclusión: los medios comisivos sí deben formar parte del concepto de trata de personas**

De lo expuesto se concluye lo siguiente:

- El Protocolo de Palermo establece dentro del concepto de trata de personas a los medios comisivos, que tienen como fin el doblegar la voluntad de la víctima. No obstante, la tipificación de dichos medios no es obligatoria, y dependerá de cada país si acoge dicho elemento. Por otro lado, el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena de 1949 establece la posibilidad de sancionar actos de prostitución, como parte del fenómeno de la trata de personas, aún sin acudir a los medios comisivos e inclusive contando con el consentimiento de la víctima. En ese sentido, desde este enfoque normativo no podemos solucionar el tema referido a la viabilidad de los medios comisivos y del consentimiento en el delito de trata de personas.
- Si se sostiene que la dignidad es el bien jurídico protegido por este delito, entonces se puede alegar que es indisponible dada su importancia, por lo cual no se podría consentir sobre dicho bien jurídico y, por ende, no sería necesario incluir a los medios comisivos como un elemento del delito de trata de personas. No obstante, si se asume la tesis de la indisponibilidad relativa de la dignidad, se advierte que ésta acepta grados de afectación, por lo que en aquellos casos más graves de vulneración de la dignidad (que evidencian una cosificación de la persona, como en la trata de personas), el consentimiento de la víctima no tendrá efectos; mientras que en los casos en los que no se evidencia una afectación grave e intensa, el consentimiento sí tendría efectos atenuantes.
- En esa lógica, los medios comisivos permiten determinar qué casos de afectación a la dignidad son graves y, por ende, indisponibles al sujeto, en la medida que anuncian una próxima situación de explotación. Por ende, desde nuestra posición, sí deben formar parte del concepto de trata de personas. Claramente se advierte cómo la concreción del bien jurídico dignidad permite reinterpretar el tipo penal, evidenciando la importancia de mantener los medios comisivos.

### **d. Razones adicionales para mantener los medios comisivos en el delito de trata de personas**

Más allá de lo desarrollado, consideramos que existen otras razones que justifican la permanencia de los medios comisivos en el delito de trata de personas.

#### **d.1. La generalidad e imprecisión del concepto de “explotación” para determinar la afectación del bien jurídico dignidad**

##### **d.1.1. El fin de explotación en el delito de trata de personas**

Un aspecto muy importante que caracteriza el delito de trata de personas (y, por ende, lo diferencia de otros delitos similares), es la finalidad de las conductas típicas: tal como está previsto en el artículo 153° del C.P., la trata de personas debe buscar como fin explotar a la persona, a través de diversas modalidades.

Sobre este último elemento, la doctrina señala que el fin de explotación es un elemento subjetivo del tipo que configura al delito de trata de personas como un “delito de tendencia interna trascendente”, en especial un “delito mutilado de dos actos”. Esta calificación implica que el sujeto activo, al momento de realizar la conducta típica, deba dirigir su actuación a la realización de otra conducta o resultado que no necesita producirse efectivamente.<sup>627</sup>

En este caso, como señala ALICIA GIL, el elemento subjetivo del injusto cumple la función de adelantar las barreras de protección anticipando el momento de la consumación<sup>628</sup>: en el caso de trata de personas, no se requiere configurar la explotación para que se entienda consumado el delito -porque dicha situación ya forma parte de la etapa de agotamiento del delito-, sino que basta demostrar la “intención de explotación” del autor.<sup>629</sup>

Así también lo señala MAYORDOMO RODRIGO:

El delito se consume sin necesidad de que los tratantes hayan logrado el efectivo cumplimiento de sus propósitos. La trata constituye el delito antecedente respecto de aquellos que pudieran perseguir situaciones de dominación o explotación prostitución coactiva, explotación laboral, tráfico de órganos, etc. que pueden implicar la aparición de otro delito posterior distinto.<sup>630</sup>

Igualmente, el Poder Judicial en el Acuerdo Plenario N° 3-2011/CJ-116 afirma que “(...) *el delito estaría perfeccionado incluso en el caso de que la víctima captada, desplazada o entregada no llegue nunca a ejercer la prostitución o se frustre, por cualquier razón o circunstancia, su esclavitud o explotación sexual por terceros*”.<sup>631</sup>

De acuerdo al artículo 153° del C.P. vigente (modificado por la Ley N° 30251), la explotación en el delito de trata de personas podrá realizarse a través de 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. Como se advierte, esta lista no es taxativa, lo que implica que pueden suscitarse nuevas conductas que pueden calificar como explotación de seres humanos, lo que al fin y al cabo también podrán ser sancionados.

Finalmente, cabe precisar que la finalidad de explotación, en tanto elemento subjetivo del tipo, constituye una forma de seleccionar aquellas conductas que se consideran

---

<sup>627</sup> MONTOYA VIVANCO, Yván. *Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de trata de personas*. Organización Internacional para las Migraciones (OIM)-Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Idehpucp). Lima, 2012. Pág. 61.

<sup>628</sup> GIL GIL, Alicia. El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Pág. 105. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2° época, núm. 6 (2000). UNED.

<sup>629</sup> En ese sentido: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de Trata de personas: Análisis del nuevo artículo 177 BIS CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 14, 2010. p. 841.

<sup>630</sup> MAYORDOMO RODRIGO, Virginia. Cuestiones concursales entre el delito de trata de seres humanos y la prostitución coactiva. Pág. 80. En: AA.VV. *Estudios sobre la lucha contra la trata de seres humanos*. 1era Edición. Thomson Reuters-Aranzadi. Navarra, 2013.

<sup>631</sup> PODER JUDICIAL. Acuerdo Plenario N° 3-2011/CJ-116. Delitos contra la libertad sexual y Trata de Personas: diferencias típicas y penalidad. Párrafo 15.

suficientemente lesivas de la dignidad –por la exigencia de la finalidad de explotación sin más calificativo- que de reflejar más allá de un peligro a lo sumo abstracto o estadístico en relación con el bien jurídico que podría acabarse lesionando en caso de hacerse efectiva la explotación.<sup>632</sup>

#### d.1.2. La ambigüedad del término explotación

Para el profesor YVÁN MONTOYA, más allá de la manifestación del tratante o de la manifestación de la propia víctima, lo importante en el delito de trata de personas es “(...) *el análisis, a partir de todos los medios de prueba directos o indirectos, de la situación de explotación o próxima situación de explotación de la víctima*”.<sup>633</sup> En otros términos, el aspecto medular para determinar la comisión del delito de trata de personas y la puesta en peligro del bien jurídico dignidad no es el consentimiento de la víctima o la falta de éste -por la recurrencia a los medios comisivos-, sino la situación objetiva de explotación a la que es o será sometida la víctima.

Si bien estamos de acuerdo con dicha afirmación, consideramos que la determinación de lo que se entiende por “*explotación*” en el caso concreto constituye un análisis complejo, debido a la generalidad e indeterminación de dicho concepto.

Como se señaló anteriormente, el artículo 153 del Código Penal -que recoge el delito de trata de personas- se modificó mediante Ley N° 28950<sup>634</sup>, Ley contra la Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Migrantes, que adecuó este delito a los estándares previstos en el “*Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*” (conocido también como Protocolo de Palermo).

Posteriormente, dicha norma fue reglamentada mediante Decreto Supremo N° 007-2008-IN<sup>635</sup>, que definía el término “*explotación*” como el “(...) *utilizar de modo abusivo, en provecho propio o de terceros a una persona, induciéndola u obligándola a determinada conducta, aprovechando la ascendencia sobre ella*” (Art. 3.3.).

Dicho reglamento fue derogado mediante Decreto Supremo N° 001-2016-IN.<sup>636</sup> Esta última norma entiende por “*explotación*” a la utilización de una persona vulnerando sus derechos fundamentales, en provecho propio o de terceros, induciéndola u obligándola a determinada conducta, aprovechando la ascendencia y la posición de poder o autoridad sobre la víctima (Art. 3.10). Inclusive, define de manera particular la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes, definiéndola como la utilización de menores de edad en actos sexuales o situaciones análogas para la satisfacción de los intereses y deseos de una persona o grupos de personas a cambio de un pago, promesa de pago o cualquier otro tipo de beneficios. En estos casos se entiende que el/la adulto/a ejerce una relación de poder, ya sea como proxeneta o como cliente, aprovechándose de la situación de vulnerabilidad de la víctima (Art. 3.12).

<sup>632</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional. Thomson Reuters-Aranzadi. Pamplona, 2011. Pág. 489.

<sup>633</sup> MONTOYA VIVANCO, Yván. El delito de trata de personas como delito complejo y sus dificultades en la jurisprudencia peruana. Pág. 404. En: Derecho PUCP N° 76 (2016).

<sup>634</sup> Publicada en el diario oficial “El Peruano” el 16 de enero del 2007.

<sup>635</sup> Publicada en el diario oficial “El Peruano” el 30 de noviembre del 2008.

<sup>636</sup> Publicada en el diario oficial “El Peruano” el 9 de febrero del 2016.



En enero del 2017, mediante Decreto Legislativo N° 1323, “Decreto Legislativo que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género”<sup>637</sup>, se incorporaron 3 nuevos delitos al Código Penal vigente: i) Explotación sexual (Art. 153-B); ii) Esclavitud y otras formas de explotación (Art. 153-C); y iii) Trabajo forzoso (Art. 168-B).

Al respecto, el delito de explotación sexual sanciona al que “*obliga a una persona a ejercer actos de connotación sexual con la finalidad de obtener un aprovechamiento económico o de otra índole*”; por lo que guarda semejanza con las definiciones normativas anteriormente señaladas de lo que se debe entender por explotación.

Sin embargo, si bien se advierte que el elemento “*aprovechamiento abusivo de la víctima*” es un denominador común para todas las definiciones de “explotación” que se han señalado, todavía existen dudas sobre su real contenido. Ello se debe a que constituye un concepto jurídico indeterminado y, por ende, es definido en la aplicación de cada caso concreto. Así, nada obsta a que, en determinado caso, se desnaturalice su contenido básico, impidiendo una correcta aplicación del tipo penal de trata de personas.

Como señala JOSUNE LÓPEZ:

(...) A grandes rasgos, estas definiciones [del término explotación] ofrecen una regulación de mínimos sobre el concepto de explotación, dejando las puertas abiertas a otros propósitos distintos a los enumerados. Ahora bien, puede observarse que las definiciones estudiadas se limitan a enumerar posibles formas de explotación como propósitos de la trata y que, sin embargo, no definen el alcance de las mismas. En relación con esta ausencia, a pesar de que el Derecho internacional define el significado de algunas de estas formas de explotación, lo cierto es que la delimitación del alcance de otras de las formas de explotación puede suscitar conflictos en su interpretación.<sup>638</sup>

Por ejemplo, para MAQUEDA ABREU, en una versión maximalista el término explotación puede ser definido como la obtención de cualquier utilidad: desde el placer (de tipo sexual, por ejemplo), hasta un provecho económico o de otra clase.<sup>639</sup> Otra definición que la doctrina propone sobre dicho concepto (específicamente en la dimensión sexual) es el de la imposición de condiciones abusivas de trabajo, a pesar de haber sido aceptadas por quien presta los servicios sexuales.<sup>640</sup>

Lamentablemente, estos temores se han visto materializados en la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2349-2014-MADRE DE DIOS –emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República- que confirma la absolución de una procesada por el delito de trata de personas en agravio de una menor de edad.

De acuerdo a los datos del caso, la señora Elsa Cjuno Huilca, con fecha 2 de enero de 2008, captó a la adolescente de iniciales D.R.Q. (entonces con 14 años) en la localidad de Mazuko, Tambopata; y la trasladó al sector minero de la localidad de Manuani, Mazuko, donde la hizo trabajar en su bar como “dama de compañía”, por más de 12 horas diarias.

<sup>637</sup> Publicado en el diario oficial “El Peruano” el 6 de enero del 2017.

<sup>638</sup> LÓPEZ RODRÍGUEZ, Josune. Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra, 2016. Pág. 63

<sup>639</sup> MAQUEDA ABREU, María Luisa. Prostitución, feminismos y derecho penal. Comares. Granada, 2009. pp. 114-115.

<sup>640</sup> MAQUEDA ABREU, María Luisa. Prostitución, feminismos y derecho penal. Comares. Granada, 2009. p. 119.

De acuerdo al Ministerio Público, su labor consistía en acompañar “(...) a los parroquianos que concurrían a dicho local, siendo obligada a trabajar consumiendo bebidas alcohólicas en beneficio de la procesada Elsa Cjuno Huillca”.<sup>641</sup> En razón a ello, fue procesada por delito de trata de personas con fines de explotación sexual y laboral en agravio de una adolescente.

Sin embargo, mediante sentencia de fecha 14 de mayo del 2014, la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios absolvió a la procesada Elsa Cjuno Huillca, al considerar que no se produjo una situación de “explotación” en agravio de D.R.Q.

Posteriormente, con fecha 28 de enero del 2016, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema confirmó la absolución de la procesada, concluyendo que en este caso **no se configuró la explotación laboral de la víctima**, por cuanto “(...) este exceso en la cantidad de horas no implican por sí mismo explotación laboral, por cuanto este concepto se materializa cuando la labor realizada agota la fuerza del trabajador. Esto significa que no solo se debe tener en cuenta la cantidad de horas, sino el tipo de trabajo que se realiza para poder determinar si existe o no explotación laboral de cara al tipo penal de trata de personas”.<sup>642</sup> Asimismo, señala que la labor de dama de compañía, “(...) entendida ésta como una persona que simplemente bebe con los clientes sin tener que realizar ninguna otra actividad, no se presenta como una labor que vaya a agotar la fuerza de la trabajadora”.<sup>643</sup>

Se advierte entonces que la resolución bajo comentario: i) asume una interpretación restrictiva del concepto “explotación”; ii) desconoce la condición de menor de edad de la víctima, y; iii) trivializa la actividad de “dama de compañía” como forma de explotación sexual.<sup>644</sup>

- En el primer caso (i), la Sala Penal Suprema establece que el concepto de explotación laboral, como elemento del delito de trata, requiere no solo un aprovechamiento de la víctima, sino además que la actividad que realice la agote físicamente. Sin embargo, no justifica en qué instrumento o fuente se basa para concluir en ello, especialmente porque de las fuentes normativas a las que hemos acudido, no se evidencia el elemento “agotamiento físico” como parte del concepto de “explotación”.

Además, la interpretación realizada por la Sala Penal Suprema es de carácter restrictivo, lo que puede generar impunidad en la medida que no contemplaría todos aquellos casos en los que existe un claro abuso de la víctima sin que se evidencie el cansancio de ésta por la actividad realizada, como ocurre con la mendicidad, por ejemplo.

- Pero más preocupante es el hecho que la Sala Penal Suprema haya omitido toda consideración de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la víctima por su propia condición de menor de edad, lo que es vital en estos casos (ii).

<sup>641</sup> R.N. N° 2349-2014-MADRE DE DIOS. Página 2.

<sup>642</sup> R.N. N° 2349-2014-MADRE DE DIOS. Fundamento 5.

<sup>643</sup> R.N. N° 2349-2014-MADRE DE DIOS. Fundamento 6.

<sup>644</sup> A mayor abundamiento: VILLARROEL QUINDE, Carlos. Comentarios al Recurso de Nulidad N° 2349-2014-Madre de Dios, que define el término “explotación” en el delito de trata de personas. pp. 125-149. En: Gaceta Penal y Procesal Penal N° 87. Setiembre, 2016.

Recordemos que las cifras internas indican que, en el Perú, la mayor cantidad de víctimas de trata de personas son niños, niñas y adolescentes.<sup>645</sup>

En ese sentido, el razonamiento de la Corte Suprema desconoce que: a) diversos instrumentos internacionales como normas internas establecen una protección especial a niños, niñas y adolescentes<sup>646</sup>, y; b) el principio del interés superior del niño exige asignar el sentido interpretativo a las normas que favorezca en mayor medida los derechos de las personas menores de edad.<sup>647</sup> Siguiendo estos criterios, se concluye que la adolescente D.R.Q. ha sido explotada laboralmente, por lo que el delito de trata de personas en agravio de menor de edad sí se configuró en el presente caso.

