

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



De víctimas a ¿criminales?: Un análisis desde el derecho penal y los derechos humanos sobre la no punibilidad de las víctimas en el circuito de la trata de personas

Tesis para obtener el Título de Abogada, que presenta la Bachillera:

Flavia Teresa Martínez Tarazona

Asesor:

Yvan Fidel Montoya Vivanco

Lima, Perú - 2023

INFORME DE SIMILITUD

Yo, **YVAN FIDEL MONTOYA VIVANCO**, docente de la Facultad de **DERECHO** de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) de la tesis/el trabajo de investigación titulado:

“De víctima a ¿criminales?: Un análisis desde el derecho penal y los derechos humanos sobre la no punibilidad de las víctimas en el circuito de la trata de personas”.

del/de la autor(a)/ de los(as) autores(as)

MARTÍNEZ TARAZONA FLAVIA TERESA

dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de **24%**. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el **06/07/2023**.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

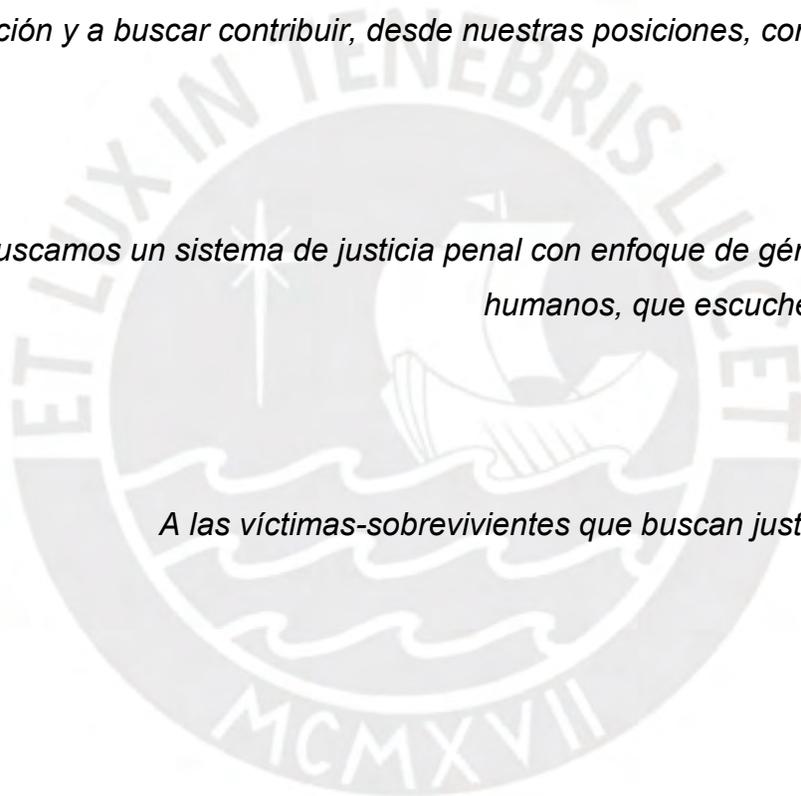
Lugar y fecha: **Lima, 3 de octubre de 2023**

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: <u>MONTOYA VIVANCO YVAN FIDEL</u>	
DNI: 16641697	Firma 
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-4600-3827	

A mi amada familia, quienes me han enseñado, a través de su ejemplo, el valor de la educación y a buscar contribuir, desde nuestras posiciones, con un mejor país.

A quienes buscamos un sistema de justicia penal con enfoque de género y derechos humanos, que escuche a las víctimas.

A las víctimas-sobrevivientes que buscan justicia y ser oídas.



AGRADECIMIENTOS

Desde muy pequeña, siempre tuve interés – que aún no puedo explicar completamente– por los fenómenos de la trata de personas y la explotación sexual. Aún recuerdo mi primera exposición en el colegio sobre el tema, luego mi trabajo de investigación en Estudios Generales Letras, y posteriormente mi involucramiento en investigaciones sobre trata de personas en el pregrado hasta hoy desarrollar mi tesis para optar por el título de abogada. Me abrazo y enorgullezco por – de forma inquebrantable – haber continuado con este proceso de investigación con enfoque de género y derechos humanos.

En mi camino de crecimiento, agradezco de corazón a mi amada familia quienes han estado en mis momentos más felices y también difíciles, escuchándome y alentándome, brindándome apoyo emocional, y alegrándose por mis metas conseguidas. Especialmente, a mis padres, Yolanda y Henry, a mi hermana, Kathia, a mis abuelitas Teresa y Emma, a mis tíos, Emiliano, Silvia, Margarita y Alberto, y a mis primas Natalia, Andrea, Diana. Gracias por su amor incondicional y hacerme quien soy hoy.

A Salvatore, Marie y Yhasira, mi profunda gratitud por, en este arduo camino, haber sostenido mi mano, haberme brindado cariño y comprensión, y apoyarme académicamente para sustentar mi tesis.

Finalmente, agradezco a mi asesor y referente en el Derecho, Yvan Montoya. En el 2019, mediante sus clases y ejemplo, me convenció – sin saberlo - de quedarme en la carrera de derecho, y seguir el derecho penal con un enfoque de género y derechos humanos. Gracias por, en todos estos años, guiarme profesional y académicamente. Su existencia y ejemplo son inspiración para varias generaciones de penalistas, incluyendo la mía.

RESUMEN

La presente tesis tiene como objetivo principal plantear cuatro casos-tipo en los que, usualmente, las víctimas delinquen en el circuito de la trata de personas. Y, demostrar que, en la mayoría de estas situaciones, las víctimas deben ser exoneradas de responsabilidad penal. Para ello, propondremos la aplicación de eximentes de responsabilidad penal, tomando en consideración los enfoques transversales (género, derechos humanos, interseccional, y victimocéntrico), los instrumentos internacionales de derechos humanos, y los marcos jurídicos comparados de derecho penal. Aunado a lo anterior, hay algunos casos en los que – para evitar problematizar la situación y la revictimización de las agraviadas – debe aplicarse una excusa absolutoria, cláusula que también hemos diseñado para la presente investigación. Finalmente, habrán casos de no aplicación como i) los de no sujeción de la víctima, y desligamiento en tiempo y espacio del contexto de trata, así como ii) las acciones ilícitas calificadas como crímenes de lesa humanidad y de guerra bajo el Estatuto de Roma.

PALABRAS CLAVE: víctimas – trata de personas – no criminalización – no punibilidad – principio de no punibilidad - fines ilícitos – derechos humanos – derecho penal - eximentes de responsabilidad penal – excusa absolutoria

ABSTRACT

The present thesis aims to propose four typical scenarios in which, typically, victims engage in human trafficking activities. It seeks to demonstrate that, in many of these situations, victims should be exempted from criminal responsibility. To achieve this, we will suggest the application of legal exemptions from criminal responsibility, considering cross-cutting perspectives (gender, human rights, intersectionality, and victim-centered approaches), international human rights instruments, and comparative legal frameworks in criminal law. In addition to the above, there are some cases in which - to avoid complicating the situation and re-victimizing the aggrieved parties - an absolute excuse should be applied, a clause that we have also designed for this research. Finally, there

will be cases of non-application such as i) those involving the non-subordination of the victim to the trafficker and detachment in time and space from the trafficking context, as well as ii) illicit actions qualified as crimes against humanity and war crimes under the Rome Statute.

KEYWORDS: victims – human trafficking – decriminalization – non-punishment – non-punishment principle - illicit purposes – human rights – criminal law - legal exemptions from criminal responsibility – absolute excuse.



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	8
CAPÍTULO I: MARCO GENERAL DE LA TRATA DE PERSONAS Y CASOS-TIPO DISEÑADOS.....	12
1. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS.....	13
1.1. <i>A nivel internacional</i>	13
1.2. <i>A nivel nacional</i>	17
2. CLASIFICACIÓN DEL DELITO: DESDE EL DERECHO PENAL Y LA CRIMINOLOGÍA.....	20
3. DEBATE SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	23
4. ELEMENTOS DE LA TRATA DE PERSONAS.....	31
4.1. <i>Conductas</i>	32
4.2. <i>Medios</i>	34
4.3. <i>Fines</i>	38
5. CASOS-TIPO DONDE LAS VÍCTIMAS COMETEN DELITOS EN EL CIRCUITO DE LA TRATA.....	41
5.1. <i>Caso-tipo 1: Peligros reales para bienes esenciales de la víctima frente a delitos con bienes supraindividuales y de inferior jerarquía</i>	42
5.2. <i>Caso-tipo 2: Peligros reales para bienes esenciales frente a delitos con bienes esenciales de superior o igual jerarquía</i>	51
5.3. <i>Caso-tipo 3: Aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad subjetivo/personal</i>	53
5.4. <i>Caso-tipo 4: Inexistencia de medios, no sujeción, y desvinculación de tiempo y espacio</i>	55
6. CONCLUSIONES PRELIMINARES DEL CAPÍTULO I.....	58
CAPÍTULO II: ENFOQUES, PRINCIPIOS Y MARCOS JURÍDICOS APLICABLES A LA VALORACIÓN DE LOS CASOS-TIPO EN LOS QUE LAS VÍCTIMAS DELINQUEN.....	60
1. ENFOQUES TRANSVERSALES PARA ABORDAR LA TRATA DE PERSONAS.....	60
1.1. <i>Enfoque de derechos humanos</i>	60
1.2. <i>Enfoque de género</i>	67
1.3. <i>Enfoque interseccional</i>	72
1.4. <i>Enfoque victimocéntrico</i>	74
2. INSTRUMENTOS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS QUE RECONOCEN EL PRINCIPIO DE NO PUNIBILIDAD DE LAS VÍCTIMAS DE TRATA DE PERSONAS.....	79
2.1. <i>Definición del principio de no punibilidad o no criminalización de las víctimas</i>	79
2.2. <i>Sistema Universal de Derechos Humanos</i>	80
2.3. <i>Sistema Europeo de Derechos Humanos</i>	86
2.4. <i>Derecho de la Unión Europea</i>	88
2.5. <i>Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos</i>	90
3. MARCOS JURÍDICOS COMPARADOS SOBRE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE NO PUNIBILIDAD Y DE CATEGORÍAS DOGMÁTICO-PENALES.....	92
3.1. <i>Alemania</i>	92
3.2. <i>España</i>	95
3.3. <i>Argentina</i>	98
3.4. <i>Perú</i>	99
4. CONCLUSIONES PRELIMINARES DEL CAPÍTULO II.....	103
CAPÍTULO III: PRESUPUESTOS Y SOLUCIONES DOGMÁTICO-PENALES PARA LOS CASOS-TIPO DISEÑADOS.....	105
1. POSICIÓN SOBRE LA FINALIDAD DE LA PENA: NO ESTÁN EN JUEGO LOS FINES DE LA PENA.....	106

2.	RESPUESTA DESDE LA DOGMÁTICA PENAL, FOCALIZADOS EN LOS CASOS DE VÍCTIMAS EN EL CIRCUITO DE TRATA DE PERSONAS	111
2.1.	<i>Antijuridicidad: Estado de necesidad justificante</i>	113
2.1.1.	¿Qué es el estado de necesidad justificante?	117
2.1.1.1.	Sobre la situación de peligro	117
2.1.1.2.	Sobre la imposibilidad de evitar de otra manera el peligro, o también llamado como la necesidad de defensa.....	121
2.1.1.3.	Sobre la preponderancia del interés protegido o proporcionalidad	122
2.1.1.4.	Sobre la cláusula de adecuación.....	123
2.2.	<i>Culpabilidad: Estado de necesidad exculpante y miedo Insuperable</i>	123
2.2.1.	¿Qué es el estado de necesidad exculpante?	129
2.2.2.	¿Qué es el miedo insuperable?	133
2.3.	<i>Punibilidad: excusa absolutoria</i>	137
2.3.1.	¿Qué es la excusa absolutoria?	139
3.	APLICACIÓN PRÁCTICA	141
3.1.1.	Caso-tipo 1: Peligros reales para bienes esenciales de la víctima frente a delitos con bienes supraindividuales y/o de inferior jerarquía.....	141
3.1.1.1.	Estado de necesidad justificante	142
3.1.2.	Caso-tipo 2: Peligros reales para bienes esenciales frente a delitos con bienes esenciales de superior o de semajente jerarquía.....	146
3.1.2.1.	Estado de necesidad exculpante.....	147
3.1.2.2.	Miedo insuperable	151
3.1.3.	Caso-tipo 3: Aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad	152
3.1.3.1.	Miedo insuperable	155
3.1.4.	Caso-tipo 4: Inexistencia de medios, no sujeción, y desvinculación de tiempo y espacio.....	158
4.	PROPUESTAS DE SOLUCIÓN.....	159
4.1.1.	Casos en general: formulación de indicaciones en el código penal, así como protocolos para el estado de necesidad y miedo insuperable.....	159
4.1.2.	Casos de difícil aplicación: formulación de excusa absolutoria en el código penal.....	163
4.1.3.	Casos de no aplicación.....	163
4.1.3.1.	Desligamiento en el tiempo y otras variables.....	164
4.1.3.2.	Calificados como crímenes de lesa humanidad y de guerra bajo el Estatuto de Roma	164
5.	CONSECUENCIAS ADICIONALES DE LA APLICACIÓN DE LOS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PENAL	169
6.	CONCLUSIONES PRELIMINARES DEL CAPÍTULO III.....	174
	CONCLUSIONES GENERALES	178
	BIBLIOGRAFÍA	188
	JURISPRUDENCIA, NORMATIVAS Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES	198

De víctimas a ¿criminales?: Un análisis desde el derecho penal y los derechos humanos sobre la no punibilidad de las víctimas en el circuito de la trata de personas

INTRODUCCIÓN

En el ámbito del derecho penal, se suele perder de vista el rol de la víctima en la investigación, proceso judicial e imposición de sanciones, así como en los estudios de la dogmática penal. Sin embargo, es necesario otorgarle un mayor protagonismo y realizar investigaciones con un enfoque centrado en ella, especialmente en delitos complejos como la trata de personas. Esto nos permitirá comprender los circuitos del delito, las injusticias y revictimización de los sujetos pasivos, así como la continuidad y reproducción del crimen.

En la trata de personas, es usual que las víctimas en algún punto del circuito delincan, ya sea porque, por ejemplo, fue la finalidad para la que fueron tratadas o ya no son útiles para el sistema de explotación. El análisis de estos casos requiere respuestas desde el derecho penal y los derechos humanos.

Es por ello que el tema de la presente tesis es analizar, desde el derecho penal y los derechos humanos, la no punibilidad de las víctimas que delinquen en el circuito de la trata de personas. En las siguientes líneas, justificaremos la relevancia de la presente investigación.

En primer lugar, existe evidencia criminológica que demuestra que un gran porcentaje de tratantes, usualmente mujeres, han sido encarceladas o procesadas cuando tenían antecedentes de victimización por trata de personas, explotación sexual y/o laboral. Por ejemplo, en un reporte focalizado en la India, se encontró que alrededor del 37.5% de internas por trata de personas fueron víctimas de explotación sexual (NHRC, UNIFEM, e ISS Project, 2004, p. 143). Asimismo, en un estudio realizado en el Perú, se observó que el 60% de mujeres reclusas por trata de personas padeció violencia en edades

tempranas. De estas, el 50% de mujeres contaba con antecedentes de victimización por trata o explotación sexual, 14% por violencia física, 9% por explotación laboral y 27% no especificó (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y CHS Alternativo, 2017, pp. 64-65). Finalmente, en un estudio cualitativo reciente del año 2020, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (en adelante, UNDOC) examinó 53 casos de víctimas acusadas que habían o estaban siendo explotadas sexualmente en el momento en el que cometieron los ilícitos. La UNDOC incluyó casos donde el sistema de justicia identificó a las víctimas, así como aquellos donde no hubo reconocimiento explícito, pero sí indicios razonables de que las acusadas tenían antecedentes de victimización. Cabe destacar que este estudio abarcó 16 jurisdicciones distintas como las de Argentina, Australia, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Canadá, Colombia, Alemania, Italia, Holanda, Filipinas, Sudáfrica, Gran Bretaña, Estados Unidos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (p.8).

En segundo lugar, y en relación con el punto anterior, esto nos demostraría que las imputadas o sentenciadas - que antes fueron víctimas en el circuito de la trata - continúan en un ciclo de revictimización, aunque ahora por parte del sistema de justicia. Ello debido a que, al negar su condición de víctimas, no se les daría acceso a los servicios de protección y atención que el Estado les debería proveer; asimismo, se las sometería al sistema penitenciario que no se encuentra diseñado para el tratamiento y atención de víctimas.

En tercer lugar, reconocer que existe un tránsito biográfico de víctimas a victimarias nos permitiría identificar que muchas de estas tienen un rol fundamental para la reproducción y sostenibilidad del delito; sobre todo al ubicarse en las fases iniciales como la captación. Aunado a lo anterior, se podría observar el ciclo de violencia y sometimiento a los que son expuestas desde su inicio como víctimas hasta su tránsito a victimarias.

En cuarto lugar, existen instrumentos de *soft law* y *hard-law* en los sistemas internacionales de derechos humanos y en el Derecho de la Unión Europea que reconocen el principio de no punibilidad para las víctimas de trata de personas y de tráfico

ilítico de migrantes. No obstante, este principio se aborda de forma general y no se esbozan posibles casos-tipo ni soluciones jurídico-penales individuales para los mismos. En ese sentido, es necesario identificar los casos-tipo que podrían presentarse y darle una respuesta individualizada a cada uno desde el sistema penal integral siguiendo los enfoques transversales de género, derechos humanos, centrado en la víctima, entre otros.

Por todo lo mencionado, la pregunta que nos planteamos para esta investigación es ¿en qué casos deben o no responder penalmente las víctimas que delinquen en el circuito de la trata de personas? Es así que nuestro objetivo principal es plantear cuatro casos-tipo dentro de la trata de personas en los que, usualmente, las víctimas delinquen; y, en base a ello, proponer soluciones dogmático-penales para cada uno de estos casos.

Nuestra hipótesis es que, frente a los casos donde las víctimas de trata de personas se convierten en tratantes o cometen delitos en el circuito de la trata, es necesario que se brinden respuestas individualizadas desde la dogmática-penal; por ejemplo, aplicando el estado de necesidad o miedo insuperable. Sin perjuicio de ello, en algunos casos donde no sea clara la aplicación de estos eximentes, debe formularse, y, posteriormente, aplicarse una excusa absoluta en protección a las víctimas. También, habrá casos especiales como i) el desligamiento de tiempo, vulnerabilidad y conexión con los tratantes en el tránsito biográfico de las víctimas, o iii) cuando el delito sea calificado como uno de lesa humanidad y de guerra, donde no deba aplicarse alguna eximente de responsabilidad.

Para la presente tesis, se usará un método sistémico-estructural-funcional, ya que nos ayuda a identificar a la víctima de trata de personas y su criminalización dentro del sistema penal integral. En ese sentido, nos guiaremos del funcionalismo teleológico -valorativo de Claus Roxin, el cual permitirá reinterpretar el sistema o teoría del delito, a través de criterios valorativos referidos a los fines preventivos de la pena y a los principios garantistas constitucionalmente reconocidos (Montoya, 2011, p. 156). Con ello, se le dará

un enfoque de derechos humanos, interseccional, de género y otros a las soluciones jurídico-penales que se plantearan.

Asimismo, se recurrirá al método del derecho penal comparado para revisar cómo se solucionan en diversos Estados los casos donde las víctimas cometen delitos en el circuito de la trata de personas. También, se compararán los sistemas internacionales como el Sistema Universal de Derechos Humanos, Sistema Europeo de Derechos Humanos, Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, así como el Derecho de la Unión Europea que reconocen el principio de no punibilidad de las víctimas. Es así que se usará la revisión de fuentes bibliográficas, donde se analizará bibliografía especializada sobre lo escrito del tema a nivel nacional e internacional.

Con respecto a la estructura de la presente investigación, esta consistirá en tres capítulos, los cuales buscarán responder a tres objetivos específicos de forma respectiva: I) identificar los casos-tipo, donde las víctimas pueden cometer delitos en los circuitos de trata de personas, II) analizar los enfoques, instrumentos y sentencias del derecho internacional de los derechos humanos, así como marcos jurídicos comparados que sirvan como elementos a considerar para las propuestas integrales de solución desde la dogmática penal, y III) responder mediante soluciones dogmático-penales a los cuatro casos-tipo planteados, dividiéndolos de la siguiente forma: para la mayoría de casos, aplicaremos eximentes de responsabilidad penal; para los casos de difícil aplicación, formularemos una excusa absolutaria la cual debería ser incluida en el código penal; y, también, señalaremos en qué casos no debe aplicarse alguna eximente.

En razón de ello, en el capítulo I, desarrollaremos el marco general de la trata de personas, principalmente, la clasificación complementaria del delito desde el derecho penal y la criminología, y los elementos de la trata que, cuando confluyen, explican por qué las víctimas están en riesgo de cometer delitos en el circuito. Asimismo, en este capítulo, plantearemos cuatro casos-tipo donde las víctimas delinquen, los cuales han sido diseñados para buscar soluciones jurídicas desde el derecho penal.

En el capítulo II, describiremos los enfoques transversales para abordar las soluciones dogmático-penales, tales como la perspectiva de derechos humanos, género, interseccional, y victimocéntrico. Además, compartiremos los instrumentos en los distintos sistemas internacionales de derechos humanos y del Derecho de la Unión Europea que reconocen el principio de punibilidad. Por otra parte, compararemos los marcos jurídicos de cuatro Estados para comprender cómo aplican el principio de no punibilidad y de las eximentes de responsabilidad penal.

En el capítulo III, plantearemos soluciones dogmático-penales, que tomen en cuenta los enfoques transversales, para los cuatro casos-tipo planteados. Es así que concluiremos que, en la mayoría de casos, se deberán aplicar eximentes de responsabilidad penal desde las categorías de antijuridicidad y culpabilidad. Para los casos de difícil aplicación, formularemos una excusa absolutaria la cual debería ser incluida en el código penal para evitar la desprotección de algunas víctimas. También, señalaremos en qué casos no debe aplicarse alguna eximente como los crímenes de lesa humanidad y de guerra. Finalmente, reseñaremos las consecuencias adicionales que, desde un punto de vista jurídico, deben ser tomarse en cuenta al momento de aplicar las eximentes de responsabilidad.

CAPÍTULO I: MARCO GENERAL DE LA TRATA DE PERSONAS Y CASOS-TIPO DISEÑADOS

En este primer capítulo, esbozaremos los antecedentes y evolución normativa tanto a nivel nacional como internacional de la trata de personas. Además, señalaremos su clasificación desde el derecho penal y la criminología para entender su configuración, y complementariedad como grave problemática social. También, nos involucraremos en el debate entorno al bien jurídico que se protege en este tipo penal. Aunado a ello, detallaremos sus tres elementos esenciales para la consumación del tipo: conductas, medios y fines. Finalmente, compartiremos los casos-tipo que hemos diseñado en la presente investigación para explicar en qué situaciones usualmente las víctimas cometen delitos dentro del circuito de la trata de personas.

1. Antecedentes y evolución normativa del delito de trata de personas

Los acuerdos e instrumentos internacionales, así como normativas nacionales, son las bases para la sanción, investigación y prevención de la trata de personas. En razón de ello, esbozaremos los antecedentes y evolución normativa de la trata de personas tanto nivel nacional como internacional.

1.1. A nivel internacional

Primero, encontramos al “Acuerdo internacional para asegurar una protección eficaz contra el tráfico criminal denominado trata de blancas”¹ del año 1904 establecido por la Sociedad de las Naciones². En este acuerdo, aún no se definía exactamente qué era la “trata de blancas” ni la trata de personas, tampoco se formuló un concepto independiente de la explotación sexual. Pero, de forma indirecta, en su artículo 2, se alude a una de las acciones de la trata de personas como lo es el transporte de víctimas, ya que se destaca que los gobiernos debían vigilar, especialmente, las estaciones, puertos, embarcaciones, para evitar que las mujeres y niñas sean destinadas a fines contra la moral o “vida depravada”. Asimismo, en su artículo 3, se habla de la necesidad de identificar a las víctimas de otra nacionalidad; y de repatriarlas siempre que se cuente con su consentimiento o el de la persona responsable. Como vemos, i) se identificaban a las mujeres y niñas como las víctimas más vulnerables, ii) principalmente, a quienes eran de otra nacionalidad, ya que iii) se les destinaba a fines de explotación sexual, aludidos en la frase “vida depravada”.