- De otro lado, con respecto a la poca importancia que le brinda la Sala Penal Suprema a la labor de “dama de compañía” (iii), a partir de una interpretación extensiva del concepto “explotación sexual”, es posible afirmar que dicha actividad ya constituye una forma de explotar sexualmente a la víctima, en la medida que busca atraer clientes para que consuman alcohol valiéndose de su cuerpo, con la

---

<sup>645</sup> De acuerdo al Observatorio de la Criminalidad del Ministerio Público, entre el 2009 y 2015 se han registrado 3,130 casos de trata de personas en el Perú, en donde aproximadamente el 56% de víctimas identificadas son menores de edad.

<sup>646</sup> Existe una obligación especial de protección hacia niños y adolescentes, reconocida en diversos instrumentos internacionales: la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25° numeral 2),<sup>20</sup> el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10° numeral 3),<sup>21</sup> el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 24° numeral 1),<sup>22</sup> la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 19°),<sup>23</sup> el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador (artículo 16°)<sup>24</sup> y, especialmente, en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 3° numeral 2). Así también lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, al señalar que “(...) el artículo 4° de la Constitución reconoce que la «comunidad y el Estado protegen especialmente al niño». Así pues, teniendo presente el enunciado normativo de este artículo, este Tribunal estima que el constituyente ha reconocido el principio de especial protección del niño, que se fundamenta en la debilidad, inmadurez (física y mental) o inexperiencia en que se encuentran los niños, y que impone tanto al Estado como a la familia, a la comunidad y a la sociedad, entre otras acciones y deberes, la obligación de brindarles atenciones y cuidados especiales y el deber de adoptar las medidas adecuadas de protección para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral” (STC. Exp. N° 01819-2007-HC/TC, fundamento jurídico N° 6).

<sup>647</sup> Como sabemos, dicho principio se encuentra regulado en diversos instrumentos como los siguientes:

- En el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que “(...) en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Más allá que su suscripción obligue al Estado peruano a implementar acciones para su cumplimiento, sus disposiciones son plenamente vinculantes dentro de nuestro ordenamiento jurídico, tal como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional.
- En el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes (Ley N° 27337), que señala que “(...) en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”.

Es importante señalar que el Comité de los Derechos del Niño en la Observación general N° 14 (2013) “sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”, ha señalado que el Interés Superior del Niño es un concepto triple: un derecho sustantivo, un principio interpretativo fundamental y una norma de procedimiento. Para efectos del presente análisis nos interesa resaltar al interés superior del niño en su dimensión de criterio interpretativo, que señala que “(...) si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño”.

Finalmente, cabe destacar que con fecha 17 de junio del 2016 se publicó la Ley N° 30466, “Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del Interés Superior del Niño”. Dicha norma estipula que, para la consideración del Interés Superior del Niño, se toma en cuenta, como garantía procesal: i) la argumentación jurídica de la decisión tomada en la consideración primordial del interés superior del niño y ii) la evaluación del impacto de la decisión tomada en consideración de los derechos del niño.

posibilidad de sufrir tocamientos.<sup>648</sup> Queda claro entonces que existen otras formas de explotación sexual, más allá de la prostitución forzada. Esta situación se agrava cuando la víctima es menor de edad, como ocurrió en el caso. Por ello –y en contra de lo señalado en la Ejecutoria bajo comentario-, consideramos que también se habría configurado el delito de trata de personas con fines de explotación sexual.

Como se aprecia en el presente caso, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República adoptó un concepto “restrictivo” de explotación, lo que puede generar impunidad en la aplicación de casos futuros. Ello evidencia además que, atender únicamente a la futura situación de explotación para determinar la puesta en peligro de la dignidad –como bien jurídico protegido del delito de trata de personas- puede generar una aplicación arbitraria, dependiendo de qué entienda por “explotación” cada operador jurídico con competencia en el caso (fiscales y jueces).

En esa medida, consideramos necesario que todavía se mantengan los medios comisivos como elementos objetivos del tipo penal de trata de personas, ya que –conjuntamente con la determinación de la situación de explotación futura- ayudan a determinar con precisión la puesta en peligro del bien jurídico dignidad, entendido como cosificación humillante y vejatoria del ser humano.

#### **d.2. La necesidad de distinguir entre trata de personas con fines de explotación sexual y el ejercicio libre de la prostitución**

Un argumento adicional para mantener los medios comisivos en el delito de trata de personas lo constituye la necesidad de diferenciar entre el delito de trata de personas y otros fenómenos de naturaleza totalmente distinta que, lamentablemente, han sido asociados de manera indebida. En este punto concreto, nos referimos a la distinción que debe existir entre el delito de trata de personas con fines de explotación sexual y el ejercicio de la prostitución libre.

Ello, por cuanto, el artículo 153.2 del Código Penal vigente establece que la trata de personas puede tener como uno de sus fines “la prostitución”, que recoge además la regulación prevista en el Protocolo de Palermo<sup>649</sup>. Así, el artículo citado señala lo siguiente:

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,

---

<sup>648</sup> Como refiere VILLACAMPA: “[La trata con fines de explotación sexual] se identifica con la que persigue la prestación de actividades de naturaleza sexual por parte de las víctimas. Tales servicios no únicamente deben identificarse con la prostitución, sino que tradicionalmente se han identificado con cualquier actividad que tenga la referida naturaleza, también la intervención en espectáculos pornográficos o en la elaboración de material pornográfico”. En: VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional. Thomson Reuters-Aranzadi. Pamplona, 2011. Pág. 69.

<sup>649</sup> El artículo 3 inciso a del Protocolo de Palermo señala lo siguiente:

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

acoge, recibe o retiene a otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país con fines de explotación, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.

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

El problema que suscita esta regulación es que se puede interpretar de dos formas: i) por un lado, que la referencia a la prostitución, como modalidad de explotación sexual, se refiere a una actividad forzada, que en realidad es el correlato de la conducta anterior de trata de personas, por lo que requiere de los medios comisivos para su configuración, y; ii) por otro lado, que la referencia a la prostitución, como forma de explotación de la trata de personas, no solo incluye los casos de prostitución forzada, sino también aquellas actividades sexuales ejercidas libremente, denominadas “trabajo sexual”.

De hecho, la implicancia de los medios comisivos en este punto es vital, por cuanto, de suprimirse los mismos, cualquier captación, traslado, recepción, acogimiento y retención de una persona, con fines de que realice actividades de prostitución, **aún si cuenta con su consentimiento**, configuraría un delito de trata de personas.

Nuevamente recurrimos a la experiencia argentina para ilustrar este tema. En dicho país mediante el artículo 1 de la Ley N° 26.842, “Ley de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y de asistencia a sus víctimas”<sup>650</sup> se modificó el artículo 2 de la Ley 26.364, señalando que “(...) se entiende por trata de personas el ofrecimiento, la captación, el traslado, la recepción o acogida de personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países”; suprimiendo de dicha definición los medios comisivos. Igualmente, la referida Ley N° 26.842 también modificó el artículo 145 bis del Código Penal argentino, que ahora sanciona el delito de trata de personas en los siguientes términos: “(...) será reprimido con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediare el consentimiento de la víctima”.

Como se advierte, expresamente se ha suprimido los medios comisivos en la fórmula legislativa de dicho ordenamiento, lo que ha generado críticas de diversos sectores, especialmente de las involucradas.

Por ejemplo, la Asociación de Mujeres Meretrices de la Argentina (Ammar), en un comunicado público por el “Día Internacional contra la explotación sexual y el tráfico de mujeres” -de fecha 23 de septiembre del 2016-, criticó la regulación vigente en dicho país, cuestionando la identificación que se hace entre trata de personas con fines de explotación sexual y el ejercicio libre de la prostitución, realizando una precisión entre ambas figuras:

---

<sup>650</sup> Publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 27 de diciembre del 2012.

La Asociación de Mujeres Meretrices de la Argentina Ammar se suma a la conmemoración del Día Internacional contra la Explotación Sexual y el Tráfico de Mujeres y pide que las normativas para combatir este delito tengan en cuenta las voces de las Trabajadoras Sexuales. Según la experiencia de la Organización, las políticas anti-trata que están en curso o fueron aprobadas impactan negativamente en el ejercicio del Trabajo Sexual.

Las leyes 26364/2008 y 26842/2012 fomentaron la confusión entre trata y trabajo sexual porque se niega toda capacidad de consentimiento de las Trabajadoras y los Trabajadores Sexuales para realizar su actividad. Se han incrementado las manifestaciones de violencia institucional por los operativos y allanamientos realizados por las dependencias anti-trata y las fuerzas de seguridad en búsqueda de víctimas y se prohibieron los avisos o publicidad que ofrezcan servicios sexuales.

(...) Para contribuir a clarificar la confusión que existe entre Trabajo Sexual y trata, la Asociación de Mujeres Meretrices de la Argentina define el Trabajo Sexual o la prostitución como una actividad ejercida por personas mayores de 18 años que prestan un servicio sexual a cambio de una remuneración económica. En la negociación, las partes involucradas – cliente/a-Trabajador/a Sexual – lo hacen por decisión personal y de manera consentida. En la Argentina su ejercicio está permitido pero no está regulado.

Por el contrario, la trata de personas con fines de explotación sexual, está tipificada como un delito que implica la captación de personas a través de amenazas o el uso de la fuerza y otras formas de coacción, para obligarlas a prestar servicios sexuales. El elemento distintivo es la retención, el sometimiento y el encierro en contra de la voluntad de la persona. Es decir que no existe consentimiento.<sup>651</sup>

Este es un debate que todavía no se ha dado en nuestro país. En esa medida, el propósito de las siguientes líneas es señalar la importancia de distinguir la *trata de personas* -que, como señalamos, implica degradar al ser humano a la calidad de objeto, desconociendo su dignidad-, *del ejercicio libre de la prostitución* que, amparada bajo el derecho al libre desarrollo de la personalidad, no constituye una práctica desaprobada penalmente.

Antes de ello, es necesario analizar cuáles son los modelos que regulan el ejercicio de la prostitución por parte de los Estados y, en particular, qué modelo ha sido adoptado por el Estado peruano.

### d.2.1. Modelos de regulación del ejercicio de la prostitución

De acuerdo a la doctrina<sup>652</sup>, existen diversos modelos referidos a la regulación de la prostitución por parte de los Estados:

- **Reglamentarismo:** es un modelo vigente en Europa a mediados del siglo XIX. Parte de culpar a la mujer prostituida por dar lugar a la venta de sexo por dinero, aunque considera que la prostitución constituye un mal inevitable, una realidad que se debe afrontar. En razón a ello, y por el temor de expansión de infecciones

<sup>651</sup> Información disponible en: <http://www.ammar.org.ar/Las-politicas-prohibicionistas-nos.html> (consultado el 5 de febrero del 2017).

<sup>652</sup> En este punto seguimos fundamentalmente a VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. Políticas de criminalización de la prostitución: análisis crítico de su fundamentación y resultados. pp. 81-142. En: Revista de Derecho Penal y Criminología. 3era Época, N° 7 (2012). UNED.

de transmisión sexual, se adoptaron normativas dirigidas a regular dicha actividad en determinados espacios, estableciéndose la obligatoriedad de las prostitutas a pasar controles sanitarios periódicos que garantizaran su salubridad.<sup>653</sup> Cabe precisar que la reglamentación llevaba aparejada el estigma social y jurídico de la prostituta, en la medida que perdía su intimidad, además de ser sometida a diversos controles altamente invasivos.<sup>654</sup>

- **Abolicionismo:** en respuesta al modelo anterior, el modelo abolicionista considera que la prostitución es un fenómeno cuyo origen no es responsabilidad de las mujeres, sino de los hombres a partir de sus demandas. En ese sentido, el reglamentarismo atentaba contra la dignidad de las mujeres, en la medida que formalizaba la prostitución que era equiparada a una situación de esclavitud. Posteriormente, esta corriente también combatió la trata de blancas y lo equiparó con la prostitución (que no solo incluía a la forzada). Así, el movimiento abolicionista rompió la vieja separación entre la prostitución voluntaria e involuntaria y produjo, en consecuencia, la imagen de la prostituta víctima.<sup>655</sup> Por ende, para el abolicionismo, el Estado debe dirigir sus esfuerzos a desaparecer la prostitución, en tanto actividad degradante e indigna, sin que a la prostituta se la afecte por el ejercicio de dicha actividad, ya sea desde el ámbito penal o administrativo.<sup>656</sup>

Esta corriente tuvo su punto más alto con la adopción de instrumentos internacionales en la materia, en especial con la aprobación del Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 317 (IV), del 2 de diciembre de 1949, en vigor desde el 25 de julio de 1951. En este instrumento se identifica claramente la prostitución con la trata de personas, e inclusive establece la obligación de los Estados parte de sancionar a toda persona que concierne la prostitución de una persona o explota dicha actividad, aún con el consentimiento de la víctima.<sup>657</sup> Otro dato importante es que declara la prostitución como “incompatible” con la dignidad del ser humano.<sup>658</sup>

- **Prohibicionismo:** se produjo a finales del siglo XIX; si bien compartía con la corriente abolicionista el objeto de acabar con la prostitución, el enfoque que adoptaba era totalmente represivo, toda vez que responsabiliza a las mujeres por dicho fenómeno, lo que conllevaba a criminalizar el ejercicio de la prostitución y las actividades vinculadas, tanto si se realizaban en la calle o en locales cerrados.<sup>659</sup>

---

<sup>653</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. Políticas de criminalización de la prostitución: análisis crítico de su fundamentación y resultados. p. 83. En: Revista de Derecho Penal y Criminología. 3era Época, N° 7 (2012). UNED.

<sup>654</sup> DE LORA, Pablo ¿Hacernos los suecos? La prostitución y los límites del Estado. pp. 455-456. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30 (2007).

<sup>655</sup> IGLESIAS SKULJ, Agustina. La trata de mujeres con fines de explotación sexual: una aproximación político-criminal y de género. 1era Edición. Editorial Didot. Buenos Aires, 2013. p. 51.

<sup>656</sup> DE LORA, Pablo ¿Hacernos los suecos? La prostitución y los límites del Estado. p. 457. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30 (2007).

<sup>657</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. Políticas de criminalización de la prostitución: análisis crítico de su fundamentación y resultados. pp. 84-85. En: Revista de Derecho Penal y Criminología. 3era Época, N° 7 (2012). UNED.

<sup>658</sup> IGLESIAS SKULJ, Agustina. La trata de mujeres con fines de explotación sexual: una aproximación político-criminal y de género. 1era Edición. Editorial Didot. Buenos Aires, 2013. p. 65.

<sup>659</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. Políticas de criminalización de la prostitución: análisis crítico de su fundamentación y resultados. pp. 85-86. En: Revista de Derecho Penal y Criminología. 3era Época, N° 7 (2012). UNED.

- **Regulacionismo:** este modelo apareció en la década de los 80, a partir de movimientos realizados por organizaciones de trabajadoras sexuales que reclamaban el reconocimiento de derechos laborales y beneficios de la seguridad social, como cualquier otro trabajador, aunque rechazaban los controles sanitarios que imponía el reglamentarismo. En ese sentido, pretende regular el ejercicio de la prostitución, con el objetivo de garantizar una adecuada situación laboral de las trabajadoras sexuales.<sup>660</sup>

Ya en el siglo XX, aparece la corriente del “**Feminismo Pro Derechos**”<sup>661</sup>, adscrita al Regulacionismo, que tiene aportaciones destacadas articuladas en 3 grandes ejes:

- a. *El concepto de trabajo sexual:* se lo define como un intercambio consensuado por dinero, que no solo abarca la prostitución sino además otros trabajos. En ese sentido, todo intercambio no consensuado es considerado una forma de violencia sexual, abuso o esclavitud que debe ser perseguida y sancionada penalmente.<sup>662</sup>
- b. *La distinción entre los conceptos de trabajo sexual, trata y tráfico de personas con fines de explotación sexual:* cuya consecuencia fue consolidar la perspectiva de los derechos humanos en estos temas, a fin de garantizar que las personas que son víctimas de estas conductas sean tratadas como víctimas de una violación de derechos humanos y que se adopten medidas para su protección.<sup>663</sup>
- c. *La protección de los derechos fundamentales de las personas que ejercen la prostitución:* como ámbito diferenciado de la protección de los derechos fundamentales de las víctimas de la trata y el tráfico de personas con fines de explotación sexual.<sup>664</sup>

De estos modelos, los casos en los que se recurre al Derecho Penal sería en los modelos abolicionista (que sanciona todos los actos en torno al ejercicio de la prostitución, sin criminalizar el ejercicio mismo de la prostitución) y prohibicionista (en el que adicionalmente también se criminaliza el ejercicio de la prostitución).