¹ Este acuerdo fue firmado en París el 18 de mayo de 1904, enmendado por el protocolo firmado en Lake Success, Nueva York, el 4 de mayo de 1949. Para mayor información:

https://treaties.un.org/doc/Treaties/1920/09/19200907%2006-00%20AM/Ch_VII_8p.pdf

² La Sociedad de las Naciones fue la predecesora de la Organización de las Naciones Unidas, y fue establecida en 1919 con el Tratado de Versalles con el objetivo de promover la cooperación internacional, y lograr la paz y la seguridad (Naciones Unidas, 2022). Para mayor información: <https://www.un.org/es/about-us/history-of-the-un/predecessor>

Segundo, observamos al “Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas”³ del año 1910. En este convenio, se esboza qué se debe entender por trata o tráfico de blancas. Y, señala que las víctimas son mujeres adultas o menores de edad, quienes sin consentirlo, son destinadas a propósitos “licenciosos”. Para la consecución de estas finalidades, generalmente, referidas a la prostitución, las acciones que realizan los tratantes son el contratar, secuestrar o seducir, usando como medios el fraude, violencia, abuso de autoridad o cualquier otro de coerción.

Tercero, tenemos a la “Convención Internacional para la Supresión del Tráfico de Mujeres y Niños”⁴ del año 1921. El artículo 7 de esta convención enfoca a la trata de personas en contextos de migración. Por ello, se establece que, en estas situaciones, las Altas Partes Contratantes deben tomar “medidas administrativas y legislativas destinadas a combatir la trata de mujeres y niños” como dictar los reglamentos necesarios para su protección cuando viajan a bordo de los barcos, lo que incluye su partida, llegada y el trayecto. Adicionalmente, se dispone que deben colocarse anuncios tanto en estaciones como puertos para alertar sobre esta problemática, e informar en qué lugares las víctimas pueden encontrar alojamiento, ayuda y asistencia.

Hasta este punto, observamos que los convenios internacionales catalogaban a la trata de personas como una problemática de carácter transnacional que ocurría generalmente en contextos de migración marítima. Asimismo, destaca el factor género, dado que las mujeres eran consideradas las principales sujetos pasivos del delito.

Cuarto, observamos el “Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad”⁵ del año 1933. Desde su artículo 1, este convenio hace referencia a

³ Este convenio fue firmado en París el 18 de mayo de 1910, enmendado por el Protocolo firmado en Lake Success, Nueva York, el 4 de mayo de 1949

⁴ Del 30 de junio al 5 de julio de 1921, se llevó a cabo la Conferencia Internacional sobre Tráfico de Mujeres y Niños, la cual finalizó con la adopción de este convenio, específicamente, el 30 de septiembre de 1921.

⁵ Fue adoptado el 11 de octubre de 1933 por la Sociedad de Naciones. Para mayor información:

http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_cenve_inter_relac_repres_trat_muj_may_edad.pdf

la prostitución, a partir de un enfoque abolicionista⁶, ya que pretende sancionar a quienes - aun con el consentimiento de las mujeres adultas - las involucran en estas prácticas, desde los actos preparatorios. Además, el convenio señala que, para conseguir esta finalidad, se pudo haber recurrido, por ejemplo, a la seducción de la persona.

Quinto, tenemos el “Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena”⁷ del año 1949. Este convenio se enfoca en la trata de personas, y ya no en la trata o tráfico de blancas. Ello debido a que identifica como sujetos pasivos a todas las personas, independientemente de su sexo. Sin perjuicio de lo anterior, reconoce la especial vulnerabilidad de las mujeres y niños.

Si bien fue un avance el reconocer a otros sujetos pasivos, al momento de referirse a las conductas que se sancionan, no traza una diferencia clara entre trata de personas, explotación sexual y prostitución. Adicionalmente, el convenio establece que los Estados deben sancionar a aquel que “concertare la prostitución de otra persona”, “explotare la prostitución de otra persona”, “mantuviera en un casa de prostitución, la administrare ...”, “diere o tomare a sabiendas en arriendo un edificio o local para explotar la prostitución ajena”. Como vemos, estas acciones constituyen diferentes prácticas de explotación sexual, o que favorecen a la prostitución ajena o la explotación sexual. Las acciones descritas no estaban diferenciadas de la trata de personas.

A este punto, observamos que el “Convenio internacional para la represión del tráfico de blancas” de 1910 esbozaba un concepto independiente de trata de blancas, al entenderse a la explotación sexual como un antecedente. No obstante, en el “Convenio

⁶ Cabe destacar que, para la postura abolicionista, la prostitución y la explotación sexual son prácticas análogas. Ello debido a que, siguiendo a *The Sexual Contract*, el movimiento abolicionista, en sus inicios con Josephine Butler, consideraba a la prostitución como una clara representación de la dominación de los hombres sobre las mujeres (Pateman, 1995, p. 196). En ese sentido, la prostitución podía ser entendida como una forma en la que se ejercían los “male sex-right”; de esta manera, los hombres aseguraban su acceso al cuerpo de las mujeres (Pateman, 1995, p. 194).

⁷ Este convenio fue adoptado por la Asamblea General en su Resolución 317 (IV), de fecha 2 de diciembre de 1949. Asimismo, entró en vigor el 25 de julio de 1951. Para mayor información:

<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-suppression-traffic-persons-and-exploitation>

para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena” de 1949, los tres conceptos, es decir, la trata de personas, explotación sexual y prostitución, pierden independencia al no diferenciarse el uno del otro⁸.

Sexto, encontramos la “Convención Suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud”⁹ del año 1956. Esta define a la servidumbre por deudas o de gleba, la trata de esclavos, y la esclavitud. Ello fue un importante avance sobre todo para esbozar las diferentes formas de explotación laboral.

Septimo, observamos el “Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños”; o también llamado “Protocolo de Palermo” del año 2000. Este señala que la trata de personas consiste en:

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 (2000, artículo 3).

⁸ En otros instrumentos internacionales de derechos humanos, como el Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre las peores formas de explotación infantil, sí se diferencia la trata de personas de la prostitución u otras formas de explotación. Para mayor información: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C182

⁹ Este convenio fue adoptado en Ginebra, Suiza, con fecha 7 de septiembre de 1956. Cabe destacar que este convenio se dio con el objetivo de ampliar la “Convención sobre la Esclavitud” del 25 de septiembre de 1926. Para mayor información: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D25.pdf> y <http://impo.com.uy/bases/leyes-internacional/17304-2001>

Como vemos, el Protocolo de Palermo establece este delito como un concepto autónomo de trata de personas conformado por 3 elementos:

- Conductas (captar, transportar, trasladar, acoger, recibir);
- Medios (uso de fuerza, amenaza, coacción, rapto, amenaza, fraude o engaño, abuso de poder o vulnerabilidad, o entrega de pagos o beneficios a quien tenga autoridad sobre otra);
- Fines (explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, servicios forzados, esclavitud o prácticas análogas, extracción de órganos)

Al ser la trata de personas un concepto autónomo, las conductas realizadas en el mismo tipo penal son previas a la explotación, servicio forzado, esclavitud, extracción de órganos. Es así que se pone a la víctima en riesgo de ser explotada o cosificada.

Cabe destacar que, siguiendo el artículo 3, inciso c y d del Protocolo de Palermo, los medios no son necesarios en los casos de menores de 18 años, ya que se presupone que su consentimiento nunca será válido. Los estudios victimológicos demuestran que hay múltiples factores que condicionan la vulnerabilidad de una persona a ser víctima de trata; entre ellos, encontramos la falta de recursos económicos, la relación de dependencia entre victimario y víctima, la falta de oportunidades, entre otros (Montoya, 2016, p. 401). Estos factores se presumen existentes en los casos de menores de edad, debido a su proceso de formación psicofísica y relación de asimetría frente a terceros (Montoya, 2016, p. 405).

1.2. A nivel nacional

Antes de analizar los cambios al código penal, leyes y algunos acuerdos plenarios, es importante hacer referencia a la Constitución Política del Perú. En su artículo 1, nuestra constitución reconoce “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad” como el fin supremo de la sociedad y del Estado. Aunado a ello, en su artículo 2, numeral 24, letra h señala que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad

personales. En consencia de ello: “Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes”. Como hemos indicado, la trata de personas y explotación humana atenta con la dignidad de la persona y busca su cosificación, y en el camino de ello, los seres humanos son sometidos a diferentes tipos de violencia, así como a tratos inhumanos.

Inicialmente, el código penal peruano del año 1991¹⁰ sancionaba dos delitos vinculados a la trata de personas. Por un lado, se encontraba el artículo 153 que criminalizaba la promoción, favorecimiento o ejecución de la comercialización de menores de edad; por otro lado, se hallaba el artículo 182 que sancionaba la promoción o favorecimiento de la entrada o salida del país o el traslado dentro del territorio de una persona para que ejerza la prostitución. Como vemos, inicialmente el artículo 153 solo tenía como sujetos pasivos del delito a los menores, y el 182 a las personas destinadas a la prostitución.

Posteriormente, en el año 1994, se promulgó la Ley n° 26309 del año 1994, la cual modificó el delito del artículo 153. Con esta modificación, se sancionaba las acciones de retención o traslado de un menor de edad o de una persona incapaz, usando medios como la violencia, amenaza o fraude, con la finalidad de obtener una ventaja económica, o explotar social o económicamente a la víctima. Como vemos, no se hizo una referencia explícita a la prostitución o explotación sexual, como sí lo hacía el artículo 182.

Después de ello, se publicó la Ley n° 28251 del 2004 que modificó al artículo 182 del código penal. Con esta ley, el delito de trata de personas fue tipificado como la acción de promocinar o facilitar la captación para la salida o entrada del país, o para el traslado dentro del Perú de una persona con fines de esclavitud sexual, pornografía u otras formas de explotación sexual. Cabe destacar que, hasta ese momento, el ordenamiento jurídico peruano no establecía una clara diferencia entre la trata de personas, explotación sexual y prostitución.

¹⁰ Para mayor información: <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H682692>

En el 2007, la Ley n° 28950 deroga el artículo 182 y modifica el artículo 153. Es en este último artículo que se tipifica el delito de trata de personas en su versión primaria, la cual se guía del Protocolo de Palermo. Este artículo reunía los 3 elementos de acciones, medios y fines de explotación, construyendo un concepto y delito plenamente independiente. No obstante lo anterior, se criticaron las conductas rectoras del tipo penal, es decir, el promover, favorecer, financiar, facilitar.

En el año 2011, se publicó el Acuerdo Plenario n° 3-2011, entre otros puntos, esbozó en qué consistía cada conducta rectora del delito bajo la fórmula de la Ley n° 28950 (Corte Suprema de Justicia de la República, fundamento 2). Aunado a ello, reconocía que el bien jurídico protegido era la libertad personal (Corte Suprema de Justicia de la República, 2011, fundamento 3). Asimismo, el mencionado acuerdo buscaba diferenciar los delitos de violación sexual, favorecimiento a la prostitución o proxenetismo, y explotación sexual a partir de los bienes jurídicos que protegían. En el caso de la violación sexual, se protege a la libertad sexual; para el favorecimiento de la prostitución, se protege a la moral sexual de la sociedad; y, en la explotación sexual, se protege a la dignidad sexual (Corte Suprema de Justicia de la República, 2011, fundamento 3).

Debido a las críticas de la formulación del 2007, se publicó la Ley n° 30251 del 2014. Esta modifica el tipo penal para que se aproxime más, tanto en orden como en contenido, a lo establecido en el Protocolo. Es así que establece como conductas el captar, transportar, trasladar, acoger, entre otros. Y, las acciones de favorecimiento, promoción, facilitación, financiamiento – que estaban en la anterior redacción - las introduce en el numeral 5 del tipo penal como formas de participación equiparables a la autoría.

En este contexto, se publicó el Acuerdo Plenario n° 06-2019/CJ-116, el cual, entre otros puntos, destaca que el delito de trata de personas es uno de medios alternativos, de tendencia interna trascendente, y, desde la criminología, un delito proceso (Corte Suprema de Justicia de la República, 2019, fundamento 3, 16 y 20). Estos conceptos los desarrollaremos en el siguiente acápite. Además, define los medios como la violencia, amenaza, fraude, entre otros (Corte Suprema de Justicia de la República, 2019,

fundamento 17). Aunado a ello, aborda los diferentes problemas concursales que pueden haber entre el delito de trata de personas, y la explotación sexual, en sus diferentes modalidades (Corte Suprema de Justicia de la República, 2019, fundamento 4, 5, 6 y 7). Finalmente, es importante mencionar que recalca que el bien jurídico protegido va más allá de la libertad personal; y, en ese sentido, afirma que se afecta la dignidad de la persona (Corte Suprema de Justicia de la República, 2019, fundamento 19).

Como observamos, esta nueva redacción es más clara y ordenada que la del 2007. En esta, tampoco se requieren los medios para los casos de menores de edad, dado que se presume su no consentimiento.

Recientemente, en el año 2021, se publicó la Ley n° 31146 que modifica el Código Penal, el Código Procesal Penal y la Ley n° 28950. Esta realizó cambios tales como la reubicación del tipo penal de trata de personas y otros delitos de explotación, al crear un título específico llamado “delitos contra la dignidad humana”. Con ello, se reconoció que el bien jurídico protegido es la dignidad humana - no cosificación.

En síntesis, inicialmente, los convenios internacionales no hacían alusión a los medios, pero, posteriormente, sí enfatizaron algunos como la seducción, violencia, amenaza, entre otros. Asimismo, en los primeros convenios internacionales, la finalidad principal de explotación se refería a la prostitución, luego de ello se esgrimieron otras como la explotación laboral, sexual, venta de niños/as, entre otros. Además, las mujeres eran consideradas como las únicos sujetos pasivos del delito. En referencia a la normativa nacional, los primeros delitos relacionados a la trata de personas se enfocaban en la finalidad de la prostitución y/o en la comercialización de menores de edad. Y, en las normativas más recientes, ya se constituyó el delito como uno tripartito de conductas, medios y fines, siguiendo los estándares del Protocolo de Palermo.

2. Clasificación del delito: desde el derecho penal y la criminología

Ahora bien, en este apartado, abordaremos la clasificación de la trata de personas desde el derecho penal y la criminología. Ello nos permitirá ejemplificar el involucramiento de las víctimas en actividades ilícitas dentro del circuito.

Desde el Derecho Penal, este es un delito de actos alternativos¹¹, dado que no se debe cumplir necesariamente cada una de las conductas para consumar el delito, solo basta una de estas. Es así que siempre deberá estar presente alguna conducta, medio y finalidad para configurar el tipo penal. La excepción son los casos de menores en donde, como se ha indicado, no se requieren los medios. En palabras de Prado Saldarriaga, estamos ante “un tipo alternativo, integrado por seis conductas típicas de igual equivalencia antijurídica. Al respecto, es importante precisar que, para que opere la tipicidad del delito, será suficiente que el agente realice, —cuanto menos—, una de las distintas acciones criminalizadas” (2016, p. 385). El concepto de alternancia es importante para la presente tesis, ya que, siguiendo esta línea, son múltiples los medios por los que una víctima puede estar sometida a cometer ilícitos. Como veremos en esta investigación, la víctima puede ser amenazada, violentada, coaccionada, abusada en su situación de vulnerabilidad, entre otros, con tal de que su acción ilícita beneficie al circuito de la trata en su sostenibilidad o economía.

Asimismo, sobre la finalidad de explotación, estamos ante un delito de tendencia interna trascendente. Ello significa que se “persigue una finalidad o motivo que va más allá de la (trasciende a la) realización del hecho típico” (Mir, 2016, pp. 287-288). Esta finalidad no

¹¹ También, es llamado de conductas alternativas o medios alternativos. Cabe destacar que, en contraposición, tenemos los tipos de un acto y los tipos de pluralidad de actos. Por un lado, los tipos penales de un acto “son, como su nombre lo indica, aquellos que se cometen con un único comportamiento. La omisión de prestar alimentos (artículo 149 del CP) es un ejemplo de tipo de un acto, pues su consumación solo exige omitir la obligación de prestar alimentos que establece una resolución judicial” (Meini, 2014, p. 77). Por otro lado, “los tipos de pluralidad de actos y los tipos de actos alternativos requieren más de un acto y se diferencian entre sí dependiendo de si los actos que conforman el comportamiento típico se producen concurrente o progresivamente (pluralidad de actos), o alternativamente (actos alternativos)” (Meini, 2014, pp. 77-78).

debe realizarse para consumar el delito, ya que, al realizarse la finalidad, ya estaríamos ante la fase de agotamiento del ilícito. No obstante lo anterior, es importante señalar que la finalidad de explotación implica un nivel de aprovechamiento del tratante o explotador sobre la actividad de la víctima. Es decir, en muchos casos se estructura organizadamente para someter y obtener ventajas económicas de la actividad de la víctima. Dado que lo que se busca es la rentabilidad, estas actividades son usualmente de carácter ilícito y son pasibles de ser realizadas por las víctimas. Los casos que comprenden actividades ilícitas serán abordados en el caso-tipo I de la presente tesis.

Sin perjuicio de lo explicado, desde la criminología, estamos ante un delito proceso, ya que, por lo general, la trata es un circuito de conductas que conlleva a la explotación y en el que, previamente, se realizaron varias conductas como el captar, transportar, retener a la persona. En la doctrina, encontramos a autores que hacen referencia a este concepto criminológico. En Perú, el juez superior Salinas Siccha refiere que es un “delito proceso”, ya que intervienen “un conjunto de eslabones que se inicia con la identificación, captación y aislamiento de la víctima. Puede llegar al extremo de la privación de la libertad, con la finalidad de ser incorporada la víctima a la producción de bienes y servicios contra su voluntad (...)” (2019, p. 673). Asimismo, Yván Montoya considera que, en el sentido criminológico, es frecuente, pero no necesario, que distintos actores intervengan en las distintas fases de la trata (2017, p. 104).

En el campo internacional, Carolina Villacampa señala que el delito tiene un carácter de proceso, debido a lo siguiente:

los elementos que integran dicho concepto criminológico son las concretas acciones que lo conforman, los medios que deben emplearse en la realización de tales conductas y, por último, la finalidad de explotación de la víctima inherente a todo supuesto de trata. Es un ciclo que culmina, generalmente, con la explotación efectiva - ya sea sexual o laboral - de la víctima (2010, p. 822).

Como vemos, estos autores lo definen como un delito proceso porque i) se realizan

diversas conductas como la captación, transporte, retención, entre otras, ii) usualmente, finalizan en la explotación efectiva de las víctimas; y iii), en este circuito, frecuentemente se involucran diversos actores.

Esta clasificación desde la criminología es de suma relevancia para la presente investigación. Ello debido que, en los casos-tipo elaborados, observamos que hay una continuidad entre la trata y la explotación de la persona, donde los medios utilizados – como la violencia, abuso de situación de vulnerabilidad, amenaza, entre otros - se prolongan o se acentúan, asimismo las finalidades de explotación – que son ilícitas - se alcanzan. Entonces, se abordarán de forma complementaria e indistinta las clasificaciones del derecho penal y la criminología.

Como vemos, las clasificaciones del delito desde ambas perspectivas no son excluyentes. Desde el sistema penal integral, estas clasificaciones nos permiten identificar cuándo se consume el tipo penal, así como explicar este fenómeno delictivo en la realidad. Precisamente, el concepto de “delito proceso” nos permite explicar cómo se desarrolla este fenómeno, la intervención de los distintos agentes y la conexión que, a veces, tiene con la criminalidad organizada. Ello es sobre todo útil cuando estamos hablando de la realización de fines delictivos (tala ilegal, tráfico de drogas), o de víctimas que captan a otras para que se integren a una red. Estas finalidades, así como otras, serán desarrolladas en la presente investigación, dado que son actividades ilícitas que las víctimas pueden realizar en el circuito, y que pueden verse vinculadas a otros tipos de criminalidad organizada.

3. Debate sobre el bien jurídico protegido

Ahora bien, en la discusión sobre el bien jurídico protegido, se han considerado tres posiciones principales: la libertad, la pluralidad de bienes jurídicos y la dignidad (Montoya, 2012, p. 50-52), las cuales desarrollaremos a continuación.

Por un lado, algunos autores sostienen que estamos ante un delito pluriofensivo, es decir,

que tutela a más de un bien jurídico. En ese sentido, “la antijuridicidad exige en estos supuestos la vulneración de todos los bienes jurídicos comprometidos”, los cuales pueden encontrarse subsumidos en un solo bien jurídico (Meini, 2014, p. 86). Por ejemplo, un caso de delito pluriofensivo es el de peculado, ya que pretende: “i) garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y ii) evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público, con lo cual se resguardan los deberes funcionales de lealtad y probidad” (Corte Suprema de Justicia de la República, 2005, fundamento 6).

Bajo esta postura de pluriofensividad, Santana y Pomares sostienen que, en la trata de personas, se protegen bienes jurídico-penales individuales conformados por la libertad y la dignidad. Y, junto con estos y dependiendo de la finalidad, también se pone en peligro otros bienes jurídicos (Santana, 2011, p. 84; Pomares, 2011, p. 15:6). Específicamente, Santana menciona que, en el bien jurídico libertad o indemnidad sexual, se manifiesta el peligro de explotación sexual de adultos o menores respectivamente. En el caso del bien jurídico referido a los derechos de los trabajadores y a la libre competencia, se predispone el peligro a la explotación laboral; y, en la protección del bien jurídico vida e integridad física, se manifiesta el peligro a la extracción de órganos (2011, p. 84).

En nuestra opinión, considerar que estamos ante un delito pluriofensivo implica una mayor exigencia probatoria con respecto a las finalidades del delito, que son muchas veces difusas o se presentan de forma simultánea. Todo ello complicaría la labor fiscal. Por ejemplo, en el caso de la finalidad de explotación laboral, esta no está tipificada como un delito en el código penal peruano, lo que obstaculiza identificar qué bienes jurídicos se vulnerarían en este caso. Otro caso es el de la extracción de órganos, donde la puesta en peligro de la vida o integridad física es común por las condiciones insalubres o no éticas en las que se llevan a cabo los procedimientos; pero no es una situación generalizable. En síntesis, si se requiere probar que cada bien jurídico fue vulnerado o puesto en peligro, los estándares probatorios serían mayores y excederían el tipo penal de trata, lo que también perjudicaría la identificación de las víctimas.

Por otro lado, encontramos a quienes sostienen que el bien jurídico protegido es la libertad. En ese sentido, el juez superior Salinas Siccha señala que el “interés general que se busca proteger lo constituye el derecho a la libertad personal de las personas, esto es, la libertad ambulatoria tanto de menores o mayores, capaces o incapaces”¹² (2019, p. 683). Esta postura era seguida, anteriormente, en el Acuerdo Plenario n° 3-2011/CJ-116, donde se señalaba que se protegía a la libertad “entendida como la capacidad de autodeterminación con la que cuenta la persona para desenvolver su proyecto de vida, bajo el amparo del Estado y en un ámbito territorial determinado” (Corte Suprema de Justicia de la República, 2011, fundamento 12).

Asimismo, en la doctrina internacional, Daunis afirma que su “propuesta del bien jurídico dignidad humana está muy próxima o cercana a la libertad” (2013, p. 77). El mencionado autor no considera a la dignidad humana como el bien jurídico específico a proteger en el delito porque, entre otras razones, afirma que ello implicaría centrar el análisis en la fase de explotación de la víctima, lo que excede el tipo penal de trata de personas. Para Daunis, la lesividad de la conducta se da en los actos previos a la explotación donde se determina la voluntad de la víctima para ser posteriormente explotada (2013, p. 78). Es así que afirma que la lesión se da a “la capacidad de determinación y decisión del individuo sobre unos derechos concretados por la norma. Por tanto, dicha instrumentalización, más que una genérica manipulación o utilización de la víctima, debe aspirar a determinar su libertad sexual, sus derechos laborales, su salud individual o su integridad moral” (2013, p. 78).