#### **d.2.2. Modelos de regulación de la prostitución en el Protocolo de Palermo**

<sup>660</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. Políticas de criminalización de la prostitución: análisis crítico de su fundamentación y resultados. p. 86. En: Revista de Derecho Penal y Criminología. 3era Época, N° 7 (2012). UNED.

<sup>661</sup> Este movimiento tiene sus inicios en 1973, cuando la prostituta y activista feminista Margo St. James fundó, en San Francisco (EE.UU), la asociación COYOTE, una entidad sin fines de lucro, entre cuyos objetivos no se encontraba abolir la prostitución, sino lograr el respeto de los derechos de las prostitutas. Ver en: HEIM, Daniela. Más allá del disenso: los derechos humanos de las mujeres en los contextos de prostitución. Pág. 299. En: Revista Derechos y Libertades. Número 26, Época II, enero 2012.

<sup>662</sup> HEIM, Daniela. Más allá del disenso: los derechos humanos de las mujeres en los contextos de prostitución. Pág. 316. En: Revista Derechos y Libertades. Número 26, Época II, enero 2012.

<sup>663</sup> HEIM, Daniela. Más allá del disenso: los derechos humanos de las mujeres en los contextos de prostitución. Pág. 321. En: Revista Derechos y Libertades. Número 26, Época II, enero 2012.

<sup>664</sup> HEIM, Daniela. Más allá del disenso: los derechos humanos de las mujeres en los contextos de prostitución. Pág. 323. En: Revista Derechos y Libertades. Número 26, Época II, enero 2012.



Queda claro entonces que existen diversos modelos de regulación de la prostitución. Este tema parece estar totalmente desvinculado de la problemática de la trata de personas, al que identificamos como un problema distinto, con sus propias particularidades y enfoques.

Lamentablemente, ello no es así. De hecho, como ya se ha adelantado, de los modelos descritos el modelo abolicionista –a través de sus múltiples variantes- es aquel que considera que el ejercicio de la prostitución es una forma de violencia contra la mujer y que, por ende, constituye una actividad prohibida, sobre la cual no puede existir autonomía para decidir. Pero va más allá, al equiparar la prostitución con la trata de personas con fines de explotación sexual. Como lo señala DANIELA HEIM:

(...) este movimiento [abolicionismo radical] defiende una posición intransigente con relación al consentimiento de las mujeres para el ejercicio de la prostitución, que en todo caso niegan; negando también la diferenciación entre la prostitución, el tráfico y la trata de mujeres para su explotación sexual (...), por considerar que estos tres fenómenos están tan intrínsecamente conectados entre sí que es inútil diferenciarlos.<sup>665</sup>

De hecho, como ya se había señalado anteriormente, el “*Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena*” de 1949 –todavía vigentes un producto de esta corriente feminista de carácter abolicionista, al señalar expresamente en su preámbulo que “(…) *la prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad*”.

Cabe precisar que las críticas generadas contra el abolicionismo se sustentan especialmente en la falta de consideración de la presunta víctima, a quien se la asume como un ser vulnerable, incapaz de determinarse en el ejercicio de su sexualidad. Además, dicha situación se incrementa si las víctimas tienen la condición de migrantes.

En ese sentido se expresa AGUSTINA IGLESIAS:

(...) el gobierno de la trata se organiza bajo el discurso “víctima vs. traficantes”, que contribuye a reproducir la identificación entre la prostitución voluntaria y la prostitución forzada, caracterizando a las mujeres migrantes como víctimas de esta última. Este discurso simplifica la tarea de discriminar entre prostitución forzada y voluntaria en las mujeres que se dedican al trabajo sexual, ya que la premisa es que nos encontramos con seres incapaces de autodeterminación y, por lo tanto, incapaces de tomar la decisión de dedicarse al trabajo sexual.<sup>666</sup>

(...) en efecto, las mujeres son vistas como seres inherentemente vulnerables, supuestamente forzadas o atrapadas en la prostitución a causa de falta de autonomía (...). La construcción victimista de las mujeres no precisa de datos cuantitativos ni cualitativos, sino sólo reforzar una estratagema repetida hasta la saciedad desde que se inició la lucha contra la «trata de blancas» en la década de los cincuenta del siglo pasado. Al respecto, es preciso señalar que la explotación sexual es algo más que prostitución. Sin embargo, el enfoque del que parten estas políticas vela el tratamiento

<sup>665</sup> HEIM, Daniela. Más allá del disenso: los derechos humanos de las mujeres en los contextos de prostitución. Pág. 307. En: Revista Derechos y Libertades. Número 26, Época II, enero 2012.

<sup>666</sup> IGLESIAS SKULJ, Agustina. Género y derechos humanos: el control de las trabajadoras del sexo en el ámbito de las políticas contra la trata de mujeres con fines de explotación sexual. pp. 74-75. Disponible en: [http://ruc.udc.es/xmlui/bitstream/handle/2183/13164/CC-123\\_art\\_3.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://ruc.udc.es/xmlui/bitstream/handle/2183/13164/CC-123_art_3.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (consultado el 22 de abril del 2016).

de la cuestión mediante una manifestación actualizada del abolicionismo, que históricamente ha identificado la trata de mujeres con la prostitución.<sup>667</sup>

Desde este enfoque abolicionista, la relación entre el consentimiento y la explotación se torna todavía más complicada, debido a que no es necesario recurrir a la coerción, fuerza, amenaza o engaño, para que se pueda producir aquella.<sup>668</sup>

Dicho ello, cabe precisar que las posturas abolicionistas también han estado presentes durante la elaboración del Protocolo de Palermo. En ese sentido, VILLACAMPA ESTIARTE señala que:

(...) De manera equivalente a como sucediera con el primer abolicionismo, que vio reflejado su ideario en la aprobación del Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1949, los neoabolicionistas intentaron imponer su visión de las cosas en las discusiones que precedieron a la aprobación del Protocolo de Palermo, complementario a la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Así se explica cómo las ONG que tomaron parte en las negociaciones para la adopción del texto del Protocolo se dividieron en dos grupos, que representaban dos formas contrapuestas de visión de esta realidad, especialmente la relacionada con la trata para la explotación sexual de personas. Por un lado, *la International Human Rights Network*, que sostenía una posición abolicionista de la prostitución, y que consideraba que no podía distinguirse entre prostitución forzada y voluntaria, con lo que presionaba para obtener una definición de trata de personas en que no cupiera exigir que la víctima ha sido de alguna manera forzada. Por otro lado, *la Human Rights Caucus*, que consideraba necesario distinguir entre prostitución forzada y libre, al considerar que no todas las prostitutas eran coaccionadas a la prostitución, y que consecuentemente había que distinguir claramente entre trata de personas —que integraría solamente la prostitución forzada— y trabajo sexual —no inculminado, e integrado por supuestos de prostitución libre—. Tales discusiones entre ambos grupos y la imposibilidad de llegar a un acuerdo sobre el particular fueron las que provocaron que dicha cuestión se dejara finalmente abierta en el texto del Protocolo, sin que se clarificase que la trata para explotación sexual lo era solamente la conducente al ejercicio forzado de la misma.<sup>669</sup>

La figura del *consentimiento* en las negociaciones del Protocolo de Palermo -como afirma JOSUNE LÓPEZ- fue una de las cuestiones más controvertidas y polémicas que enfrentó dos posturas opuestas: por un lado, aquella que no acepta la validez del consentimiento otorgado por una persona para ser explotada y, por otro lado, la que defiende, ante todo, la libertad de la persona para decidir sobre su futuro. De esta forma, mientras un grupo de Estados defendía que la distinción entre la prostitución forzada y la prostitución voluntaria era moralmente inaceptable, otro grupo de Estados rechazaba tajantemente la inclusión del trabajo sexual no forzado (de personas adultas) dentro del alcance de la trata de seres humanos. Finalmente, se optó por una fórmula negativa -poco acertada e innecesaria en

<sup>667</sup> IGLESIAS SKULJ, Agustina. Género y derechos humanos: el control de las trabajadoras del sexo en el ámbito de las políticas contra la trata de mujeres con fines de explotación sexual. pp. 75-76. Disponible en: [http://ruc.udc.es/xmlui/bitstream/handle/2183/13164/CC-123\\_art\\_3.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://ruc.udc.es/xmlui/bitstream/handle/2183/13164/CC-123_art_3.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (consultado el 22 de abril del 2016).

<sup>668</sup> IGLESIAS SKULJ, Agustina. La trata de mujeres con fines de explotación sexual: una aproximación político-criminal y de género. 1era Edición. Editorial Didot. Buenos Aires, 2013. pp. 139-140.

<sup>669</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. Políticas de criminalización de la prostitución: análisis crítico de su fundamentación y resultados. pp. 101-102. En: Revista de Derecho Penal y Criminología. 3era Época, N° 7 (2012). UNED; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de trata de seres humanos. Una inculminación dictada desde el Derecho Internacional. Thomson Reuters-Aranzadi. Pamplona, 2011. Pág. 65.

opinión de JOSUNE LÓPEZ-, que consideró indiferente el consentimiento otorgado por la víctima siempre que se hubiera empleado alguno de los medios comisivos enumerados en el artículo 3 del Protocolo de Palermo.<sup>670</sup>

En conclusión, el concepto de trata de personas que brinda el Protocolo de Palermo es el resultado de una negociación entre grupos y organizaciones interesadas, por un lado, en equiparar trata de personas con fines de explotación sexual con prostitución (feminismo abolicionista), así como en distinguir ambos fenómenos de manera independiente, identificando al ejercicio de la prostitución como “trabajo sexual” (feminismo pro derechos). Ello generó que el concepto final sea un término “abierto”, que deja en cada Estado adoptar el modelo que más le parezca (regulacionista, de legalización, abolicionista o prohibicionista).<sup>671</sup> No obstante, en opinión de AGUSTINA IGLESIAS, tanto a nivel internacional como a nivel europeo las políticas respecto de la trata y de la prostitución han sido diseñadas desde la perspectiva *abolicionista* y la construcción de la víctima.<sup>672</sup>

#### **d.2.3. Razones para distinguir, a través de los medios comisivos, entre la trata de personas con fines de explotación sexual y el ejercicio libre de la prostitución**

De lo expuesto, se advierte entonces que, sobre el tema de trata de personas con fines de explotación sexual de mujeres, especialmente aquel vinculado con el ejercicio de la prostitución, la aparición de los medios comisivos no es un aspecto superficial, sino todo lo contrario:

- a) ***De asumir la tesis abolicionista***, que equipara la trata de personas con fines de explotación sexual con el ejercicio de la prostitución, ya sea libre o forzado, no interesan los medios comisivos, por cuanto la víctima no puede consentir bajo ningún escenario ejercer la prostitución. De allí que se sustente válidamente la desaparición de los medios comisivos “violencia”, “amenaza”, “engaño”, etc., como elementos del delito de trata de personas.
- b) ***De asumir la postura feminista pro derechos***, que concibe la necesidad de distinguir la trata de personas con fines de explotación sexual del trabajo sexual ejercido libremente, los medios comisivos en el delito de trata de personas son un elemento fundamental, toda vez que, para hablar de este último delito sí es necesario que se demuestre que la víctima fue captada, trasladada, transportada, acogida, recepcionada y retenida mediando una situación de violencia, amenaza, engaño, abuso de una situación de vulnerabilidad, etc., con fines de explotación. De no evidenciarse dicha situación y comprobar además que la víctima ha decidido realizar dicha actividad de manera libre y espontánea, **no estaríamos ante un caso de trata de personas.**

<sup>670</sup> LÓPEZ RODRÍGUEZ, Josune. Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra, 2016. Págs. 37-38

<sup>671</sup> IGLESIAS SKULJ, Agustina. La trata de mujeres con fines de explotación sexual: una aproximación político-criminal y de género. 1era Edición. Editorial Didot. Buenos Aires, 2013. p. 102; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional. Thomson Reuters-Aranzadi. Pamplona, 2011. Pág. 40.

<sup>672</sup> IGLESIAS SKULJ, Agustina. Trata de mujeres con fines de explotación sexual. Análisis político-criminal del artículo 177 bis del Código Penal. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013. Pág. 211.

En ese sentido, nosotros apostamos por considerar que no puede existir una equiparación automática entre el delito de trata de personas y todo ejercicio libre de la prostitución, por lo que descartamos las tesis abolicionistas y asumimos más bien una posición *feminista pro derechos*, que reconoce el trabajo sexual libre. Por ello, compartimos lo señalado por AGUSTINA IGLESIAS en este punto:

(...) del texto del Protocolo contra la Trata no puede inferirse ni directa ni indirectamente la equivalencia entra la prostitución y la trata, más allá de los supuestos donde las víctimas son menores de edad; en todos los casos deben darse la concurrencia de los medios comisivos que conducen a la caracterización de la trata como forzada, fraudulenta o abusiva. De la misma forma en que cabe imaginar un proceso conducente a la explotación de los servicios prestados por una persona que sea voluntario y que, por tanto, no integre el concepto internacional de trata, cabe imaginar la prestación misma de ese servicio –e incluso la obtención de beneficios de carácter económico de un tercero sobre la base de dicha prestación- que sea voluntaria. Con todo, es vital establecer y respetar la división entre la prostitución forzada y el trabajo sexual como parte de una política de género, que pueda ser capaz de proteger a las víctimas sin minorizarlas, y otorgando la posibilidad para la emergencia de un nuevo sujeto político cuyas reivindicaciones puedan ser escuchadas y formen parte del proyecto de inclusión.<sup>673</sup>

Igualmente, coincidimos con DAUNIS RODRIGUEZ cuando señala que “(...) se debe evitar, por tanto, aquellas interpretaciones fundamentadas en planteamientos abolicionistas que, al considerar vulnerable a la mujer que consiente prostituirse, convierten algunas formas de intermediación en el ejercicio libre y voluntario de la prostitución en un acto de trata de seres humanos”.<sup>674</sup>

A continuación, expondremos las razones que amparan nuestra posición.

#### **i. El ejercicio libre de la prostitución como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad**

En primer lugar, el ejercicio libre de la prostitución –denominándola más bien trabajo sexual- tiene sustento constitucional directo: el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Dicho derecho está contenido en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución, que señala que toda persona tiene derecho: “a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar”. A su vez, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. 03901-2007-AA/TC, señaló que dicho atributo “*garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres.*”<sup>675</sup>

No obstante, la jurisprudencia constitucional peruana todavía no ha relacionado el derecho al libre desarrollo de la personalidad con el libre ejercicio de la prostitución. Sin embargo, en otras experiencias comparadas ya existe se ha realizado dicha vinculación,

<sup>673</sup> IGLESIAS SKULJ, Agustina. La trata de mujeres con fines de explotación sexual: una aproximación político-criminal y de género. 1era Edición. Editorial Didot. Buenos Aires, 2013. Pág. 333.

<sup>674</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. El delito de trata de seres humanos. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Pág. 185.