En contraposición, consideramos que la instrumentalización se da en cada acción de la

¹² En la edición de su libro del año 2019, hace alusión además a la dignidad humana como el bien jurídico específico que se pretende proteger en el delito de trata de personas:

“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 mayores o menores en el sentido de no ser tratadas como instrumentos o cosas para conseguir algún fin lícito o ilícito” (Salinas, 2019, p. 683).

“En suma, el bien jurídico que se protege con el delito de trata de personas es la libertad personal en sentido general, y la dignidad de las personas en sentido específico (..)” (Salinas, 2019, p. 684).

trata tal como la captación, donde no necesariamente se aspira a determinar la “libertad” de la víctima. Por ejemplo, en los casos de captación a menores de edad para su explotación sexual en línea, no se pretende limitar su “libertad sexual” porque, antes de los 14 años¹³, para el Estado peruano no existe consentimiento válido en temas referidos a la sexualidad, tampoco se pretende limitar su “libertad de movimiento” con su estadía en algún espacio físico, ya que la posterior explotación se da mediante plataformas online. Asimismo, seguir esta postura, no protegería a las víctimas que, si bien tienen libertad de movilidad, aún se encuentran bajo la coacción, amenaza, u otros medios, que hacen posible su transporte, por ejemplo, a prostíbulos para ser explotadas sexual o laboralmente. Adicionalmente, considerar que la trata vulnera la libertad de la persona implica que aquellas víctimas que han sido “liberadas” de su condición de explotación, pero que aún se encuentran sujetas a sus tratantes por otros medios, no sean consideradas como víctimas para el sistema de justicia cuando cometan delitos. Como veremos en capítulos posteriores, existen condiciones que mantienen ligadas a las víctimas al circuito de trata, aún así hayan sido aparentemente “liberadas” de su condición de explotación.

Finalmente, la dignidad humana - no cosificación es la postura que ha primado en la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, tanto a nivel nacional como internacional (Villacampa, 2010, p. 839; Montoya *et al.*, 2017, p. 101). Para brindar un contenido a la dignidad humana, es importante recurrir a la filosofía y adaptar las ideas de sus pensadores al contexto actual de Estado Liberal de Derecho, o a aquellos modelos de Estado que busquen el respeto sin discriminación de los ciudadanos.

Es necesario recordar que “el vínculo entre personalidad y dignidad, es decir, el principio del respeto a las personas” se remonta a Immanuel Kant (Gutmann, 2019, p. 234). Siguiendo a este filósofo, “el hombre, y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no sólo como medio para usos cualesquiera de esta o aquella voluntad” (Kant,

¹³ Siguiendo el Acuerdo Plenario 01-2011/CJ-116, el consentimiento, en el ámbito de la sexualidad, es válido desde los 14 años, y cuando la persona se encuentre en las capacidades psíquicas y con plena consciencia (Corte Suprema de Justicia de la República, 2011, fundamento 12 y 14).

2008, p. 105). En ese sentido, para este filósofo, el hombre y todo ser racional, no podrían ser instrumentalizados al ser siempre considerados un “fin en sí mismo”.

Ahora bien, cabe detenernos en lo que Kant considera como “ser racional”. En la *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, equipara la categoría “ser racional” como “persona” porque “su naturaleza los distingue ya como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede ser usado meramente como medio, y, por tanto, limita todo capricho en este sentido (y es, en definitiva, un objeto del respeto)” (2008, p.106). En ese sentido, los hombres y “seres racionales” tienen una dignidad, es decir, un valor incondicionado e incomparable; y, por ello, pueden pretender “respeto” (2008, p. 117).

No obstante lo anterior, compartimos la idea de que esta concepción excluiría a las personas con discapacidad mental, niños, adultos mayores, entre otros (Gutmann, 2019, p. 241). Este concepto de dignidad es problemático para el estudio de la trata de personas, ya que las principales víctimas son precisamente las personas en situación de vulnerabilidad. Para Kant, estos sujetos no serían considerados “seres racionales”, por ende, “personas” con dignidad debido a que no podrían autodeterminarse ni brindar leyes universales. Pues, para este filósofo, las personas son aquellos sujetos cuyas “acciones son imputables” (Gutmann, 2008, p. 239). En conclusión, para Kant, la dignidad sería “la capacidad actual para la autodeterminación racional (moral). Ella, y únicamente ella, define el estatus de “persona” o de “sujeto moral”, y esta capacidad no la poseen todos los hombres” (Gutmann, 2019, p. 240).

Por lo expuesto, se han planteado alternativas o readaptado el planteamiento del imperativo categórico de tal forma que no excluya a los sujetos más vulnerables. Una de estas soluciones es la renuncia al ‘principio de personificación’¹⁴, el cual consiste en abandonar la restricción de que exclusivamente las capacidades para la autodeterminación califican a un ser como sujeto moral (Gutmann, 2019, p. 249).

¹⁴ Es decir, “se abandona la restricción consistente en que sólo exclusivamente las capacidades para la autodeterminación, efectivamente existentes, califican a un ser como sujeto moral según principios de una moral posconvencional” (Gutmann, 2019, p. 249).

Otra solución complementaria es realizar una interpretación histórica y evolutiva del imperativo en el marco de un Estado Liberal de Derecho de un mundo globalizado. En el mencionado contexto, es inconcebible excluir a estas poblaciones vulnerables, ya que los ciudadanos deben ser tratados de forma equitativa, es decir, sin hacer diferencias por razones inherentes a ellos como la raza, sexo, edad, género, condición física y/o mental, entre otros motivos discriminatorios. Tal es así que el principio de igualdad o no discriminación se encuentra de forma expresa en instrumentos internacionales de derechos humanos como la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH)¹⁵ y la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante, CEDH)¹⁶.

Asimismo, observamos este principio en las legislaciones nacionales como la peruana, en donde la Constitución Política dice que toda persona tiene derecho a: “A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. Por su parte, la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania dice que:

- (1) Todas las personas son iguales ante la ley.
- (2) El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes.
- (3) Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas. Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento

¹⁵ Artículo 1 de la CADH .- Obligación de Respetar los Derechos: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que éste sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

¹⁶ Artículo 14 de la CEDH .- Prohibición de discriminación: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”

físico o psíquico (Artículo 3)

Finalmente, existen organismos internacionales de derechos humanos que señalan que la dignidad humana es inherente al ser humano sin distinción. Tal es así que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), en el caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, señala expresamente lo siguiente:

La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de 'respetar los derechos y libertades' reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. La protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente (1988, párr. 165)

Asimismo, la dignidad humana como principio rector de los Estados de Derecho está reconocido en diferentes jurisdicciones. El artículo 1.1. de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania dice que: "La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público". Y, el artículo 1 de la Constitución Política del Perú señala que "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

Como vemos, se ha seguido el planteamiento de que la dignidad humana constituye la condición de que el ser humano es un fin en sí mismo y no un medio para ser instrumentalizado, es decir, no puede ser tratado como un objeto para la sociedad ni para fines ajenos. Esta concepción corresponde al núcleo de la dignidad desde un sentido negativo. En palabras de César Landa:

En relación al contenido del derecho a la dignidad, es decir, aquello que se puede hacer o exigir al amparo del mismo, se puede identificar un núcleo básico o esencial constituido por la prohibición de instrumentalización de la persona (sentido negativo), así como un deber de promoción de su máxima realización posible, considerando las circunstancias de hecho y de derecho existentes (sentido positivo). Resulta evidente que el primer obligado es el Estado, pero dichas obligaciones también resultan exigibles a los sujetos privados (2017, p. 19).

Ahora bien, qué se entiende por ser tratado como objeto, es decir, objetivizado o cosificado. La filósofa Martha Nussbaum considera que la objetivización o cosificación "implica convertir a una cosa, tratar como una cosa, a algo que no es realmente una cosa" (1995, p. 257). En ese sentido, enumera 7 formas en las que una persona puede ser objetivizada por otra:

1. Instrumentalización: Quien cosifica trata al objeto como una herramienta para sus fines.
2. Negación de la autonomía: Quien cosifica considera que el objeto carece de autonomía y de libre determinación.
3. Inercia: Quien cosifica considera que el objeto carece de acción, y quizás también de actividad.
4. Fungibilidad: Quien cosifica trata al objeto como intercambiable (a) con otros objetos del mismo tipo, y/o (b) con objetos de otros tipos.
5. Violabilidad: Quien cosifica trata al objeto como carente de integridad, como algo que es permisible romper, aplastar, destrozar.
6. Propiedad: Quien cosifica trata el objeto como algo que es propiedad de otro, es decir, puede ser comprado o vendido, etc.
7. Negación de la subjetividad: Quien cosifica trata el objeto como algo cuya experiencia y sentimientos (si los hay) no necesitan ser tomados en cuenta.

En el caso de la trata de personas, podemos observar diferentes manifestaciones de cosificación a las que hacía referencia Nussbaum. Por ejemplo, "la instrumentalización",

ya que los tratantes utilizan a las víctimas para fines ilícitos como trabajar en las minas ilegales o bares clandestinos. Asimismo, tenemos la “negación de la autonomía” porque las víctimas van perdiendo autonomía en el circuito de la trata y, por ejemplo, no deciden plenamente sobre las acciones a realizar como cometer ilícitos penales bajo la modalidad de trabajo forzoso. También, encontramos “la violabilidad”, debido a que no se respeta la integridad de las víctimas, estas muchas veces son asesinadas o mutiladas como forma de represalia. Aunado a ello, vislumbramos a “la propiedad”, dado que las víctimas pueden ser “vendidas” a terceros para ser explotadas sexualmente, por ejemplo.

Como vemos, esta dignidad - no cosificación del ser humano que se pretende proteger nos da a entender que, en el circuito de la trata, la víctima se encuentra en una condición de instrumentalización. Es así que el tratante la considera como un objeto para explotarla efectivamente o someterla al circuito de la trata (traslado, transporte, retención). En esa línea, siguiendo a Villacampa, el proceso de la trata contribuye a la destrucción psicológica de la víctima (2011, p. 63). Por ende, existe dominación y control sobre la víctima, los cuales suelen ser continuos desde la captación, transporte y/o recepción hasta la potencial explotación. También, es posible que en este camino de pérdida de autonomía de la víctima no solo contribuya una única persona, si no diferentes; y que, incluso en las últimas fases, los medios usados no sean de la misma intensidad por el tiempo transcurrido y la afectación a la víctima. En esa condición de extrema vulnerabilidad y sujeción, la víctima puede estar (o ser) sometida a múltiples vejaciones, así como a cometer delitos en el circuito de la trata.

4. Elementos de la trata de personas

Como habíamos desarrollado, el delito de trata de personas es tripartito, ya que tiene como elementos: i) conductas, ii) medios, y iii) fines. Sin olvidar que, en el caso de menores de edad, se presume su no consentimiento; por ello, no se exigen los medios para la consumación de este delito.

A continuación, detallaremos cómo cada uno de estos elementos, al estar

interrelacionados, ponen en potencial exposición a quienes son (o han sido) víctimas de cometer ilícitos penales.

4.1. Conductas

Las conductas de la trata son captar, transportar, trasladar, acoger, recibir, o retener. En algunas de estas situaciones, es más notorio que la víctima pueda estar en una situación, donde está expuesta a cometer ilícitos penales.

La captación consiste en atraer, cautivar, conquistar la voluntad de la víctima (Salinas, 2019, p. 674; Corte Suprema de Justicia de la República, 2019, fundamento 15). Un supuesto es que, en la misma captación, se le soliciten documentos con los que ella no cuenta, y los falsifique o pague por ello; por ejemplo, el caso de no contar con un certificado para laborar en una mina, no tener un permiso de trabajo al ser migrante, o no tener un documento nacional de identidad.

El transporte consiste en que la víctima sea llevada de un lugar a otro, al margen de si es un transporte interno (en el propio país) o externo (entre países) (Montoya *et al.*, 2017, p. 107). En el transcurso del transporte, la víctima puede verse obligada a pagar sobornos a funcionarios migratorios o policiales para poder ser transportada de un lugar a otro.