<sup>675</sup> STC. Exp. 03901-2007-AA/TC Fundamento jurídico N° 8

como ocurre en Colombia. Así, la Corte Constitucional de dicho país, sobre el tema en cuestión, ha señalado lo siguiente:

(...) Por otro lado, es conocido y aceptado el principio según el cual la ley positiva no puede prohibir todo lo que la moral rechaza, porque atentaría contra la libertad. De acuerdo con lo anterior, jurídicamente hablando puede decirse que en aras del derecho al libre desarrollo de la personalidad, las gentes pueden acudir a la prostitución como forma de vida, pero al hacerlo no pueden ir en contra de los derechos prevalentes de los niños, ni contra la intimidad familiar, ni contra el derecho de los demás a convivir en paz en el lugar de su residencia.<sup>676</sup>

Pero además ha ido más allá, pronunciándose también por la licitud de los acuerdos sostenidos para tener relaciones sexuales previa prestación monetaria:

Es que a falta de toda regulación, con base en las buenas costumbres y en ese tanto, con base en lo previsto en el artículo 13 de la Ley 153 de 1887, “a falta legislación positiva”, podría determinarse la ilicitud de todos los acuerdos que giran en torno del acto de prostituirse y por la misma vía de múltiples opciones individuales que no se acompañaran con una susodicha moral mayoritaria. Sin demasiados miramientos, todas estas decisiones podrían ser estimadas generalmente como contrarias a la moral cristiana, es decir a la moral social, que más valdría llamar claramente la virtud social republicana, que se halla a la base del discurso de los derechos; todas ellas, por tanto, podrían ser merecedoras de un juicio de invalidez. Pero, como el Derecho sí ha regulado el fenómeno, lo reconoce, lo regla y ordena y como la prostitución puede hacer parte del libre desarrollo de la personalidad y del vivir como se quiera y del vivir bien (el ganarse la vida), no es admisible disponer ex novo, a partir de una moralidad de jueces, la ilicitud de aquellos acuerdos, cuando en la prestación u obligación que se analice se han cumplido a cabalidad con los principios y reglas que la someten, cuando no hay coacción, ni inducción, cuando se pacta en libertad, como decisión propia, autónoma, sin afectación de la integridad física o moral.<sup>677</sup>

En ese sentido, el trabajo sexual constituye una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, por lo que califica como una práctica con cobertura constitucional.

## **ii. La prostitución como fin de la trata de personas solo puede interpretarse como prostitución forzada, de acuerdo al Protocolo de Palermo**

Por otro lado, la prostitución, como fin del delito de trata de personas, tal como está previsto en el Protocolo de Palermo, solo puede ser entendida como una prostitución forzada y nunca libre, por la sola presencia de los medios comisivos en dicha definición. Así también lo señala VILLACAMPA ESTIARTE:

(...) Pese a los problemas inherentes a la aplicación de cualquier modelo que conduzca a la legalización de la prestación de servicios sexuales en determinadas circunstancias, la necesaria distinción ya en un campo conceptual entre prostitución y trata de personas se deduce de los mismos documentos internacionales que vinculan a la práctica totalidad de la comunidad internacional, como el Protocolo de Palermo. Del texto del mismo en modo alguno se infiere la equivalencia conceptual entre trata y prostitución, puesto que,

<sup>676</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-620/95, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; Sentencia C-507/99, fundamento 5.8.

<sup>677</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-629/10, fundamento 115.

al margen de los supuestos en que el tratado sea un menor de edad, se requiere en todo caso de la concurrencia de medios comisivos que conducen a la caracterización de la trata como forzada, fraudulenta o abusiva. De la misma forma en que cabe imaginar un proceso conducente a la explotación de los servicios prestados por una persona que sea voluntario y que, por tanto, no integre el concepto internacional de trata, cabe imaginar la prestación misma de ese servicio — e incluso la obtención de beneficios de carácter económico de tercero sobre la base de dicha prestación— que sea voluntaria. Es decir, pese a la negación de las posiciones abolicionistas cabe distinguir entre prostitución voluntaria y no voluntaria.<sup>678</sup>

Por ende, es necesario que la prostitución -como fin de explotación de la trata de personas- solo pueda ser aquella de carácter forzado en caso de adultos (en caso de víctimas menores de edad sí se incluye los supuestos de ejercicio libre).<sup>679</sup> Solo en esa medida es posible entender que el delito de trata de personas vulnera el bien jurídico dignidad, ya que dicho escenario es sumamente grave. En ese sentido, “(...) *si también en los supuestos de trata para explotación sexual, lo mismo que aquellos que tienen como finalidad la explotación laboral, se está protegiendo la dignidad de la persona, no cualquier incumplimiento del estándar de prestación de esta actividad, lo mismo que puede afirmarse del resto de prestaciones de servicio, podría integrar el tipo del delito, so pena, en caso contrario, de emplear el delito de trata de personas para tutelar anticipadamente los derechos de los trabajadores, cometido que no puede ser el suyo*”.<sup>680</sup>

En conclusión, para evitar que la trata de personas con fines de explotación sexual incrimine supuestos de ejercicio libre de la prostitución -como lo pretenden las tesis abolicionistas- es necesario, como señala VILLACAMPA ESTIARTE, “(...) *acudir a herramientas interpretativas derivadas de la identificación del bien jurídico protegido en el delito que permita deslindar aquellas conductas en que cabe afirmar la concurrencia de los requisitos del merecimiento de pena. Entre éstas no pueden hallarse los meros traslados poblacionales voluntarios, pese a que su destino final sea el ejercicio —no forzado— de la prostitución*”.<sup>681</sup>

### **iii. La sanción de la prostitución libre, como fin de la trata de personas, constituye el objetivo de un Estado perfeccionista, incompatible con un Estado Constitucional de Derecho**

Finalmente, de considerarse que la prostitución libre también debe ser sancionada como fin de explotación sexual, dentro del delito de trata de personas, tal como lo proponen las tesis abolicionistas, el Estado estaría realizando una intervención claramente atentatoria de los derechos a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad.

En opinión de Pablo De Lora:

---

<sup>678</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. Políticas de criminalización de la prostitución: análisis crítico de su fundamentación y resultados. p. 126. En: Revista de Derecho Penal y Criminología. 3era Época, N° 7 (2012). UNED.

<sup>679</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. Políticas de criminalización de la prostitución: análisis crítico de su fundamentación y resultados. p. 139. En: Revista de Derecho Penal y Criminología. 3era Época, N° 7 (2012). UNED.

<sup>680</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. Políticas de criminalización de la prostitución: análisis crítico de su fundamentación y resultados. pp. 138-139. En: Revista de Derecho Penal y Criminología. 3era Época, N° 7 (2012). UNED.

<sup>681</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. Políticas de criminalización de la prostitución: análisis crítico de su fundamentación y resultados. p. 140. En: Revista de Derecho Penal y Criminología. 3era Época, N° 7 (2012). UNED.

(...) Frente a los que algunas abolicionistas esgrimen, existe la prostitución voluntaria; la prostitución no equivale “por definición” a esclavitud. En todo caso, puestos a considerar la prostitución como algo esencialmente denigrante o indigno para los seres humanos (equiparable a la compraventa de órganos, por ejemplo), la actitud coherente por parte del Estado no es la “desregulación” (que implica que la prostitución no es delito pero no se ampara jurídicamente a quien la ejerce), sino la prohibición bajo la amenaza de la sanción penal. Esa es la respuesta, con todo, de un Estado perfeccionista que trata de que los ciudadanos desarrollen sólo aquellos planes de vida que se estiman deseables o virtuosos, lo cual conlleva a una restricción insoportable del ideal de la libertad individual.<sup>682</sup>

Como lo señala este autor, la sanción penal de la prostitución libre o trabajo sexual configuraría una actitud propia de un Estado perfeccionista, cuya inconstitucionalidad ya fue pronunciada por nuestro Tribunal Constitucional:

Es importante tener en cuenta que una cosa es el paternalismo jurídico, y otra, distinta, el perfeccionismo o moralismo legal. El paternalismo, como se ha dicho, impone la adopción de ciertas conductas por el bien de la propia persona coaccionada, alegando que, en caso contrario, ella se auto-generará de manera cierta o razonablemente cierta, un daño objetivo a sus propios derechos fundamentales, limitando la posibilidad del ejercicio de su autonomía moral. Por el contrario, el moralismo legal o perfeccionismo, coacciona a la persona para que ésta, supuestamente por su propio bien, se adecúe a un concreto ideal de vida o patrón de excelencia humana, que la mayoría social considera moralmente virtuoso (...) Desde luego, **dado que el Estado Constitucional tiene como unos de sus principales valores fundamentales a la libertad, a la autodeterminación y al pluralismo, toda medida perfeccionista se encuentra proscrita** (...) <sup>683</sup> [resaltado nuestro].

Además, no se toma en cuenta que la negación del ejercicio de la prostitución libre, tal como lo asumen las posiciones abolicionistas, en vez de tutelar los derechos de las mujeres que serían presuntas víctimas, estarían desconociendo su dignidad y su autonomía, al invalidar sus decisiones. Tal como lo señala AGUSTINA IGLESIAS

(...) Sin embargo, continua teniendo gran peso la tesis actual de los abolicionistas según la cual la prostitución debe seguir siendo un negocio ilícito porque consiste en el arrendamiento temporal del cuerpo de la mujer, a la que a cambio de dinero se la despoja de su condición de persona, reduciéndola a mero objeto de placer para el cliente. Esta es la causa para negar que la prostitución pueda considerarse objeto de contrato. En relación a esto, señala Maqueda que hay mucho que cuestionar de una afirmación que parece confundir un contrato sexual con un contrato de esclavitud y por lo tanto conduce a admitir que un contrato que se pacta de forma libre despoja a una parte de su carácter de persona. Frente a ello, la autora pregunta ¿hay algo más indigno y degradante que no ser reconocido como sujeto capaz de adoptar decisiones libres?<sup>684</sup>

<sup>682</sup> DE LORA, Pablo ¿Hacernos los suecos? La prostitución y los límites del Estado. pp. 468-469. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30 (2007).

<sup>683</sup> STC. Exp. N.º 00032-2010-PI/TC, fundamento jurídico 50.

<sup>684</sup> IGLESIAS SKULJ, Agustina. La trata de mujeres con fines de explotación sexual: una aproximación político-criminal y de género. 1era Edición. Editorial Didot. Buenos Aires, 2013. Pág. 225.

## 4.2. El consentimiento en el delito de trata de personas: conclusiones

### 4.2.1. La necesidad de los medios comisivos en el delito de trata de personas

De lo expuesto, queda claro entonces que la presencia de los medios comisivos en el delito de trata de personas es fundamental, por cuanto: i) permite determinar el escenario más grave de afectación a la dignidad del ser humano (entendida como cosificación de la persona de manera vejatoria y humillante), como bien jurídico protegido por el delito de trata de personas, y ii) permite distinguir a la trata de personas con fines de explotación sexual de actividades que implican el libre ejercicio de una actividad sexual, no lesiva de los derechos de terceros (prostitución o trabajo sexual), y; iii) coadyuva con el principio de legalidad y deja menos espacio de arbitrariedad al operador judicial.

#### a. Para determinar el ámbito de protección del bien jurídico dignidad

En el primer caso, se evidencia que los medios comisivos del delito de trata de personas permiten concretizar la actividad lesiva que pone en riesgo el bien jurídico dignidad, tal como lo hemos asumido aquí. Como señala DAUNIS RODRÍGUEZ:

(...) la existencia de tales medios de realización de la conducta resulta trascendental para diferenciar la trata de seres humanos de otras conductas ilegales que presentan una naturaleza y alcance claramente diversos (del tráfico de personas o, incluso, de los propios delitos de explotación). En sentido opuesto, de haberse optado por no recogerse tales medios de determinación de la voluntad de la víctima, la prohibición se hubiese convertido en una mera protección adelantada de los bienes jurídicos lesionados a través de la explotación laboral y sexual, al no poder verificarse lesión alguna a la dignidad humana.<sup>685</sup>

Aquí vale hacer una precisión. Por un lado, para un sector de la doctrina, la vulneración de la dignidad como bien jurídico protegido del delito de trata de personas únicamente requiere centrarse en las conductas que doblegan la voluntad de la víctima, dejando al elemento “explotación” en un segundo plano.<sup>686</sup>

De igual opinión es AGUSTINA IGLESIAS, quien señala lo siguiente:

(...) La ilegalidad constitutiva del delito de trata de personas está determinada por los modos de comisión, es decir, que se recurra a la amenaza, 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 o pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra. Estas son las condiciones materiales que dan lugar al trato inhumano y degradante. Son los medios comisivos, por tanto, los que se convierten en el núcleo esencial del concepto de trata. La ilegalidad se hace coincidir con el fin perseguido y con los medios empleados para lograr el dominio y el sometimiento. Aquí radica la distinción básica con el concepto de tráfico ilegal de migrantes.<sup>687</sup>

<sup>685</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. El delito de trata de seres humanos. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Pág. 48.

<sup>686</sup> DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. El delito de trata de seres humanos. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Págs. 53-54.

<sup>687</sup> IGLESIAS SKULJ, Agustina. La trata de mujeres con fines de explotación sexual: una aproximación político-criminal y de género. 1era Edición. Editorial Didot. Buenos Aires, 2013. p. 172; IGLESIAS SKULJ, Agustina. Trata de mujeres con fines de explotación sexual. Análisis político-criminal del artículo 177 bis del Código Penal. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013. Pág. 129.



Hay otro sector de la doctrina que más bien considera que el elemento central para definir la puesta en peligro del bien jurídico dignidad en el delito de trata de personas lo constituye la finalidad de explotación. Como señala MONTOYA VIVANCO:

(...) Esta perspectiva nos lleva a considerar que, más allá de la manifestación del tratante o de la manifestación de la propia víctima, lo importante es la situación —objetiva— en la que esta se encuentra o la situación que le deparará próximamente a la misma. Es decir, lo importante es el análisis, a partir de todos los medios de prueba directos o indirectos, de la situación de explotación o próxima situación de explotación de la víctima. En otras palabras, las investigaciones deben evidenciar una situación existente o una situación próxima de sometimiento de una persona a alguna forma de dominio por parte de otra. Reiteramos, entonces, que en el caso de víctimas de trata mayores de edad, los medios comisivos —violencia, coacción, amenaza, engaño o abuso de una situación de vulnerabilidad— serían una especie de indicios —ratio conoscendi— que denotan una situación de riesgo de explotación o de una explotación ya existente.<sup>688</sup>

Al respecto, de las posiciones sustentadas, consideramos lo siguiente:

- El elemento “explotación” por sí mismo no basta o resulta insuficiente para poder determinar qué situaciones ponen en peligro concreto el bien jurídico dignidad humana. Como lo vimos a partir de un caso real, la definición de lo que puede entenderse como “explotación” dentro del delito de trata de personas es muy ambigua, y puede sujetarse a interpretaciones arbitrarias, generando impunidad.
- Pero, por otro lado, los medios comisivos, por sí mismos, tampoco son suficientes para sustentar una afectación a la dignidad. De hecho, al considerarlos de manera aislada, sin referencia alguna a la futura situación de explotación, reconducirían el bien jurídico protegido de la dignidad, tal como lo hemos sustentado aquí, a la libertad, ya que solo se centran en la afectación a la voluntad de la víctima.

Ello nos lleva a afirmar que, para determinar una afectación al bien jurídico dignidad, en el delito de trata de personas, se requiere necesariamente: i) acreditar la presencia de los medios comisivos (solo en el caso de víctimas adultas), y ii) acreditar la futura situación de explotación a la que será sometida la víctima.

Como señala JOSUNE LÓPEZ: “(...) Precisamente, lo característico del fenómeno de la trata no es tanto el movimiento geográfico de la persona, sino el empleo de medios forzados, fraudulentos o abusivos sobre la víctima y el propósito de explotarla”.<sup>689</sup>

#### **b. Para distinguir entre la trata de personas con fines de explotación sexual y el ejercicio libre de la prostitución**

Con respecto a la segunda afirmación, la presencia de los medios comisivos sí permite distinguir la trata de personas con fines de explotación sexual de los supuestos de trabajo

<sup>688</sup> MONTOYA VIVANCO, Yván. El delito de trata de personas como delito complejo y sus dificultades en la jurisprudencia peruana. En: Revista Derecho PUCP N° 76, 2016. Pág. 404. Similar posición tiene POMARES CINTAS, Esther. El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral. Pág. 11. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2011, núm. 12-15.

<sup>689</sup> LÓPEZ RODRÍGUEZ, Josune. Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra, 2016. Pág. 100.

sexual libre. Como se expuso anteriormente, detrás de la aprobación del Protocolo de Palermo existieron grupos interesados en vincular ambos temas, desconociendo la naturaleza del trabajo sexual ejercido en libertad, como una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad. En esa medida, los medios comisivos en el delito de trata de personas juegan un rol importante porque permiten distinguir los casos de explotación sexual, en los que se evidencia el aprovechamiento de una situación de abuso, de aquellos en los que no se advierte dicho contexto.