El trasladar se entiende desde tres perspectivas. Primero, autores como Santana¹⁷ consideran que el traslado es equivalente al transporte, por ende, no existiría diferenciación entre estos términos. Segundo, el Acuerdo Plenario n° 06 - 2019 señala que el traslado hace referencia a la gestión del transporte, es decir, “disponer lo conveniente para procurar el desplazamiento de la víctima de un lugar a otro”; por ejemplo, el pago o las coordinaciones para el transporte. Tercero, otros autores y la

¹⁷ Es así que Santa indica de forma explícita lo siguiente: “Tanto transportar como trasladar suponen llevar o conducir a una persona o grupo de ellas de un sitio a otro, cualquiera que sea el medio de transporte utilizado y con independencia, a los efectos de apreciar este delito, de si hay o no cruce legal de fronteras” (2011, p. 87).

Casación 1459-2019 argumentan que el traslado es el traspaso de poder o del dominio jurídico, por ende, se diferencia del transporte (Daunis, 2013, p. 84; Montoya *et al.*, 2017, p. 108; Rodríguez y Montoya, 2021, p. 52; Corte Suprema de Justicia de la República, 2021, p. 16). Cabe destacar que la conducta del “traspaso o dominio de poder” ha sido considerada en normativas europeas relativas a la trata de personas como la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo¹⁸, así como la Decisión Marco del Consejo del año 2002¹⁹.

Esta última perspectiva es la más adecuada para catalogar algunos casos frecuentes en la realidad peruana. Por ejemplo, la entrega de menores de edad por parte de sus propios padres a terceros para que los exploten laboralmente en otras regiones o lugares lejanos a su contexto. También, encontramos los casos de mujeres víctimas de explotación sexual que, al quedar embarazadas y dar a luz, trasladan el poder de los menores de edad a los explotadores. Es así que estos menores pasan a ser parte de la cadena de trata de personas, y/o a ser sujetos pasivos de compra y venta.

El acoger hace referencia a servir de refugio o albergue a alguien, lo que es equivalente a alojar, aunque esta acción suele denotar mayor perdurabilidad en el tiempo (Santana, 2011, p. 87). En estos contextos de acogida, las víctimas experimentan una subordinación mayor al habitar el mismo lugar que los tratantes y/o explotadores. Es así

¹⁸ Esta tiene como fecha el 5 de abril del 2011. En su artículo 2, inciso 1, dice lo siguiente: “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que sean punibles las conductas siguientes cuando se cometan intencionadamente: 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”. Para mayor información: <https://www.boe.es/doi/2011/101/L00001-00011.pdf>

¹⁹ Esta tiene como fecha el 19 de julio del 2002. En su artículo 1, inciso 1, señala lo siguiente: “1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de los actos siguientes: la captación, el transporte, el traslado, la acogida, la subsiguiente recepción de una persona, incluidos el intercambio o el traspaso del control sobre ella, cuando: a) se recurra a la coacción, la fuerza o la amenaza, incluido el rapto, o b) se recurra al engaño o fraude, o c) haya abuso de autoridad o de situación de vulnerabilidad, de manera que la persona no tenga una alternativa real y aceptable, excepto someterse al abuso, (...)”. Para mayor información: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9248.pdf>

que pueden darse situaciones de servidumbre por deudas, donde pueden cometer ilícitos para sobrevivir. Por ejemplo, el hurto de víveres y otros conexos que permitan su subsistencia.

El recepcionar o recibir consiste en “recoger a la persona, la cual es trasladada de un sitio a otro, sea de tránsito o de destino final” (Mateus *et al.*, 2009, p. 44). Adicionalmente, los mencionados autores dicen que “puede existir una “duplicidad” de verbos rectores porque la acción de acoger y la de recibir aluden a la misma connotación de manejo de la persona tratada como si fuera una mercancía que cruza por varios puertos intermedios hasta llegar a un punto final” (2009, p. 44). En nuestra opinión, existe una diferencia entre la acogida y recepción. La primera implica necesariamente una permanencia o albergue - aunque por corto tiempo - en un espacio y lugar determinado, mientras que la segunda únicamente consiste en recibir a la víctima, por ejemplo, en un puerto para que, posteriormente, esta sea acogida en otro espacio por el mismo sujeto activos o terceros. En estas acciones, podemos encontrar conductas de trata de personas por parte de las propias víctimas hacia otras. Por ejemplo, las víctimas pueden encargarse de recibir a otras en un puerto o lugar, de tal forma que, en caso de ser descubiertas, solo corren riesgo estas y no otras personas que también estén involucradas o formen parte de una organización dedicada a la trata.

La retención consiste en colocar a la víctima en situación de peligro de explotación (Montoya *et al.*, 2017, p. 108). Esta conducta se realizaría en situaciones donde la víctima permanece un tiempo considerable en un lugar, donde usualmente es el mismo en el que es explotada. En la conducta de recepción, la nueva víctima puede ser supervisada por otra para cumplir las finalidades de explotación para las que fue tratada.

4.2. Medios

En la trata de personas, los medios son las formas en las que se somete la voluntad de las víctimas mayores de edad. Específicamente, abordaremos la amenaza o coacción, engaño, abuso de poder o vulnerabilidad, los cuales podrían condicionar a las víctimas

a cometer delitos.

Sobre la amenaza, coacción o llamada intimidación, se hace referencia a los supuestos de fuerza moral o los de violencia sin fuerza, los cuales son capaces de doblegar la voluntad de la víctima de la trata (Villacampa, 2011, p. 423). En esa línea, la jurisprudencia española ha señalado que esta amenaza, aunque implícita, debe ser seria, real y perseverante, de carácter futuro, injusto, determinado, posible y dependiente de la voluntad del sujeto activo; este mal futuro tiene que ser capaz de originar una natural intimidación sobre la persona que recibe el anuncio (Villacampa, 2011, p. 425).

De la misma forma, la jurisprudencia peruana, específicamente, el Acuerdo Plenario n° 06-2019/CJ-116 ha señalado que el mal anunciado debe ser lo suficiente para doblegar la voluntad de la víctima; ello además se analizará de acuerdo a su vulnerabilidad: grado de instrucción, situación económica, entre otros (Corte Suprema de Justicia de la República, 2019, fundamento 17).

Esta amenaza coloca a la víctima en una situación de temor, miedo e inseguridad por su posible concreción. Ejemplos de ello son la amenaza de matar a un familiar, de matarla o hierirla físicamente, denunciarla por algún ilícito que haya cometido - en el circuito de la trata - o que haya sido inventado por el tratante. Estas intimidaciones permiten que la víctima sea sometida a la trata y/o explotación; además, bajo esa misma amenaza, puede que se le ordene cometer ilícitos relacionados como comercializar droga, o actos como la captación de otras personas. Esta última situación también puede ocurrir bajo un contexto de coacción, donde la víctima sea obligada a captar y/o retener a otra persona, ya sea porque esa fue la finalidad para la que fue tratada, o porque es una acción agregada a otras propias de la explotación a la que es sometida.

Sobre el engaño, este consiste en viciar el consentimiento de la víctima para que sin saberlo esté en una situación de difícil salida. Para determinar si este engaño puede someter a la víctima, se deben emplear criterios objetivos (valoración *ex ante* de los medios utilizados para generar el engaño), así como criterios de carácter subjetivo,

donde se atiende a las circunstancias de cada víctima (Villacampa, 2011, p. 426).

El tratante buscará que la víctima engañada esté imposibilitada de salir de esta situación, ya sea alejándola de su hogar o lugar de desarrollo. Ello con el objetivo de evitar su fácil desprendimiento de la situación. Este contexto puede propiciar la llamada “servidumbre por deudas”. Es así que la víctima se verá obligada a subsistir con los alimentos y vivienda del tratante. En estos casos, se evidencia una clara dependencia para sobrevivir de la víctima. Esto puede conllevar a que se vea obligada o se le ordene cometer ilícitos como el hurto de alimentos para sobrevivir. También, para pagar las deudas a las que está obligada, podría captar a otras personas como una forma de devolución. Las víctimas mujeres podrían captar a otras, mediante engaño, ya que inspiran una mayor confianza por los imaginarios de género de la sociedad actual, ello será explicado en el capítulo II.

Sobre el abuso de poder, este es definido como el poder asimétrico entre la víctima y el tratante, el cual es utilizado por este último (Rodríguez y Montoya, 2020, p. 57). El tratante se aprovecha de esta posición de superioridad para influir sobre la voluntad de la víctima (Corte Suprema de Justicia de la República, 2019, fundamento 17). Las situaciones de poder pueden darse en una pareja conformada por un tratante y una víctima, con diferencias, por ejemplo, de edad, poder y/o económicas. En este contexto, la víctima puede ser influenciada para, a la par de ser tratada o explotada, captar o vigilar a terceras víctimas. Además, una vez culminada su fase de explotación, también se le podría asignar un nuevo rol como tratante en agravio de otras personas. Como vemos, en estos casos, puede no haber violencia ni amenaza, pero aún así la víctima está sometida al tratante y/o explotador.

Sobre el abuso de una situación de vulnerabilidad, siguiendo el Acuerdo Plenario n° 06-2019/CJ-116, el sujeto activo se aprovecha de una situación de desventaja en la que se encuentra la víctima (Corte Suprema de Justicia de la República, 2019, fundamento 17), en donde esta no tiene otra alternativa “real y aceptable” más que someterse al abuso del tratante y/o explotador (Consejo de Europa, 2002, art.1.1; Villacampa, 2011, p.427;

UNODC, 2013, p. 3; Montoya *et al.*, 2017, pp. 109-110). De esta manera, vemos que la situación de vulnerabilidad condiciona a la víctima a aceptar su explotación (Caro *et al.*, 2018, p.4).

Los factores de vulnerabilidad pueden abarcar la física (edad, discapacidad física, gestación, desnutrición severa o moderada), la psicológica (antecedentes de victimización, estigmatización, desvinculación familiar, dependencia emocional), antropológica - social (lengua, pobreza, condición de migrante), mental (experiencias traumáticas, trastornos psicóticos, adicciones) (Caro *et al.*, 2018, pp. 18-27; Ministerio Público - Fiscalía de la Nación, 2019, p. 42-57). Asimismo, determinar que una persona se encuentra en esta situación de vulnerabilidad dependerá de cada país y contexto, así como de sus características específicas como el nivel de desarrollo social y económico (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008, punto 4).

La situación de vulnerabilidad da indicios de que la víctima es especialmente pasible de estar a disposición del tratante, al punto de realizar conductas ilícitas bajo sus órdenes o influencia. Esta condición preexistente como el ser huérfano o no tener recursos económicos se mantiene con el tiempo si la víctima es tratada, sobre todo desde muy joven, ya que no tuvo otras opciones de desarrollarse (vínculos afectivos, manera de subsistir, relacionarse). No obstante lo anterior, aún existe una discusión sobre la fuerza de algunas formas de vulnerabilidad como la psicosocial; ello será abordado con mayor amplitud en el caso-tipo 3 planteado.

Por lo expuesto, las conductas en convergencia con los medios descritos podrían ser aprovechados para someter a una víctima de trata o de explotación a la realización de actos ilícitos. Asimismo, una víctima puede cometer ilícitos hacia diferentes bienes jurídicos, ya sea como víctimas o desde una posición de tratante con antecedentes de victimización. Aunado a ello, los medios también pueden variar dependiendo del tiempo transcurrido y necesidad. Es por ello que cambia su intensidad (violencia física diaria a solo en ocasiones de desobediencia) o forma (empezar con amenaza y continuar con situación de vulnerabilidad).

4.3. Fines

Los fines comprenden la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, trabajos o servicios forzados, esclavitud o prácticas análogas, extracción de órganos, servidumbre, entre otros.

A continuación, procederemos a detallare brevemente en qué consisten las finalidades que abarcaremos en la presente tesis.

En primer lugar, abordaremos las tres finalidades vinculadas a la explotación laboral. Existe un elemento común a las tres modalidades de este tipo de explotación en sentido fuerte: el control o dominio que una persona ejerce sobre su víctima. Este se evidencia, en el caso de las víctimas adultas, en los medios, y es de distinta intensidad, en la esclavitud, la servidumbre y el trabajo o servicio forzoso de víctimas adultas. Asimismo, cada categoría tiene particularidades específicas (Rodríguez y Montoya, 2022, pp.305-306), las cuales esbozaremos.

El trabajo forzoso u obligatorio, según el Convenio sobre el Trabajo Forzoso, es “todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente” (Organización Internacional del Trabajo, 1930, artículo 2.1). Si bien en esta modalidad de explotación laboral existe evidencia una situación de control sobre el trabajador, no alcanza niveles de control de posesión sobre su núcleo personalidad ni supone la anulación o restricción de libertad ambulatoria, como en esclavitud. Tampoco, están presentes elementos como la inmutabilidad o locatariedad, como sucede en la servidumbre. Entonces, se considera que el trabajo forzoso es una imposición esporádica u ocasional de trabajo (Rodríguez y Montoya, 2022, p. 309).

Entre las características de los elementos del trabajo forzoso, encontramos aquellas que han sido definidas en la sentencia Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs.

Brasil de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Primero, tenemos la amenaza de una pena. Esta consiste en la intimidación real y actual, la cual puede ser distinta en graduación y forma. Dentro de las formas más extremas, encontramos a la violencia física, confinación, aislamiento, y la amenaza de muerte a la víctima y sus familiares (2016, fundamento 292 – 293). Segundo, observamos la involuntariedad para llevar a cabo el trabajo o servicio. Esta consiste en la ausencia de consentimiento o de libre elección de la víctima – originada por diversos medios - con respecto al comienzo o continuación de un trabajo o servicio (2016, fundamento 292 – 293).

Es importante destacar que los trabajos o servicios forzados también pueden involucrar la imposición de actividades delictivas a las víctimas. Tal es así que la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo señala como una nueva forma de explotación: “la explotación para realizar actividades delictivas” (2011, artículo 2.3), y estas actividades, según la misma directiva, pueden involucrar el carterismo, hurtos, tráfico de estupefacientes y otros similares (2011, consideración 11). Asimismo, la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) llama a los Estados partes a adoptar medidas para no criminalizar estos casos. Esto se observa en el artículo 4 de su Protocolo del 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, así como en el punto 7 de su Recomendación sobre el trabajo forzoso.

La servidumbre fue definida en el caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil como la obligación de realizar trabajos o servicios para otros, impuesta por medio de coerción y la obligación de vivir en la propiedad de otra persona, sin la posibilidad de cambiar esa condición (Corte IDH, 2016, fundamento 279). Esta definición también fue compartida en el Caso Silladin vs. Francia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Asimismo, en la servidumbre, existe un control efectivo sobre la víctima. Este es más intenso que el trabajo forzoso, pero menor a la esclavitud. Ello debido a que la víctima conserva algunas facultades personales básicas y se mantiene el núcleo de su personalidad jurídica (Rodríguez y Montoya, 2022, p. 307).

Cabe destacar que, en condiciones de servidumbre, la víctima también puede verse obligada a realizar actividades ilícitas para pagar las deudas que la afligen. Ello será desarrollado en el acápite sobre casos-tipo del presente capítulo.

La esclavitud, siguiendo la Convención sobre la Esclavitud, “es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos”, lo cual involucra acciones como la venta, cambio, cesión, y todo acto de comercio sobre la víctima (1926, artículo 1).

Esta modalidad de explotación manifiesta el control efectivo y prácticamente absoluto sobre una persona. Es así que no se requiere alguna titularidad formal de ese, sino manifestaciones fácticas que demuestren la anulación casi absoluta de la autonomía y personalidad de la víctima (Rodríguez y Montoya, 2022, p. 306).

Es importante rescatar que, bajo condiciones de esclavitud, la víctima puede ser obligada – al tener un control absoluto sobre ella – a realizar distintas actividades ilícitas, las cuales desarrollaremos más adelante.

Otro tipo de finalidad es la mendicidad. Esta práctica consiste en obtener dinero y otros recursos materiales a través de la caridad pública (Montoya *et al.*, 2017, p. 118). Nos encontramos en un contexto de trata de personas cuando se obligan a personas, usualmente a niños y personas con discapacidad, a ser mendigos. Dependiendo del marco jurídico, los mendigos podrían estar cometiendo acciones sancionadas en el ámbito legislativo; no obstante, estos casos no serán analizados en la presente tesis por no estar comprendidos en el ámbito penal.

También, vislumbramos a la explotación sexual que, en mayores de edad, consiste en obligar a una persona, mediante violencia, amenaza u otro medio, a ejercer actos de connotación sexual con la finalidad de obtener un provecho económico o de otra índole. Este tipo penal tiene como trasfondo la asimetría de poder entre explotador y víctima. Esta asimetría es la posibilidad que tiene el tratante o explotador de instrumentalizar a la

víctima, ya sea mercantilizándola o ejerciendo sobre aquella atributos de la propiedad (Díaz, 2022, pp. 124-125).

La explotación sexual no puede desacreditarse porque la persona tiene más de 14 años o por su comportamiento sexual o social. Es así que se debe analizar cada caso concreto y no atender a estereotipos de género que solo subordinan a las mujeres (Díaz, 2022, p.125), y no permiten su identificación como víctima. En algunos contextos, la prostitución forzada – que es una modalidad de explotación sexual – puede sancionarse penal o administrativamente, en los siguientes acápite desarrollaremos este tema.

Finalmente, abordaremos a la extracción de órganos que es el proceso a través del cual se obtienen órganos, tejidos somáticos o componentes humanos sin consentimiento de la víctima. O, en caso de haber brindado su consentimiento, ha sido motivada por algún medio, como la fuerza, la coacción, el engaño, el abuso de poder, ente otros (Montoya *et al.*, 2017, p. 118). Algunas víctimas también podrían colaborar con acciones ilícitas relacionadas a la extracción de órganos.

Como hemos esbozado, en el circuito de la trata, desde sus conductas hasta su potencial explotación, se busca objetivizar y despersonalizar a las víctimas. La víctima que está o fue sometida, mediante un estado de vulnerabilidad, una amenaza, engaño u otros medios, se ve potencialmente expuesta a situaciones que la pueden llevar a ser calificada como “criminal” o “infractora”, dependiendo de cada legislación penal y/o administrativa. A continuación, hemos diseñado algunos casos-tipo donde se pueden observar estas situaciones desde el ámbito penal.

5. Casos-tipo donde las víctimas cometen delitos en el circuito de la trata

Para efectos de la presente investigación, plantearemos cuatro casos-tipo. Estos han sido diseñados tomando en cuenta cuatro criterios. Primero, hemos considerado la concepción criminológica de la trata de personas como un delito proceso, ya que, usualmente, se hace efectiva la explotación de las víctimas. En ese sentido, en las

clasificaciones de los casos-tipo, abarcaremos los delitos que puede haber cometido la víctima en cualquier fase del circuito desde la captación hasta la explotación. Y, además, abordaremos los ilícitos que están vinculados con la sostenibilidad económica o humana del circuito de la trata.

Segundo, hemos revisado las clasificaciones realizadas por la doctrina internacional sobre los delitos cometidos por víctimas. No obstante, las hemos readaptado para buscar la aplicación de eximentes de responsabilidad desde la dogmática penal; asimismo, hemos incluido otras clasificaciones tomando elementos o casos penales que no han sido considerados.

Tercero, y en relación con lo anterior, los casos-tipo se han formulado y agrupado de tal forma que se hallen soluciones desde la aplicación de los eximentes de responsabilidad de la teoría tripartita del delito. Para ello, se han considerado los bienes jurídicos, los peligros a los que son expuestos, los medios, así como la confluencia de otros factores de relevancia penal.

Cuarto, hemos tomado en cuenta a los instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen el principio de no punibilidad, acápite que se desarrolla en el siguiente capítulo. Precisamente, en muchos de estos se mencionan ejemplos, se reconocen algunas situaciones más comunes, y los medios que se consideran como coactivos para la realización de actividades ilícitas.

Quinto, hemos realizado una búsqueda de casos judiciales y códigos penales de Estados del marco comparado, el cual se analiza a mayor detalle en el capítulo II.

A continuación, presentamos los 4 casos-tipo, y explicaremos a mayor detalle cómo se diseñaron para los objetivos de la presente tesis.

5.1. Caso-tipo 1: Peligros reales para bienes esenciales de la víctima frente a delitos con bienes supraindividuales y de inferior jerarquía.

El caso-tipo 1 abarca las situaciones de las víctimas que cometen delitos contra bienes supraindividuales y/o de inferior jerarquía para poder salvar sus bienes esenciales. En estas situaciones de peligro, predominan los medios de coacción, amenaza, violencia. Para el diseño y ejemplos de este caso-tipo, hemos considerado instrumentos internacionales de derechos humanos, el marco jurídico comparado de Alemania, así como las clasificaciones desde la doctrina internacional.

Por un lado, con respecto a los delitos cometidos contra bienes supraindividuales, hemos recurrido a los instrumentos internacionales de derechos humanos como la R203 - Recomendación sobre el trabajo forzoso de la OIT, la sentencia V.C.L. y A.N. vs. Reino Unido del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el código penal de Alemania. Estas normativas y jurisprudencia reconocen de forma explícita que las condiciones de explotación laboral pueden involucrar que la víctima realice actos contrarios a la ley.

Aunado a lo anterior, también hemos revisado clasificaciones desde la doctrina internacional. Andreas Schloenhardt y Rebekkah Markey-Towler esbozaron tres clasificaciones de los delitos cometidos por víctimas: *Consequential Offences*, *Status Offences* y *Liberation Offences*. Para el caso-tipo 1, desarrollaremos los dos primeros, y el último lo desarrollaremos en el caso-tipo 2.

Los *Consequential Offences*, o también llamados *Duress-based*, consisten en la comisión de delitos por parte de las víctimas debido por la coacción sufrida y/o voluntad limitada (Schloenhardt y Markey-Towler, 2016, p. 14; Villacampa y Torres, 2016, pp. 774-775; Villacampa, 2023, p. 179). Es así que delitos se producen como consecuencia directa de la situación de trata de las víctimas, donde los tratantes las usan como instrumentos para la comisión de ilícitos (Schloenhardt y Markey-Towler, 2016, p. 14). Los *Consequential Offences* son cometidos como parte del trabajo o servicio forzoso al que son sometidas para generar un beneficio financiero o material en el circuito de la trata (Schloenhardt y Markey-Towler, 2016, p. 14). Es así que delitos como el tráfico de

drogas, tala ilegal u otros pueden ser parte de la explotación laboral; y, en estos ilícitos, como analizaremos en este acápite, se protegen bienes supraindividuales.

Por otro lado, con respecto a los delitos cometidos contra bienes de inferior jerarquía, hemos analizado la doctrina e instrumentos internacionales de derechos humanos. Primero, entre las clasificaciones realizadas por Schloenhardt y Markey-Towler, encontramos los *Status Offences*, o también llamados llamados *Causation-based offences* (Schloenhardt y Markey-Towler, 2016, p. 13; Villacampa y Torres, 2016, p. 774; Villacampa, 2023, p. 179). Estos corresponden a los ilícitos cometidos contra el estatus legal del Estado receptor, específicamente, nos referimos al ingreso, salida o trabajo que suele darse en condiciones irregulares por parte de las víctimas (Schloenhardt y Markey-Towler, 2016, p. 13). Adicionalmente, dentro de esta clasificación, encontramos los casos donde las víctimas falsifican sus identidades, documentos, visas, pasaportes, certificados de nacionalamiento o matrimonio (Schloenhardt y Markey-Towler, 2016, p. 13); ello con el objetivo de ingresar, permanecer o salir en el Estado receptor.

Estos ejemplos de delitos también son recogidos en instrumentos internacionales de derechos humanos como el “Manual para la lucha contra la trata de personas” elaborado por la UNDOC. Como se desprende, los delitos mencionados se dan usualmente en el proceso de trata de la víctima (Villacampa y Torres, 2016, p. 774); y, en estos ilícitos penales, se protegen bienes jurídicos de inferior jerarquía como el derecho a la fe pública.