Vinculado con este tema, hay que precisar que la omisión de los medios comisivos, tal como ha ocurrido en otros países, no puede sustentarse en la necesidad de facilitar la probanza del delito de trata de personas; esto es, en evitar demostrar si la víctima ha consentido o no una situación de explotación. Antes bien, se deben abordar, desde un aspecto preventivo, los factores que propician la situación de vulnerabilidad de las víctimas. Así:

(...) Los intentos por librarse de la carga probatoria del consentimiento en este ámbito no puede operar como un criterio político-criminal de un Estado de derecho, sino que deben conjugarse, como en cualquier materia de política-criminal, otras medidas y programas que prevengan la comisión de este tipo de delitos, teniendo en cuenta la situación general del trabajo femenino, la discriminación de la mujer en cuanto a la educación y los recursos disponibles para ellas. Como se afirmó desde el inicio, una política de prevención de la trata de personas debe orientarse a corregir los niveles de vulnerabilidad que exponen a las personas a ser victimizadas o sometidas a condiciones de explotación. Para que el consentimiento no se convierta en un obstáculo para la persecución de los autores, en primer lugar, debe analizarse la particular situación de vulnerabilidad de las mujeres y en segundo lugar, no deben pasar inadvertidas las sinuosas formas que traza en la trayectoria vital de una persona la relación entre la vulnerabilidad y el consentimiento. La insistencia y los esfuerzos en la exclusión de la validez del consentimiento no deben ensimismarse y deben exceder ese ámbito para trasladarse al diseño de políticas de combate a las condiciones de vulnerabilidad que exponen a las personas a situaciones de explotación en los diversos ámbitos en que puede darse la trata de seres humanos.<sup>690</sup>

#### **4.2.2. La trata de personas solo tutela la dimensión más grave del bien jurídico dignidad**

Vinculado con el punto anterior, hay que señalar que la dignidad, como bien jurídico protegido por el delito de trata de personas, tal como lo hemos sustentado en la presente investigación, solo alude a una dimensión, la más emblemática, como es la no cosificación vejatoria y humillante del ser humano. Asimismo, hemos definido que, para determinar la afectación a este bien jurídico, se requiere acreditar tanto los medios comisivos como el fin de explotación.

Por tanto, todas aquellas conductas que, si bien pueden tener alguna incidencia en la dignidad, pero que no cumplen con los elementos señalados, no constituyen una afectación de la dignidad entendida como no cosificación vejatoria y humillante del ser humano.

---

<sup>690</sup> IGLESIAS SKULJ, Agustina. La trata de mujeres con fines de explotación sexual: una aproximación político-criminal y de género. 1era Edición. Editorial Didot. Buenos Aires, 2013. Págs. 335-336.

Esta situación, pues, determina que podamos afirmar que existen grados de afectación de la dignidad. Así lo destaca también ALONSO ÁLAMO:

(...) En efecto, la dignidad de la persona no admite grados, no depende de las capacidades del individuo, no admite ponderación con otros bienes (a salvo de lo que luego se dirá respecto del nasciturus y de los preembriones in vitro y de los difuntos), pero los ataques a la dignidad son graduables. La persona puede ser más o menos envilecida, degradada, y, también, los condicionamientos de su libertad pueden presentar diferentes grados lo que puede conducir, bajo determinados presupuestos, a reconocer efectos atenuatorios de la responsabilidad del autor en situaciones en que la víctima interviene positivamente mostrando su conformidad o cuando la acción se lleve a cabo a petición suya y su situación de dependencia, vulnerabilidad, es decir, el condicionamiento de su voluntad, sea mínimo o insignificante.<sup>691</sup>

Por tanto, en aquellas situaciones en las que no se evidencien los medios comisivos del delito de trata de personas, no se podrá sustentar una afectación a la dignidad en su dimensión de no cosificación de la persona de manera vejatoria y humillante.

#### **4.2.3. El consentimiento, sin la concurrencia de medios comisivos, sí tiene validez para evitar la configuración del delito de trata de personas**

Si señalamos que los medios comisivos –junto con el elemento explotación– son indispensables para determinar la afectación del bien jurídico dignidad, en su dimensión de no cosificación vejatoria y humillante del ser humano, entonces la consecuencia lógica es afirmar que, en la medida que no se evidencie en un caso concreto los medios comisivos –para el caso de adultos–, entonces no se podrá configurar el delito de trata de personas.

De ello se infiere lo siguiente:

- a) Como se ha señalado normativamente (Art. 153.4 del Código Penal), la víctima no puede consentir si se presentan los medios comisivos del delito de trata de personas (violencia, amenaza, engaño, fraude, etc.). En esa medida, el bien jurídico dignidad, entendido como “cosificación de la persona de manera vejatoria y humillante” es indisponible.
- b) Sin embargo, de no presentarse estos medios comisivos (y, por ende, si la víctima prestó su consentimiento), no se puede hablar de una conducta de trata de personas, y tampoco se podrá señalar que se ha afectado o puesto en peligro el bien jurídico dignidad (entendido como cosificación de la persona de manera vejatoria y humillante), lo que no quita que se pueda configurar otro tipo penal.

Esta distinción permite sustentar válidamente que la prostitución como modalidad de explotación sexual del delito de trata de personas solo alude a aquella realizada de manera forzada, mientras que la prostitución realizada de manera libre, denominada también trabajo sexual, no constituye un supuesto de hecho que se adecúe al tipo penal de trata de personas.

---

<sup>691</sup> ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Derecho Penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad. p.24. En: Revista General de Derecho Constitucional 12 (2011). Ed. Iustel.

## CONCLUSIONES

### CAPÍTULO I: EL BIEN JURÍDICO PENAL EN EL MARCO DE UN ESTADO CONSTITUCIONAL

1. El tránsito de un Estado Legal de Derecho a un Estado Constitucional de Derecho implicó dotar de fuerza vinculante a la Constitución, por lo que sus disposiciones, antes consideradas programáticas -que solo establecían directrices generales a cumplir-, pasan a tener efecto vinculante directo en todos los órdenes normativos de una sociedad, incluyendo al Derecho penal.
2. El vínculo entre el Derecho Penal y la Constitución tuvo un proceso evolutivo: de constituir dos órdenes casi independientes, en donde solo se tomaban en cuenta ciertas disposiciones constitucionales para el proceso de producción de las leyes, se pasó a considerar a la Constitución como parámetro para el desarrollo del Derecho Penal. Así, al conjunto de normas y principios constitucionales que informan el contenido que debe tener el Derecho Penal se denominó "*Programa Penal de la Constitución*"; mientras que los derechos y demás disposiciones de la Constitución que establecen mandatos, prohibiciones y regulaciones vinculadas a la materia penal forman parte del llamado "*Derecho Penal Constitucional*".
3. Sin embargo, la eficacia vinculante de la Constitución no se reduce a la etapa de diseño y control de normas de carácter penal (estableciendo obligaciones al legislador), sino que existe también una influencia de la Norma Fundamental en la fase de aplicación de éstas (dogmática penal). En este último caso, la influencia de la Constitución se visibiliza, por ejemplo: i) al incluirse la valoración de los principios y derechos contenidos en la Constitución y en los diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos en el momento de aplicar la norma penal; ii) al recurrir a la técnica de la ponderación, como fórmula previa, para determinar el alcance concreto de un tipo penal (por ejemplo, la aplicación del delito de difamación exige determinar la relación entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor); iii) en la determinación del alcance de la protección del bien jurídico, que debe tomar en cuenta la dogmática de los derechos fundamentales; etc.
4. El principio de *Lesividad*, de *Ofensividad* o de *Exclusiva protección de bienes jurídicos* forma parte del denominado "*Programa Penal de la Constitución*". Reconocido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal de 1991, exige que un tipo penal no solo esté previsto formalmente en una ley, sino que también ponga en peligro o lesione un bien jurídico determinado. A nivel constitucional, este principio ha sido reconocido como parte del *principio de Proporcionalidad*, toda vez que cualquier norma penal que restrinja el derecho fundamental a la libertad personal, debe justificarse únicamente en la protección de un interés de igual relevancia y valía como es el bien jurídico.
5. El bien jurídico penal, sobre el cual se sustenta el principio de Lesividad, constituye una institución en el Derecho Penal de larga data, sobre el cual además se han esgrimido diversas teorías y posiciones, tanto a favor de su existencia como en

apoyo a su supresión. Consideramos que este concepto es fundamental en la construcción del Derecho Penal actual, por lo que estamos de acuerdo con su existencia. Así, asumimos la posición del profesor **Roxin** sobre el bien jurídico, entendido como “*todas las circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal edificado sobre esa finalidad*”.

6. Para efectos del presente trabajo nos apoyamos en la “*Teoría Constitucional del Bien Jurídico*”, que establece que la determinación del bien jurídico penal se realiza a partir de los principios y derechos contenidos en la Constitución. Al respecto, existen tres tesis: i) la **estricta**, que exige que el legislador determine los bienes jurídicos directa y exclusivamente con los principios y derechos contenidos en la Norma Fundamental; ii) la **amplia**, que únicamente exige al legislador, al momento de establecer bienes jurídicos, que éstos “*no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes*”, y; iii) la **ecléctica**, que señala que el legislador tiene discrecionalidad y libertad para determinar los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal, que deberán estar basados en la Constitución, no de manera directa sino referencial.
7. Por otro lado, los derechos fundamentales también pueden ser tutelados como bienes jurídicos penales, lo que no quiere decir que el Derecho penal sea un apéndice del Derecho Constitucional; antes bien, un derecho fundamental debe pasar un proceso de normativización previo para configurar un bien jurídico penal. Finalmente, la delimitación de un bien jurídico penal exige un proceso de ponderación previo, a partir del contenido de los derechos involucrados y con una adecuada argumentación jurídica.
8. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha mostrado una evolución favorable en el tema: desde un uso genérico e indeterminado de “bien jurídico” hasta la adopción –creemos- de lo que hemos denominado “modelo ecléctico” de las tesis constitucionales del bien jurídico. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la República, a través de los acuerdos plenarios elaborados por las salas penales supremas, también se ha decantado por la tesis constitucional del bien jurídico penal.

## **CAPÍTULO II: LAS TEORÍAS SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS**

9. El delito de trata de personas en el ordenamiento jurídico peruano ha tenido una evolución interesante: ya estaba tipificado –aunque de manera parcial- en los códigos penales de 1836, 1863 y 1924. Con el Código Penal de 1991, la trata de personas estaba reconocida en dos tipos penales: i) el delito de *tráfico de menores*, contemplado en el artículo 153 C.P., donde las víctimas solo podían ser niños, niñas y adolescentes, y ii) el delito de *trata de personas adultas*, previsto en el artículo 182 C.P., que solo sancionaba la trata con fines de explotación sexual, dejando impunes otras modalidades (laboral, mendicidad, etc.). Es recién con la Ley N° 28950 -del 16 de enero del 2007- que el delito de trata de personas presenta una nueva redacción, acorde con los estándares internacionales vigentes. Adicionalmente, mediante Ley N° 30251 -del 21 de octubre del 2014-, se

modificó la redacción del delito, haciendo algunas precisiones a fin de clarificar su contenido y facilitar su aplicación por parte de los operadores jurídicos.

10. La regulación del delito de trata de personas también se sustenta en otras normas de carácter nacional como internacional. Así, el artículo 2 inciso 24 literal b) de la Constitución de 1993, prohíbe la esclavitud, la servidumbre y *“la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas”*. A nivel internacional, el *“Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo)”* –ratificado por el Perú– establece en su artículo 5 la obligación de cada Estado parte de adoptar las medidas necesarias para tipificar como delito en su derecho interno la conducta calificada como trata de personas, en los términos del Protocolo (Art. 3).
11. Asimismo, el artículo 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos –que también fue ratificada por el Perú– señala que nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como *“la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas”*. De acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *“Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil”*, a través de este artículo se busca proteger a las personas traficadas para sometimiento a variadas formas de explotación sin su consentimiento, presentándose en estos casos un control ejercido por los perpetradores sobre las víctimas durante el transporte o traslado con fines de explotación. En ese sentido, establece una serie de obligaciones para los Estados, que va más allá de la criminalización de la conducta como delito.
12. Un aspecto que suscita controversia dentro del estudio del delito de trata de personas lo constituye el tema referido al **bien jurídico protegido**, ya que existen diversas tesis al respecto. Una primera posición considera que este delito tutela el bien jurídico **“libertad personal o ambulatoria”**, especialmente por su ubicación dentro del Código Penal (Capítulo I del Título IV del Libro Segundo) –conjuntamente con los delitos de coacción y secuestro–; y porque la trata implica la privación de la movilidad de la víctima. Otro grupo, dentro de esta misma posición, manifiesta que el bien jurídico es la **“libertad de autodeterminación de la persona”**, en la medida que dicho delito afecta la formación de una voluntad libre.
13. Una segunda posición considera que el bien jurídico protegido es la **dignidad de la persona** en la medida que, a través de la trata, el ser humano es cosificado y degradado a la calidad de objeto. Una tercera posición afirma más bien que la trata de personas es un delito **pluriofensivo**, esto es, tutela varios bienes jurídicos de manera simultánea (libertad, integridad, dignidad), incluyendo también a aquellos bienes jurídicos vinculados con la fase de explotación de la víctima (libertad sexual, laboral, etc.). Una cuarta posición señala que la trata de personas protege **otros derechos de las víctimas**.
14. Por su parte, la jurisprudencia también establece una variedad de posiciones. Así, desde corte supranacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hasta tribunales internos como la Corte Constitucional de Colombia, el Tribunal Supremo español y la Corte Suprema de Perú, señalan que el interés o el bien jurídico protegido por la trata de

personas puede ser la libertad, la dignidad o diversos derechos o bienes (pluriofensividad).

15. Cada una de las posiciones señaladas presentan críticas. Al respecto, a la tesis que asume a la libertad personal o ambulatoria como bien jurídico protegido se le objeta que la ubicación del delito de trata dentro del grupo de delitos referidos a la “libertad personal”, no es un indicador definitivo que éste sea el bien jurídico protegido; además que la trata no siempre va a implicar la movilidad geográfica de la víctima o la privación de su libertad. Mientras que en el caso de la libertad de autodeterminación, se objeta que: i) no recoge todo el desvalor que conlleva un caso de trata y, de asumirse este bien jurídico, se equipararía a la trata con el delito de coacción (Art. 151 C.P.); ii) en el caso de víctimas menores de edad no se verifica una vulneración a la libertad de autodeterminación, y; iii) con este bien jurídico no explica la elevada penalidad de este delito (hasta 35 años en casos agravados).
16. A la tesis de la pluriofensividad se le ha objetado lo siguiente: i) asumir una diversidad de bienes jurídicos protegidos dificulta la delimitación de la tipicidad, así como del tratamiento concursal de este delito, y; ii) no se puede alegar la protección de los bienes jurídicos que se afectarían en la fase de explotación de la víctima, porque ello forma ya la fase de agotamiento del delito de trata. Sobre la posición que indica que la trata de personas tutela “otros derechos”, se objeta que dicha afirmación es genérica e imprecisa.
17. Finalmente, a la posición que sustenta que el bien jurídico protegido por el delito de trata de personas es la dignidad, se le objeta lo siguiente: i) constituye un concepto abstracto y vago que no puede ser delimitado como bien jurídico; ii) es presupuesto propio del ser humano, y de él emana otros derechos más concretos y específicos; iii) tiene la cualidad de ser fundamento de todo el derecho (incluyendo el Derecho Penal) por lo que no tiene capacidad para ser bien jurídico; iv) en aquellos casos en los que se invoca la dignidad como bien jurídico protegido se adoptan, a su vez, diversas posiciones a) como autodeterminación del sujeto pasivo; b) como síntesis de diversos derechos fundamentales; c) como un elemento distinto a los derechos fundamentales que da sustento, con contenido propio. En esta diversidad de posiciones, nosotros consideramos que *la dignidad es el bien jurídico protegido por el delito de trata de personas*.

### **CAPÍTULO III: LA DIGNIDAD COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS**

18. La dignidad es un concepto que ha estado presente desde inicios de la historia de la humanidad y que ha pasado por una evolución a la par del desarrollo de la sociedad. Históricamente se identifican dos conceptos del término “dignidad”: i) como un concepto relacional, identificado con la *maiestas*, referido a la posición de una persona en el ejercicio de un cargo o función, por lo que varía de acuerdo a los acontecimientos y circunstancias; ii) como un concepto vinculado al valor intrínseco de la persona humana, el respeto a sí mismo, que se ha visto fortalecido especialmente con la doctrina católica, al equiparar al ser humano con Dios, “a su imagen y semejanza”. A partir de este desarrollo histórico es que se identifican dos dimensiones de la dignidad: **i) dimensión moral o fenomenológica**, referida al

modo de obrar de la persona; *ii) dimensión ontológica*, que se centra más en el hombre que en sus acciones.

19. La dignidad fue reconocida en algunas constituciones a inicios del siglo XX (Weimar, 1919), aunque de manera tímida, sin el contenido y la fuerza que tiene actualmente. Recién es a partir de la Segunda Guerra Mundial que la dignidad, como concepto jurídico, cobra fuerza. Ello, en tanto es reconocida no solo en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en la Carta de Naciones Unidas, sino también en las diversas constituciones de la época (Italia, 1947; Alemania, 1949; España, 1978) y en los instrumentos internacionales que se expidieron con posterioridad. En todos ellos el término dignidad pasó a ocupar un lugar central, ya sea en el preámbulo o considerandos iniciales como principio fundamental; vinculada a otros derechos fundamentales o como la base de los mismos; o como límite en el ejercicio de potestades judiciales, administrativas y/o legislativas.
20. El reconocimiento jurídico de la dignidad, sin embargo, también generó controversia que dura hasta la actualidad. En primer lugar, existe polémica en definir su naturaleza jurídica: si constituye un valor, un principio, un derecho subjetivo o un deber. Ello, en razón a que diversos ordenamientos jurídicos lo reconocen de distintas formas (por ejemplo, en Alemania constituye un derecho fundamental, mientras que en España tiene la calidad de principio).
21. Otro aspecto polémico surgido del reconocimiento jurídico de la dignidad lo constituye su definición. En ese sentido, existen teorías positivas de la dignidad que buscan asignarle una definición autónoma. Por ejemplo, una posición enuncia a la dignidad de manera amplia, vinculándola con el derecho al libre desarrollo de la personalidad y permitiendo que cada ser humano descubra su elección y conduzca su existencia de acuerdo a sus preferencias y objetivos. Otra posición busca asignarle un concepto a la dignidad con elementos filosóficos y teológicos, al entenderla como una cualidad que es concedida al individuo por su creador (“teoría de la dote”), o que se obtiene a partir del propio obrar del ser humano (“teoría de la prestación”). Por otro lado, existe también una tesis negativa, que define a la dignidad a partir de aquellos hechos y actos que pueden lesionarla. Es así que el Tribunal Constitucional Federal Alemán desarrolló la “Fórmula-objeto” (Objekt-Formel) que, apelando a Kant (que postula que cada ser humano sea tratado como fin en sí mismo y no como medio), establece que es contrario a la dignidad reducir al hombre a mero objeto de la actuación del Estado, a partir de un tratamiento de desprecio.
22. Más allá de las controversias suscitadas, a partir del reconocimiento de la dignidad en diversos instrumentos, es posible establecer un contenido mínimo básico compuesto por tres elementos: i) cada ser humano posee un valor intrínseco, simplemente por el hecho de ser humano (afirmación ontológica); ii) existen actos que son incompatibles contra el respeto a este valor intrínseco (afirmación relacional), y; iii) el Estado debe existir para garantizar la protección de la dignidad del individuo y no viceversa (afirmación del Estado limitado).
23. Del reconocimiento de la dignidad dentro de la Constitución se derivan dos tipos de obligaciones: i) de respeto, referidas a que el Estado debe organizarse para que los actos que realicen los funcionarios de las diversas dependencias y



poderes eviten, en el marco de sus competencias, afectar a la dignidad de los ciudadanos (obligación de no hacer o intervenir); ii) de protección, que exigen por un lado que el Estado brinde las condiciones mínimas para una existencia “digna” del hombre, cuando ésta se vea impedida; y, por otro lado, que en los casos que la dignidad sea puesta en riesgo por actitudes de terceros, el Estado pueda intervenir oportunamente para garantizar la protección de la dignidad. Este último es el fundamento para la intervención del Derecho Penal.

24. La dignidad siempre ha sido considerada un valor fundamental en el Derecho Penal. De hecho, interviene como límite para el tratamiento de determinadas instituciones, como son la pena de muerte, cadena perpetua, tortura, penas infamantes y castración, etc. En ese sentido, el principio de Dignidad se proyecta en todo el Derecho Penal y constituye una de las bases del *ius puniendi*. Sin embargo, en los casos señalados se aprecia una función negativa de la dignidad (esto es, como límite), más no se advierte que haya cumplido una función positiva, esto es, como bien jurídico protegido de manera directa.
25. El principal argumento que se esgrime para negar que la dignidad sea un bien jurídico protegido directamente por el Derecho Penal es su amplitud y generalidad, además de constituir el fundamento de todo el sistema penal. Mientras que los argumentos que aceptan que la dignidad sea un bien jurídico autónomo - penalmente protegido- son los siguientes: i) la dignidad humana puede ser tutelada directamente, en tanto puede tener un contenido distinto a los derechos que fundamenta; ii) existen otros conceptos “amplios” y “generales” como la dignidad –como es el caso de la libertad- que son tutelados por el derecho penal.
26. Uno de los conceptos que se le asigna a la dignidad es *la prohibición de instrumentalizar a la persona y la proscripción de la degradación y humillación del otro*, basada en el pensamiento Kantiano y que dio origen a la teoría de la “Fórmula-objeto” alemán. Esta dimensión de la dignidad, además, constituye un concepto autónomo y distinto, que no es cubierto por otro derecho fundamental, por lo que sí podría ser tutelado directamente como bien jurídico protegido por el Derecho Penal; y que, además, se vincula directamente con la conducta de trata de personas, que consiste justamente en denigrar al ser humano para tratarlo como objeto, a fin de comerciarlo al mejor postor.
27. Finalmente, existen diversas razones para identificar a la dignidad, en su dimensión de no cosificación vejatoria y humillante del ser humano, como bien jurídico protegido por el delito de trata de personas en el Perú: **i) jurídico-internacionales**, que se refieren a que la dignidad ha sido reconocida como el interés protegido en diversos instrumentos internacionales referidos a trata de personas (de los cuales el Perú es parte), como en el pronunciamiento de tribunales supranacionales (TEDH, CIDH); **ii) filosófico-jurídicas**, consistentes en que la dignidad constituye un derecho fundamental dentro del ordenamiento jurídico, y su dimensión de no cosificación del ser humano ha sido reconocida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; **iii) de Política Criminal**, referidas a que la asunción de la dignidad como bien jurídico protegido permitirá una mejor identificación del fenómeno, así como la correcta aplicación del tipo penal por parte de los operadores jurídicos; además de cubrir vacíos en nuestra legislación sobre otras figuras delictivas que también tutelan la

dignidad (delitos de acoso laboral e inmobiliario en España), así como de redefinir el bien jurídico protegido en los delitos conexos con la trata de personas (vinculados con las conductas de proxenetismo), y de asumir dicho bien jurídico también en los delitos vinculados con la explotación de las víctimas (Decreto Legislativo N° 1323), y; **iv) dogmáticas**, concernientes al respeto al principio de Proporcionalidad de las penas que debe existir, por un lado, entre la sanción impuesta y el bien jurídico protegido, así como entre la pena prevista para el delito de trata de personas y aquellas previstas para otros delitos con la misma gravedad (por ejemplo, homicidio). Sobre este último punto, el Decreto Legislativo N° 1323, “Decreto Legislativo que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género”, incorporó 3 nuevos delitos al Código Penal: i) *Explotación sexual (Art. 153-B)*; ii) *Esclavitud y otras formas de explotación (Art. 153-C)* y iii) *Trabajo forzoso (Art. 168-B)*. Esta inclusión, si bien llena el vacío de punibilidad que existía sobre la situación de explotación posterior a la trata de personas (que podían ser inclusive más grave que ésta), no establece –al menos– la misma penalidad para los delitos de explotación con respecto al delito de trata de personas, lo que vulnera el principio de proporcionalidad.

#### **CAPÍTULO IV: IMPLICANCIAS INTERPRETATIVAS DEL BIEN JURÍDICO “DIGNIDAD” EN EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS: EL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA**

28. Habiendo determinado que la dignidad, entendida como la no cosificación vejatoria y humillante del ser humano, es el bien jurídico penalmente protegido por el delito de trata de personas, es necesario establecer en qué medida la adopción de dicho bien jurídico influye en la interpretación de un elemento polémico dentro del delito de trata de personas, como es el consentimiento de la víctima.
29. Diversos instrumentos internacionales sobre trata (Protocolo de Palermo, Convenio de Varsovia, Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo) reconocen textualmente que el consentimiento de una víctima de trata de personas adulta no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a los medios comisivos previstos normativamente para este delito (amenaza, violencia u otras formas de coacción, raptó, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios). Mientras que en el caso de menores de edad, la trata se configura sin que se demuestre la concurrencia de estos medios.
30. A nivel interno, el artículo 153.4 del Código Penal señala 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 los medios comisivos previstos en el inciso 1 del artículo 153, que son similares a los reconocidos en el Protocolo de Palermo (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). Igualmente, para el caso de niños, niñas y adolescentes víctimas, el artículo 153.3 establece que se configura la trata únicamente con la conducta típica y el fin de explotación, sin que se invoque la utilización de los medios comisivos señalados.
31. El artículo 20 inciso 10 del Código Penal señala que está exento de responsabilidad penal “*el que actúa con el consentimiento del titular de un bien*

*jurídico de libre disposición*”. Al respecto, la doctrina considera que dicha figura se basa en la libertad de autodeterminación del ser humano o en el derecho al libre desarrollo de la personalidad –por lo que tiene base constitucional-, en la medida que la autorrealización del ser humano lo lleva a elegir aquellos bienes jurídicos que merecen ser protegidos, así como también le otorga la posibilidad de renunciar, a través de la figura del consentimiento, a la protección de otros bienes jurídicos, siempre y cuando no se afecte a terceros.

32. De otro lado, existen tesis *diferenciadoras*, que distinguen entre la figura del *acuerdo* (aplicable en los casos en los que la propia configuración del tipo penal exige la realización de una conducta en contra de la voluntad de la víctima) y el *consentimiento en sentido estricto* (aplicable en casos en los que se evidencia una afectación al bien jurídico protegido –conducta típica- pero que se encuentra justificada por la voluntad del sujeto pasivo); y tesis *unitarias*, que señalan más bien que el consentimiento solo puede ser causa de atipicidad o de justificación. Al respecto, si se toma en cuenta que el consentimiento tiene base constitucional, entonces en todos los casos solo debe ser considerada como una causa de atipicidad (tesis unitaria). Adicionalmente, el consentimiento sobre bienes jurídicos tiene límites: i) respecto de aquellos que tienen carácter irrenunciable, y ii) al ponderar otros intereses en conflicto.
33. Como se señaló, los medios comisivos inciden directamente sobre la voluntad de la víctima adulta de trata de personas, lo que determina que ésta no pueda consentir una situación de explotación. Sin embargo, en caso que no se evidencie la presencia de los medios comisivos de una víctima adulta, se infiere que ésta ha consentido dicha situación y no se podría configurar un caso de trata de personas. De allí que se sustenten dos posiciones sobre la necesidad de exigir los medios comisivos en el delito de trata de personas.
34. Una primera posición considera que los medios comisivos sí deben exigirse para el caso de víctimas adultas; de allí que se tenga que demostrar en el caso concreto que se doblegó la voluntad de la víctima para ser explotada. Este es el modelo vigente en nuestra legislación, así como en España. Una segunda posición considera más bien innecesario exigir medios comisivos para que se produzca un delito de trata de personas, en razón a que: i) la apreciación del consentimiento es compleja, por la situación en la que se encuentra la víctima, y; ii) la víctima no podría consentir una afectación a la dignidad, toda vez que éste es un bien jurídico indisponible. Así ocurre, por ejemplo, en Argentina.
35. Ante ello, consideramos que el análisis de los medios comisivos (que implica además evaluar el consentimiento de la víctima) requiere abordar diversos puntos. En primer lugar, debe precisarse que los medios comisivos tienen por objetivo afectar la libertad de decisión de la víctima, produciendo además una situación de dominio, abuso y sometimiento, y se consideran un anticipo de la posterior situación de explotación a la que será sometida. Especial atención merece el mecanismo referido al *“abuso de una situación de vulnerabilidad”*, por cuanto se refiere a una situación previa de la víctima, referida a las condiciones particulares en las que se encuentra y que son el motivo principal para verse involucrada en una situación de trata de personas, sin tener otra alternativa (situación económica, la falta de oportunidades, la relación de dependencia con el tratante, etc.).

36. En segundo lugar, si bien los medios comisivos están reconocidos expresamente en el Protocolo de Palermo como elemento integrante del concepto de trata de personas (conjuntamente con las conductas típicas y el fin de explotación), los países son autónomos y soberanos en adoptar dicho concepto o en variar el mismo, dependiendo de cada realidad. Así, existen diversas legislaciones con modelos distintos: desde aquellos que establecen un delito de trata de personas de manera idéntica al concepto previsto en el Protocolo de Palermo hasta otros que no presentan semejanza de ningún tipo. En ese sentido, la ausencia de los medios comisivos puede ser vista incluso como una regulación más protectora para las víctimas, en la medida que facilita la probanza del delito. Adicionalmente, el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena de 1949, vigente actualmente, establece un concepto de trata (equiparándola con la prostitución) que no exige medios comisivos, e inclusive niega el consentimiento de la víctima. Por tanto, analizar la viabilidad de los medios comisivos desde un enfoque normativo es infructuoso, por lo que se debe atender a otros criterios.
37. En ese sentido, se postula también que los medios comisivos no pueden operar como elemento del delito de trata de personas en razón a que el bien jurídico asumido, que es la dignidad, es indisponible, lo que determina además la inexistencia del consentimiento de la víctima. No obstante, existe una posición distinta, esgrimida por la profesora Mercedes Alonso Álamo, que señala más bien que la dignidad, en tanto bien jurídico, puede ser afectada de manera gradual, lo que determina que la figura del consentimiento tiene un peso distinto dependiendo del tipo de afectación. Así, existen situaciones en las que el ataque a la dignidad es sumamente grave, como ocurre con la trata de personas -que implica la cosificación del sujeto, degradándolo a la calidad de objeto-, en donde el consentimiento de la víctima es nulo; sin embargo, en aquellas situaciones en donde se evidencia una afectación mínima a la dignidad (como ocurre cuando se ve vulnerada de manera indirecta, junto al bien jurídico honor), el consentimiento sí podrá tener efectos atenuantes. Por tanto, los medios comisivos en el delito de trata de personas -de acuerdo a esta postura que compartimos- establecen un escenario de afectación grave de la dignidad, por lo que sí se requiere su presencia.
38. Existen además razones adicionales que justifican la permanencia de los medios comisivos como elemento integrante del delito de trata de personas. Una primera razón es que el “*fin de explotación*” no basta para determinar cuándo se afecta o pone en peligro la dignidad como bien jurídico protegido por este tipo penal. Y es que el concepto “*explotación*” es genérico e indeterminado, lo que puede llevar a interpretaciones erróneas que generen impunidad. Lamentablemente, dicha situación ya se ha presentado en el Recurso de Nulidad N° 2349-2014-MADRE DE DIOS, donde la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema confirmó la absolución de una procesada por trata de personas en agravio de una adolescente, señalando, entre otros aspectos, que la explotación en el delito de trata de personas requiere agotar físicamente a la víctima, sin importar el número de horas laboradas, ni la ilegalidad de la actividad desempeñada, ni las ganancias obtenidas por el tercero a cargo de la actividad. En definitiva, la afectación del bien jurídico dignidad en el delito de trata de personas, en nuestro concepto, requiere

tanto de acreditar los medios comisivos así como el fin de explotación al que será sometida la víctima.

39. Otra razón que justifica la permanencia de los medios comisivos dentro del delito de trata de personas es que permite distinguir entre actos de trata de personas con fines de explotación sexual, que conllevan una cosificación del ser humano, de actividades en donde más bien se ejerce de manera libre y voluntaria la prostitución. De hecho, en el diseño del Protocolo de Palermo concurrieron diversos movimientos interesados en equiparar la trata de personas con la prostitución, con el objetivo real de prohibir esta última actividad (*abolicionismo*), aunque al final se adoptó un concepto amplio y genérico para que cada Estado regulase el vínculo entre la trata de personas y la prostitución.
40. Entonces, con la supresión de los medios comisivos del delito de trata de personas, se estaría adoptando un modelo *abolicionista*, ya que inclusive el ejercicio de la prostitución libre podría ser sancionada como una forma de explotación del delito de trata de personas, al ya no interesar el consentimiento de la víctima. Mientras que con el mantenimiento de los medios comisivos, todavía se podría distinguir entre supuestos de explotación sexual, en donde se evidencia la cosificación de la persona (exigiéndose el máximo de pena prevista para dicha conducta), de aquellos casos en los que existe un ejercicio libre de la prostitución.
41. Además, se debe recordar que: i) el ejercicio libre de la prostitución se ampara en el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución; ii) los medios comisivos permiten interpretar que la prostitución, como fin de la trata de personas, solo puede ser la de carácter forzado y nunca la que se realiza de manera libre, y; iii) el sancionar el ejercicio de la prostitución libre constituye el objetivo de un Estado perfeccionista, entendido como aquel que trata que los ciudadanos desarrollen solo aquellos planes de vida que se estiman deseables o virtuosos, que por lo demás es incompatible con un Estado Constitucional de Derecho.
42. De todo ello se concluye que los medios comisivos: i) permiten determinar, junto al fin de explotación, el escenario más grave de afectación a la dignidad del ser humano (entendida como cosificación de la persona de manera vejatoria y humillante); ii) permiten distinguir a la trata de personas del ejercicio libre de la prostitución, y; iii) coadyuva con el principio de legalidad y deja menos espacio de arbitrariedad al operador judicial. Finalmente, el bien jurídico dignidad, entendido como cosificación vejatoria y humillante del ser humano es indisponible, por lo que no vale el consentimiento; sin embargo el consentimiento tendría validez en aquellos casos en los que no se evidencia la presencia de los medios comisivos, en la medida que no estaríamos ante una cosificación vejatoria y humillante del ser humano y, por ende, ante un caso de trata de personas.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Acerca de la teoría de bienes jurídicos. pp. 3-44. En: Revista Penal N° 18 (2006).
- ABOSO, Gustavo Eduardo. Trata de personas. La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual. Editorial B de F. Madrid, 2013.
- ADLER. Daniel E. Principios para la interpretación de la trata de personas. pp. 33-43. En: Revista Derecho Penal y Criminología. Año IV, N° 2. Marzo, 2014. La Ley. Buenos Aires.
- AGUIRRE PABÓN, Javier Orlando. Dignidad, derechos humanos y la filosofía práctica de Kant. pp. 47-73. En: Universitas. Bogotá (Colombia) N° 123 (julio-diciembre 2011).
- ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto y BERGUDO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam". Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha: Universidad de Salamanca. Vol. 1. 2001.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. A propósito de la dignidad humana. pp. 460-467. En: Ius La Revista. Tu referente jurídico. Vol. 18, N° 36 (2008).
- ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos. pp. 61-105. En: Estudios penales y criminológicos. Vol. XXIX (2009). Universidad Santiago de Compostela.
- ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Derecho Penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad. pp. 1-47. En: Revista General de Derecho Constitucional 12 (2011). Ed. Iustel
- ALONSO ÁLAMO, Mercedes. ¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual. pp. 3-20. En: Revista Penal N° 19 (2007). Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/301/292> (consultado el 7 de febrero de 2017).
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. Bien jurídico y Constitución. pp. 5-44. En: Cuadernos de Política Criminal N° 43 (1991).
- ÁLVAREZ PÉREZ, Víctor. Dificultades en el tratamiento del delito de tortura en la jurisprudencia peruana. pp. 298-305. En: Ius Et Veritas. Vol 19, N° 39 (2009).
- BACIGALUPO, Enrique. Dignidad de la persona y Derecho Penal. En: AA.VV. Dogmática del derecho penal: Material y procesal y política criminal

contemporáneas. Homenaje a Bernd Schunemann por su 70 aniversario. Gaceta Jurídica. Lima, 2014.

- BENDA, Ernesto. Dignidad humana y derechos de la personalidad. pp. 117-144. En: Manual de Derecho Constitucional, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio. La trata de seres humanos. De los instrumentos internacionales a su plasmación en el Código Penal español. pp. 206-231. En: MEDINA CUENCA, Arnel (Coordinador). El Derecho Penal en los inicios del Siglo XXI: en la encrucijada entre las garantías penales y el expansionismo irracional. Ed. Unijuris. La Habana, 2014.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Viejo y Nuevo Derecho Penal. Principios y desafíos del Derecho Penal de hoy. Iustel. 1era edición. Madrid, 2012.
- BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. 4ta. edición, aumentada y actualizada. San Marcos. Lima, 1998.
- CAPITAL HUMANO Y SOCIAL ALTERNATIVO (CHS) IV Informe Alternativo. Principales Hallazgos (2015-2016). Balance de la sociedad civil sobre la situación de la trata de personas en el Perú 2015-2016. Disponible en: [http://chsalternativo.org/images/publicaciones/07\\_balances\\_e\\_informes\\_alternativo\\_s/2016\\_iv\\_informe\\_alternativo\\_prtg.pdf](http://chsalternativo.org/images/publicaciones/07_balances_e_informes_alternativo_s/2016_iv_informe_alternativo_prtg.pdf) (consultado el 7 de febrero del 2017).
- CARNEVALI, Raúl A. La trata de personas y la normativa internacional. Algunas consideraciones de su regulación en Chile. pp. 170-185. En: Revista Diritto Penale Contemporaneo 4/2013.
- CARO CORIA, Carlos. Sobre la moderna teoría del bien jurídico penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs. pp. 137-168. En: Revista Themis N° 35 (1997).
- CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la relación entre los delitos contra la libertad sexual y de trata de personas. pp. 91-96. En: Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 29. Gaceta Jurídica. Noviembre, 2011.
- CASTILLA DE CORTÁZAR, Blanca. En torno a la fundamentación de la dignidad personal. pp. 61-80. En: Revista Foro, Nueva época. Vol. 18, núm. 1 (2015). Universidad Complutense de Madrid.
- CHANG KCOMT, Romy. Naturaleza jurídica del consentimiento de bienes jurídico-penales: un análisis a la luz de la Constitución. pp. 205-216. En: THEMIS-Revista de Derecho N° 67, 2015.
- CHUECA, Ricardo (Director) Dignidad humana y derecho fundamental. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2015.

- COLOMBO, Marcelo y MÁNGANO, María Alejandra. El consentimiento de la víctima en la trata de personas y un análisis sobre los medios comisivos previstos en la figura penal. pp. 1-29. Disponible en: <http://www.mseg.gba.gov.ar/Trata/consentimiento%20y%20medios%20comisivos.pdf> (consultado el 8 de febrero del 2017).
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Movilidad humana: estándares americanos. 2015. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf> (consultado el 26 de diciembre del 2016).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Sentencia del 20 de octubre de 2016 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
- CRESPO GÓMEZ, Guadalupe Yesenia. Una mirada a la trata de personas en México: La libertad y la dignidad vs. la esclavitud humana. pp. 112-131. En: MEDINA CUENCA, Arnel (Coordinador). Migraciones internacionales, tráfico y trata de seres humanos. Una visión desde Cuba. Serie Ciencias Penales y Criminológicas. UNIJURIS. La Habana, 2015.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. El delito de trata de seres humanos. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013.
- DE ARMAS FONTICOBIA, Tania. La trata de personas. Dilemas criminológicos y jurídico-penales. pp. 152-165. En: MEDINA CUENCA, Arnel (Coordinador). Migraciones internacionales, tráfico y trata de seres humanos. Una visión desde Cuba. Serie Ciencias Penales y Criminológicas. UNIJURIS. La Habana, 2015.
- DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. Delitos de tráfico ilegal de personas, objetos o mercancías. pp. 53-110. En: Revista de Derecho Penal y Criminología, 3era Época, N° 9 (enero de 2013). UNED.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Tráfico y trata de seres humanos: regulación internacional y europea. pp. 23-75. En: AA.VV. Estudios sobre la lucha contra la trata de seres humanos. 1era Edición. Thomson Reuters-Aranzadi. Navarra, 2013.
- DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier. Propuesta de reforma frente a la trata de seres humanos. pp. 125-150. En: AA.VV. Cuadernos penales José María Lidón. Núm. 6: El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos. Universidad de Deusto. Bilbao, 2009.
- DE LORA, Pablo ¿Hacernos los suecos? La prostitución y los límites del Estado. pp. 451-470. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30 (2007).
- DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo. Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana. pp. 187-212. En: Anuario de Filosofía del Derecho N° 21 (2004). Ministerio de Justicia.



- DE MIGUEL BERIAIN, Íñigo. La dignidad humana, fundamento de derecho. pp. 325-356. En: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED. Núm. 27, 2005.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N° 91: Afectaciones a la vida y presuntas torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes atribuidas a efectivos de la Policía Nacional. Serie informes defensoriales. Lima, 2005.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N° 158: La trata de personas en agravio de niños, niñas y adolescentes. Serie informes defensoriales. Lima, 2012.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Constitución y sanción penal. pp. 57-110. En: "Libertas"- Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales N° 1, 2013 (julio).
- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. El objeto de protección del nuevo Derecho Penal Sexual. pp. 69-101. En: Revista de Derecho Penal y Criminología. 2da época. Número 6 (2000). UNED.
- DÓMENECH PASCUAL, Gabriel. ¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la Ley de Seguridad Aérea. pp. 389-425. En: Revista de Administración Pública N° 170 (mayo-agosto 2006). Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- DONINI, Massimo. Principios constitucionales y sistema penal. Modelo y programa. pp. 37-58. En: MONTOYA VIVANCO, Yván (coordinador). Críticas al funcionalismo normativista y otros temas actuales del Derecho penal. Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Palestra editores. Lima, 2011.
- DONINI, Massimo. Un Derecho Penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana. pp. 24-38. En: Revista Penal No. 8 (2001).
- EUROPEAN CORT OF HUMAN RIGHTS. Case of Rantsev v. Cyprus an Russia (Application no. 25965/04).
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. El actual debate alrededor de la teoría del bien jurídico. Pág. 1075-1114. En: URQUIZO OLAECHEA, José, SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson y ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (coordinadores). Dogmática penal de Derecho Penal Económico y Política Criminal. Homenaje a Klaus Tiedemann. Vol. II. Universidad San Martín de Porres. Lima, 2011.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico. pp. 11-45. En: Revista Derecho PUCP N° 50 (1996).
- FERRAJOLI, Luigi. El principio de lesividad como garantía penal. pp. 100-114. En: Revista Nuevo Foro Penal. Vol. 8, N° 79, julio-diciembre 2012. Universidad Eafit.

- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino y DELGADO TOVAR, Walther Javier. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II. Jurista Editores. Lima, 2011.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes. Esclavitud y tráfico de seres humanos. En: Revista Peruana de Ciencias Penales. Número 14 (2004).
- GARCÍA CÍVICO, Jesús. El derecho a no ser torturado: Status Quaestionis. pp. 12-53. En: Universitas, 2017, N° 25. Disponible en: [http://e-  
revistas.uc3m.es/index.php/UNIV/article/view/3542/2171](http://e-revistas.uc3m.es/index.php/UNIV/article/view/3542/2171) (consultado el 5 de abril del 2017).
- GARCÍA CUADRADO, Antonio M. Problemas constitucionales de la dignidad de la persona. pp. 449-514. En: Revista Persona y Derecho. Vol. 67/2012/2. Universidad de Navarra.
- GARCÍA VÁSQUEZ, Sonia y FERNÁNDEZ OLALLA, Patricia. La trata de seres humanos. Colección Foro No 27. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2012.
- GHEZZI, Antonela. Relevamiento normativo en materia de prevención y sanción del delito de trata de personas y de organismos estatales articulados. pp. 47-121. En: Trata de Personas. Políticas de Estado para su prevención y sanción. Infojus-Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Buenos Aires, 2013.
- GIL GIL, Alicia. El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. pp. 103-138. En: Revista de Derecho Penal y Criminología, 2° época, núm. 6 (2000). UNED.
- GONZÁLEZ, Ana Marta (2010). "Dignidad". En: A.L. González (Ed.). Diccionario de Filosofía, Págs. 317-320. Eunsa. Disponible en: <http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/22369/1/dignidad.pdf> (consultado el 8 de febrero del 2016).
- GRBAVAC, Hernán ¿Tras los pasos del modelo sueco? La nueva regulación del delito de promoción o facilitación de la prostitución de mayores de edad en Argentina. pp. 83-104. En: Revista Derecho Penal y Criminología. Volumen XXXVII, número 102, enero-junio de 2016. Universidad Externado de Colombia.
- GROS ESPIELL, Héctor. La dignidad humana en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. pp. 387-417. En: Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 7 (2006).
- GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando. Una teoría de la argumentación jurídico-penal. Un primer esbozo sobre el ejemplo del bien jurídico protegido en el artículo 318 bis del Código Penal español. pp. 567-598. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 31 (2008).
- GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter (director). La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo. Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima, 2005.

- GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter y SOSA SACIO, Juan Manuel. Artículo 1. Dignidad de la persona. En: AA.VV. La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo. Tomo I. Segunda edición aumentada, actualizada y revisada. Gaceta Jurídica. Lima, 2013.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. Dignidad de la persona y derechos fundamentales. Marcial Pons. Madrid, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. pp. 105-121. En: Anales de la Cátedra Francisco Suárez N° 44 (2010).
- HASSEMER, Winfried ¿Pueden haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? pp. 95-104. En: HEFENDEHL, Roland (ed.) La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Marcial Pons. Madrid, 2007.
- HEFENDEHL, Roland (Coordinador). La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edición española. Marcial Pons. Madrid, 2007.
- HEIM, Daniela. Más allá del disenso: los derechos humanos de las mujeres en los contextos de prostitución. pp. 297-327. En: Revista Derechos y Libertades. Número 26, Época II, enero 2012.
- HERNANDO NIETO, Eduardo. Neoconstitucionalismo y Teoría de la Argumentación Jurídica: ¿Son realmente proyectos convergentes? pp. 328-338. En: Ius Et Veritas. Vol. 18, N° 36 (2008).
- HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal. IDEMSA. Lima, 2005.
- HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Manual de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. 4° edición. IDEMSA. Lima, 2011.
- IGLESIAS SKULJ, Agustina. Género y derechos humanos: el control de las trabajadoras del sexo en el ámbito de las políticas contra la trata de mujeres con fines de explotación sexual. pp. 65-83. Disponible en: [http://ruc.udc.es/xmlui/bitstream/handle/2183/13164/CC-123\\_art\\_3.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://ruc.udc.es/xmlui/bitstream/handle/2183/13164/CC-123_art_3.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (consultado el 8 de febrero del 2017).
- IGLESIAS SKULJ, Agustina. Trata de mujeres con fines de explotación sexual. Análisis político-criminal del artículo 177 bis del Código Penal. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.
- IGLESIAS SKULJ, Agustina. La trata de mujeres con fines de explotación sexual: una aproximación político-criminal y de género. 1era Edición. Editorial Didot. Buenos Aires, 2013.

- LANDA ARROYO, César. Dignidad de la persona humana. pp. 109-138. En: Cuestiones Constitucionales, núm. 7 (julio-diciembre, 2002). UNAM.
- LANDA ARROYO, César. La constitucionalización del derecho peruano. pp. 13-36. En: Revista Derecho PUCP N° 71. La Constitucionalización del Derecho Peruano: A Veinte Años de la Constitución Política del Perú (1993). Lima, 2013.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Bien jurídico y objeto protegible. pp. 119-163. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. VOL LX, 2007. Ministerio de Justicia. Madrid.
- LONDOÑO TORO, Beatriz, VARÓN MEJÍA, Antonio y LUNA DE ALIAGA, Beatriz Eugenia. El delito de trata de personas: Hacia la aplicación de estándares internacionales para la prevención, judicialización, protección y asistencia integral a las víctimas en Colombia. En: Revista de Derecho N.º 37. Universidad del Norte. Barranquilla, 2012. pp. 198-230. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85123908008> (consultado el 7 de febrero del 2017).
- LOPERA MESA, Gloria Patricia. Proporcionalidad de las penas y principio de proporcionalidad en el Derecho Penal. pp. 23-32. En: Jueces para la Democracia. N° 70, 2011.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, Josune. Conceptualización jurídica de la trata de seres humanos con fines de explotación laboral. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra, 2016.
- LUZÓN PEÑA, Diego. El consentimiento en Derecho Penal: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión sólo de la tipicidad penal. En: AA.VV. Libro homenaje al profesor José Hurtado Pozo. El penalista de dos mundos. Primera edición. IDEMSA. Lima, 2013.
- MACHADO DE PAULA, Francine. Bem jurídico-penal e Constituição: a vinculação necessária para se limitar o poder punitivo estatal em face aos direitos e às garantias individuais. pp. 379-392. En: ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO 2015. Fundación Konrad Adenauer. Bogotá, 2015.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja. La trata de personas. pp. 25-62. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. VOL. LXV, 2012.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa. Prostitución, feminismos y derecho penal. Comares. Granada, 2009.
- MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, Víctor M. Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad. pp. 39-67. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 136 (2013). UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- MARTÍNEZ OSORIO, Martín. El delito de trata de personas en el Código Penal Salvadoreño. Aspectos criminológicos y legales. Save The Children y Consejo Nacional de la Judicatura. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/27243.pdf> (consultado el 8 de febrero del 2017).
- MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 del Código Penal. pp. 97-130. En: Estudios Penales y Criminológicos. Vol XXXII. Universidad Santiago de Compostela.
- MATEUS RUGELES, Andrea y OTROS. Aspectos jurídicos del delito de trata de personas. Ministerio del Interior de Colombia, UNODC y Universidad del Rosario. 2009. Disponible en: [https://www.unodc.org/documents/colombia/2013/septiembre/Investigacion\\_U\\_Rosario.pdf](https://www.unodc.org/documents/colombia/2013/septiembre/Investigacion_U_Rosario.pdf) (consultado el 7 de febrero del 2017).
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre. La política criminal de los tratados internacionales. Ius et Praxis. Vol 13, Núm. 1, 2007. pp. 267-289. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19713110> (consultado el 7 de febrero del 2017).
- MAYORDOMO RODRIGO, Virginia. Cuestiones concursales entre el delito de trata de seres humanos y la prostitución coactiva. En: AA.VV. Estudios sobre la lucha contra la trata de seres humanos. 1era Edición. Thomson Reuters-Aranzadi. Navarra, 2013.
- MAYORDOMO RODRIGO, Virginia. Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas. pp. 325-390. En: Estudios penales y criminológicos. Vol XXXI (2011). Universidad Santiago de Compostela.
- MCCRUDDEN, Christopher. Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. pp. 655-724. En: The European Journal of International Law. Vol. 19 N° 4 (2008). Disponible en: <http://ejil.org/pdfs/19/4/1658.pdf> (consultado el 8 de febrero del 2017).
- MEGÍAS QUIRÓS, José Justo. Dignidad, universalidad y derechos humanos. pp. 247-263. En: Anuario de Filosofía del Derecho (2005). Madrid.
- MEINI MENDEZ, Iván. Lecciones de Derecho Penal-Parte General. Teoría jurídica del delito. Fondo editorial PUCP. Lima, 2014.
- MEINI MENDEZ, Iván. Los delitos contra la humanidad en el ordenamiento legal peruano. pp. 111-139. En: MACEDO, Francisco (coordinador). Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú - IDEHPUCP. Lima, 2007.
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. “Política Nacional contra la Trata de Personas y sus formas de explotación”, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2015-JUS. Págs. 124-125. Disponible en: <http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2015/04/POLITICA-Frente-a-la-Trata-de-Personas-f.compressed.pdf> (consultado el 26 de octubre del 2016).

- MIR PUIG, Santiago. Bases Constitucionales del Derecho Penal. 1° Edición. Iustel. Madrid, 2011.
- MIR PUIG, Santiago. Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi. pp. 204-215. En: Estudios Penales y Criminológicos, vol. XIV (1991). Universidad Santiago de Compostela.
- MIR PUIG, Santiago. El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho Penal. pp. 1357-1382. En: CUERDA ARNAU (Coordinadora). Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con ocasión del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón). Tomo II. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2009.
- MIR PUIG, Santiago. Valoraciones, normas y antijuridicidad penal. pp. 425-449. En: DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel y GARCÍA AMADO, Juan Antonio (Editores). Estudios de filosofía del Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2006.
- MONTOYA VIVANCO, Yván. Aproximaciones a una funcionalización constitucional de la teoría del delito. pp. 109-139. En: Revista Derecho PUCP N° 71. La Constitucionalización del Derecho Peruano: A Veinte Años de la Constitución Política del Perú (1993). Lima, 2013.
- MONTOYA VIVANCO, Yván (coordinador). Críticas al funcionalismo normativista y otros temas actuales del Derecho penal. Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Palestra editores. Lima, 2011.
- MONTOYA VIVANCO, Yván. El delito de trata de personas como delito complejo y sus dificultades en la jurisprudencia peruana. pp. 393-419. En: Revista Derecho PUCP. N° 76, 2016. Derecho Administrativo: Regulación de Servicios Públicos y Competencia.
- MONTOYA VIVANCO, Yván. El derecho internacional y los delitos. p. 43. En: MACEDO, Francisco (coordinador). Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú - IDEHPUCP. Lima, 2007.
- MOYA GUILLEM, Clara. El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos a la luz de la L.O. 1/2015. pp. 1-17. Ponencia presentada al IV CONGRESO INTERNACIONAL DE JÓVENES INVESTIGADORES EN CIENCIAS PENALES, Universidad de Salamanca, Junio 2015. Inédito.
- MOYA GUILLEM, Clara. Los delitos de trata de seres humanos en España y Chile. Bien jurídico protegido y relaciones concursales. pp. 521-547. En: Revista Política Criminal, Vol. 11, N° 22 (Diciembre, 2016). Disponible en: [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_11/n\\_22/Vol11N22A6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A6.pdf) (consultado el 7 de febrero del 2017).

- MUNCH, Ingo V. La dignidad del hombre en el derecho constitucional alemán. pp. 107-123. En: Revista Foro, Nueva Época, núm. 9/2009. Universidad Complutense de Madrid.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal. Parte Especial. 18 edición, revisada y puesta al día. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Protección de los derechos fundamentales en el Código Penal. Estudios sobre el Código Penal español de 1995 (Parte General). pp. 1-11. En: Revista Derecho y Cambio Social. N° 22. Año VII. Lima, 2010. Disponible en: [http://www.derechoycambiosocial.com/revista022/derechos\\_fundamentales\\_en\\_el\\_codigo\\_penal.pdf](http://www.derechoycambiosocial.com/revista022/derechos_fundamentales_en_el_codigo_penal.pdf) (consultado el 7 de febrero del 2017).
- OEHLINGDE LOS REYES, Alberto. Algunas reflexiones sobre la significación constitucional de la noción de dignidad humana. pp. 327-374. En: Revista Pensamiento Constitucional Año XII N° 12 (2007).
- OEHLING DE LOS REYES, Alberto. El concepto constitucional de dignidad de la persona: forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental. pp. 135-178. En: Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 91 (enero-abril 2011). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de trata de personas. OIM-Idehpucp. Lima, 2012.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de trata de personas. OIM-Idehpucp. Segunda Edición. Lima, 2017.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Raúl Alonso. Derecho Penal. Parte Especial. Reimpresión revisada y actualizada. Tomo I. Lima, 2009.
- PIETRO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. Pág. 201-227. En: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM) N° 5 (2001). Disponible en: [https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111\(201-228\).pdf](https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111(201-228).pdf) (consultado el 7 de febrero del 2017).
- PIETRO SANCHÍS, Luis. Una perspectiva normativa sobre el bien jurídico. pp. 451-487. En: DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel y GARCÍA AMADO, Juan Antonio (editores). Estudios de Filosofía del Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2006.
- POLAINO-ORTS, Miguel ¿Volenti non fit iniuria? Sobre la discutible distinción entre acuerdo y consentimiento en Derecho penal. Disponible en:

[https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an\\_2003\\_11.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_11.pdf) (consultado el 8 de febrero del 2017).

- POMARES CINTAS, Esther. El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-15.pdf> (consultado el 8 de febrero del 2017).
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos. pp. 723-748. En: Cuadernos de Política Criminal N° 39 (1989).
- REBOLLO VARGAS, Rafael. Los delitos contra la integridad moral y la tipificación del acoso psicológico u hostilidad en el proyecto de reforma del Código Penal. pp. 205- 242. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol. LX, 2007. Ministerio de Justicia. Madrid.
- REGIS PRADO, Luiz. Bien jurídico-penal y Constitución. Ara editores. Lima, 2010.
- REQUEJO NAVEROS, María Teresa. El delito de trata de seres humanos en el Código penal español: aciertos, desaciertos y proyectos de reforma. pp. 65-83. En: VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita y BUSTOS RUBIO, Miguel (coordinadores). La reforma penal de 2013. Libro de actas XIV Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho Penal de las universidades de Madrid. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 2014.
- RESTREPO RODRÍGUEZ, Diana. Aproximación al concepto de bien jurídico en un Derecho penal colonizado: el caso colombiano. pp. 131-193. En: Revista Nuevo Foro Penal No 75, julio-diciembre 2010. Universidad EAFIT.
- ROLLA, Giancarlo. El principio de la dignidad humana. Del artículo 10 de la Constitución española al nuevo constitucionalismo iberoamericano. pp. 227-261. En: Persona y Derecho N° 49 (2003). Universidad de Navarra.
- ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. THOMSOM CIVITAS. Reimpresión, 2008.
- ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología – RECPC 15-01 (2013). Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf> (consultado el 7 de febrero del 2017).
- ROXIN, Claus. El principio de la protección del bien jurídico y su significado para la teoría del injusto. En: AMBOS, Kai (director) y BÖHM, María Laura (coordinadora). Desarrollos de las ciencias criminales en Alemania: primera Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana. Göttingen (5-16 de septiembre de 2011).
- ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? pp. 443-458. En: HEFENDEHL, Roland (ed.) La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Marcial Pons. Madrid, 2007.



- RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo I. Fondo Editorial PUCP. Lima, 1999.
- RUBIO CORREA, Marcial, EGUIGUREN PRAELI, Francisco y BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución. Fondo editorial PUCP. Lima, 2010.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Ed. Grijley. Lima, 2012.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. Jurisdicción constitucional y justicia penal: problemas y perspectivas. pp. 395-429. En: *Revista Derecho PUCP*. N° 57 (2004).
- SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho Penal. Parte Especial*. 5ta edición. Grijley y Iustitia. Lima, 2013.
- SANTANA VEGA, Dulce. El nuevo delito de trata de seres humanos (LO 5/2010, 22-6). pp. 79-108. En: *Cuadernos de Política Criminal*. Número 104. Época II. Octubre 2011.
- SCHUNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. pp. 197-226. En: HEFENDHEL, Roland. *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Edición española. Marcial Pons. Madrid, 2007.
- SEELMANN, Kurt. *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*. Marcial Pons. Madrid, 2013.
- SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico. pp. 69-92. En: HEFENDEHL, Roland (coordinador). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, 2007.
- SERNA, Pedro. Dignidad de la persona: un estudio jurisprudencial. pp. 139-196. En: *Persona y Derecho*, 41 (1999). Universidad de Navarra.
- SERNA, Pedro. La dignidad humana en la Constitución Europea. pp. 13-77. En: *Persona y Derecho* N° 52 (2005).
- SERNA, Pedro. La dignidad de la persona como principio de Derecho Público. pp. 287-306. En: *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las casas* (Ene-jun 1995).

- SOSA SACIO, Juan Manuel. Crítica a la dignidad humana y la noción de “necesidades básicas” como un posible mejor fundamento para los derechos”. pp. 87-99. En: THEMIS-Revista de Derecho N° 67, 2015.
- SOTO DONOSO, Francisco. Aspectos dogmáticos del delito de trata de personas del artículo 3° del Protocolo de Palermo. pp. 170-184. En: Revista Jurídica del Ministerio Público N° 39 – Junio 2009. Santiago de Chile.
- STARCK, Christian. Jurisdicción Constitucional y Derechos Fundamentales. Dykinson. Colección Dykinson-Constitucional. 1era Edición. Madrid, 2011.
- STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. pp. 105-127. En: HEFENDEHL, Roland (coordinador). La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, 2007.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal. pp. 9-22. En: BUSTOS RAMÍREZ, Juan (Director). Penal y Estado. Función simbólica de la pena. Editorial Jurídica ConoSur Ltda. Santiago de Chile, 1995.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María (Coordinador). Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo III. Derecho Penal Parte Especial. Volumen I. Ed. Iustel. Madrid, 2016.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María. Sistema Penal y Estado de Derecho. Ensayos de Derechos Penal. Ara Editores. Lima, 2010.
- TIEDEMANN, Klaus. Constitución y Derecho Penal (Traducción de Luis Arroyo Zapatero). pp. 145-174. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Año 11. Núm. 33. Septiembre-Diciembre 1991. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica: ¿un concepto útil? pp. 167-208. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Núm. 102 (septiembre-diciembre 2014). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- UNODC. Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Naciones Unidas. Nueva York, 2004.
- UNODC. Informe Mundial sobre la Trata de Personas 2016 (Resumen ejecutivo). Disponible en: [https://www.unodc.org/documents/colombia/2016/Diciembre/Glotip16\\_Executive\\_Summary.pdf](https://www.unodc.org/documents/colombia/2016/Diciembre/Glotip16_Executive_Summary.pdf) (consultado el 26 de diciembre del 2016).

- UNODC. Manual sobre la investigación del delito de trata de personas. Guía de Autoaprendizaje. Costa Rica, 2010. Disponible en: [https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/AUTO\\_APRENDIZAJE.pdf](https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/AUTO_APRENDIZAJE.pdf) (consultado el 8 de febrero del 2017).
- UNODC. Manual para la lucha contra la trata de personas. Programa Mundial contra la Trata de Personas. Naciones Unidas. Nueva York, 2007.
- UNODC. Manual para la lucha contra la trata de personas. Programa Mundial contra la Trata de Personas. Naciones Unidas. Nueva York, 2009.
- VALDES CAVASSA, Ricardo. *El RETA y la trata de personas. La historia de un Registro, el registro de una historia. Una visión longitudinal de la experiencia.* Capital Humano y Social Alternativo. Lima, 2012.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *A vueltas con la prostitución callejera: ¿Hemos abandonado definitivamente el prohibicionismo suave?* pp. 413-455. En: Estudios Penales y Criminológicos Vol. XXXV (2015). Universidad Santiago de Compostela.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación. Págs. 825-826. En: Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña N° 14, 2010.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional. Thomson Reuters-Aranzadi. Pamplona, 2011.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. La trata de seres humanos tras la reforma del Código Penal de 2015. pp. 1-18. En: Diario La Ley, N° 8554, Sección Doctrina, 4 de Junio de 2015, Ref. D-225, Editorial LA LEY. Disponible en: [http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin66/Articulos\\_66/Villacampa-EstiarTE.pdf](http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin66/Articulos_66/Villacampa-EstiarTE.pdf) (consultado el 8 de febrero del 2017).
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. Políticas de criminalización de la prostitución: análisis crítico de su fundamentación y resultados. pp. 81-142. En: Revista de Derecho Penal y Criminología. 3era Época, N° 7 (2012). UNED.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina y TORRES ROSELL, Nuria. Mujeres víctimas de trata en prisión en España. pp. 411-494. En: Revista de Derecho Penal y Criminología. 3era Época, N° 8 (2012). UNED.
- VILLARROEL QUINDE, Carlos. Comentarios al Recurso de Nulidad N° 2349-2014-Madre de Dios, que define el término “explotación” en el delito de trata de personas. pp. 125-149. En: Gaceta Penal y Procesal Penal N° 87. Setiembre, 2016.

- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal. Parte General. Ed. Grijley. Lima, 2006.
- WOHLERS, Wolfgang. Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico. pp. 403-408. En: HEFENDEHL, Roland (coordinador). La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, 2007.