Hemos agrupado tanto a los casos donde se protegen bienes supraindividuales y los de inferior jerarquía dentro dentro del caso-tipo 1, ya que, al enfrentarse a bienes esenciales, se puede evaluar la aplicación de algún eximente de responsabilidad como el estado de necesidad justificante.

Ahora bien, después de haber explicado el diseño del presente caso-tipo, pasaremos a desarrollar los bienes jurídicos que se protegen en los delitos mencionados. Los delitos que protegen bienes jurídicos supraindividuales son la microcomercialización de drogas o tala ilegal que forman parte del trabajo o servicio forzoso al que es sometida la víctima

en la fase efectiva de explotación. Asimismo, otros delitos que protegen bienes supraindividuales son la falsedad ideológica o cohecho activo genérico, los cuales pueden cometerse en las fases iniciales de la trata de personas. A continuación, pasaremos a describir estos.

En la fase de agotamiento de la trata de personas, las víctimas también podrían cometer delitos en el contexto de un trabajo o servicio forzoso. El trabajo forzoso, siguiendo el artículo 129-O del código penal, se realiza a través de cualquier medio o contra su voluntad. Esta cláusula abierta, “otros”, “cualquier medio” u “otro condicionamiento” puede ser dotada de contenido con los medios de la trata de personas, del artículo 129-A, como la coacción, violencia, privación de la libertad, aprovechamiento de una situación de poder o una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos, entre otros. Es así que hay diferentes acciones ilícitas que, a través de estos medios constituyen, un trabajo forzoso.

Por ejemplo, en primer lugar, encontramos a la microcomercialización de drogas. Este delito está penalizado en diferentes países como los de Asia y América²⁰; entre uno de

²⁰ Para mayor información:

https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/2022/Informe_JIFE_2021.pdf ,
<https://vlex.es/vid/penas-trafico-drogas-paises-653583277>

ellos, se encuentra el Perú que, en su artículo 298²¹ del código penal, sanciona dicha acción. Para este delito, el bien jurídico supraindividual es la salud pública²².

En segundo lugar, tenemos a los delitos contra los bosques o formaciones boscosas, establecido en el artículo 310²³; usualmente, nos estaremos refiriendo al caso de tala de bosque o formaciones boscosas, sin permiso, licencia, autorización o concesión. También, encontramos al delito de tráfico ilegal de productos forestales maderables del artículo 310-A²⁴, específicamente, el custodiar, embarcar o desembarcar, productos o especímenes forestales maderables.

En tercer lugar, observamos al artículo 307-A²⁵ que penaliza la extracción, explotación de recursos minerales metálicos y no metálicos sin contar con la autorización de la

²¹ Artículo 298.- Microcomercialización o microproducción

La pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de siete años y de ciento ochenta a trescientos sesenta días-multa cuando:

1. La cantidad de droga fabricada, extractada, preparada, comercializada o poseída por el agente no sobrepase los cincuenta gramos de pasta básica de cocaína y derivados ilícitos, veinticinco gramos de clorhidrato de cocaína, cinco gramos de látex de opio o un gramo de sus derivados, cien gramos de marihuana o diez gramos de sus derivados o dos gramos de éxtasis, conteniendo Metilendioxianfetamina – MDA, Metilendioximetanfetamina – MDMA, Metanfetamina o sustancias análogas.
2. Las materias primas o los insumos comercializados por el agente que no excedan de lo requerido para la elaboración de las cantidades de drogas señaladas en el inciso anterior.
3. Se comercialice o distribuya pegamentos sintéticos que expelen gases con propiedades psicoactivas, acondicionados para ser destinados al consumo humano por inhalación.

La pena será privativa de libertad no menor de seis años ni mayor de diez años y de trescientos sesenta a setecientos días-multa cuando el agente ejecute el delito en las circunstancias previstas en los incisos 2, 3, 4, 5 o 6 del artículo 297 del Código Penal.

²² Para mayor información sobre el bien jurídico tutelado: Prado, V. (2016). Criminalidad organizada: parte especial. Instituto Pacífico. Pp. 140-124. Asimismo, el mencionado delito se encuentra en el Capítulo III sobre delitos contra la salud pública del Código Penal.

²³ Artículo 310.- Delitos contra los bosques o formaciones boscosas

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas el que, sin contar con permiso, licencia, autorización o concesión otorgada por autoridad competente, destruye, quema, daña o tala, en todo o en parte, bosques u otras formaciones boscosas, sean naturales o plantaciones.

²⁴ Artículo 310-A.- Tráfico ilegal de productos forestales maderables

El que adquiere, acopia, almacena, transforma, transporta, oculta, custodia, comercializa, embarca, desembarca, importa, exporta o reexporta productos o especímenes forestales maderables, cuyo origen ilícito, conoce o puede presumir, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de siete años y con cien a seiscientos días-multa.

²⁵ Artículo 307-A.- Ingreso ilegal al territorio nacional de residuos peligrosos

entidad administrativa competente que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente y sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental. En estos tres casos, el bien jurídico supraindividual es el medio ambiente, que es de tipo colectivo²⁶. Es así que, en las situaciones de trabajo forzoso descritas, la víctima se encuentra bajo la sujeción del explotador.

En las fases iniciales de la trata de personas, las víctimas también podrían cometer delitos como la falsedad ideológica o cohecho activo genérico. En la falsedad genérica, se protege el bien jurídico de la fe pública, derecho a la verdad²⁷; y, en el cohecho pasivo propio, se protege a la administración pública, específicamente, la imparcialidad en su ejercicio²⁸. Ambos son de inferior jerarquía, siguiendo la clasificación de Roxin para criterios de bienes jurídicos. Este autor considera que las cuestiones de orden general, es decir, los bienes jurídicos colectivos ceden ante los individuales, como lo son la vida, salud o integridad - ya sea física o psicológica - de las víctimas.

El delito de falsedad ideológica está tipificado en el artículo 428 del Código penal peruano, el cual dice lo siguiente:

El que realice actividad de exploración, extracción, explotación u otro acto similar de recursos minerales metálicos y no metálicos sin contar con la autorización de la entidad administrativa competente que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente y sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con cien a seiscientos días-multa.

La misma pena será aplicada al que realice actividad de exploración, extracción, explotación u otro acto similar de recursos minerales metálicos y no metálicos que se encuentre fuera del proceso de formalización, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente y sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad, no mayor de tres o con prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas.

²⁶ Para mayor información sobre el bien jurídico tutelado: Prado, V. (2016). *Criminalidad organizada. Parte Especial*. Instituto Pacífico. Asimismo, los mencionados delitos están englobados el Título XIII: Delitos ambientales, Capítulo I sobre delitos de contaminación.

²⁷ Ello se sigue del [Recurso de Apelación n° 20-2018 Sullana](#) de la Corte Suprema de Justicia de la República, página 14. Además, este delito se encuentra en el Título XIX: Delitos Contra la Fe Pública.

²⁸ Para mayor información: Montoya, Y., Novoa, Y., Rodríguez Vásquez, J., Torres Pachas, D., y Guimaray, E. (2015). *Manual sobre delitos contra la administración pública*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Democracia y Derechos Humanos.

El que inserta o hace insertar, en instrumento público, declaraciones falsas concernientes a hechos que deban probarse con el documento, con el objeto de emplearlo como si la declaración fuera conforme a la verdad, será reprimido, si de su uso puede resultar algún perjuicio, con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa.

El que hace uso del documento como si el contenido fuera exacto, siempre que de su uso pueda resultar algún perjuicio, será reprimido, en su caso, con las mismas penas.

Este ilícito con frecuencia puede ocurrir en la captación y/o transporte. Es así que a la víctima se le manda, obliga o indica a presentar documentos falsificados ante una entidad de control migratorio por ser menor de edad o migrante.

El delito de cohecho activo genérico está sancionado en el artículo 397 del código penal peruano de la siguiente manera:

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años; inhabilitación, según

corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Este acto de corrupción, u otros relacionados, pueden consumarse en la situación de transporte. Ello debido a que la víctima se puede ver obligada a realizar actos de corrupción como pagar sobornos a los policías, control migratorio u otras autoridades para que le permitan transportarse de un lugar a otro por no tener los papeles regularizados o es menor de edad.

Los ilícitos penales que protegen bienes jurídicos de inferior jerarquía son, por ejemplo, el delito de daño simple o el de hurto. Acciones que se realizan bajo condiciones de explotación laboral. En las siguientes líneas, detallaremos lo expuesto.

En la fase de agotamiento del delito de trata, las víctimas podrían cometer delitos en el contexto de una servidumbre. La esclavitud, servidumbre, u otras formas de explotación laboral se encuentran tipificadas en el artículo 129 -Ñ del código penal. El primer párrafo de la redacción de este tipo penal no establece de forma explícita un medio, pero sí se debe contar con uno, dado que el tipo penal señala el “obligar” como verbo rector. El segundo sí señala de forma explícita el engaño, manipulación u otro condicionamiento. Como ya mencionamos, esta cláusula abierta “otro condicionamiento” puede ser dotada de contenido con los medios de la trata de personas, del artículo 129-A.

Uno de los supuestos de servidumbre es el de deudas. Siguiendo a la Convención de Ginebra, este se define como lo siguiente:

el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios (1956, artículo 1).

Asimismo, Pomares señala que, en la servidumbre, la apropiación del valor del trabajo y el sometimiento de la víctima a una situación de disponibilidad se consigue, por procedimientos fraudulentos, la satisfacción de una deuda indebida, o una deuda que se contrae por engaño. Es por ello que se considera una forma de obligar a “aceptar” la condición de trabajador bajo una situación de sumisión al autor mientras la deuda no se satisfaga (2011, pp. 15-20). Cuando las víctimas tienen una deuda por saldar, se les podría obligar a hurtar víveres o autopartes para cubrir parte o el total de lo presuntamente adeudado. En este delito, se protege el patrimonio como bien jurídico.

El hurto, siguiendo el artículo 185, consiste en lo siguiente:

El que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años. Se equiparan a bien mueble la energía eléctrica, el gas, los hidrocarburos o sus productos derivados, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético y también los recursos pesqueros objeto de un mecanismo de asignación de Límites Máximos de Captura por Embarcación.

Y, en su artículo 186, numeral 9, se establece como una circunstancia agravante si se da “sobre vehículo automotor, sus autopartes o accesorios”.

Para finalizar el apartado del caso-tipo 1, es importante señalar que, para la presente investigación, no abordaremos los casos que, bajo la jurisdicción peruana, contemplan

sanciones administrativas. Ejemplo de ello es el ejercer la prostitución²⁹ o ser migrante en situación irregular³⁰.

Las situaciones que se esglosan previamente pueden solucionarse mediante la aplicación del estado de necesidad justificante de la categoría antijuridicidad. Ello se abordará en el capítulo III.

5.2.Caso-tipo 2: Peligros reales para bienes esenciales frente a delitos con bienes esenciales de superior o igual jerarquía.

Este segundo escenario contempla los casos, donde existen peligros reales para bienes esenciales de la víctima frente a delitos con bienes esenciales de superior o igual jerarquía de la potencial víctima (como la libertad sexual, vida, dignidad). Ello puede englobar las situaciones donde la víctima i) capta, transporta, traslada, entre otros a personas para fines de explotación sexual o laboral, ii) realiza acciones de favorecimiento como la supervisión de las nuevas víctimas de trata u explotación en el lugar, o iii) como parte de las finalidades ilícitas a las que se le destina, se dedica, por ejemplo, al sicariato o al secuestro. En todos estos escenarios, continúa en el contexto de trata de personas, ya sea como víctima en situación de explotación, o aquella que fue cambiada de rol para una mayor funcionalidad del sistema de trata de personas.

²⁹ En el Perú, este puede acarrear sanciones administrativas, como el pago de multas, a nivel de las Municipalidades y Gobiernos regionales. Para mayor información: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ordenanza-que-prohibe-el-ejercicio-de-la-prostitucion-en-tod-ordenanza-no-479-cdlo-1667822-1/>, <https://muniica.gob.pe/transparencia/GESTION2021/Ordenanzas2021/ODENANZA%20MUNICIPAL%20N%c2%ba006%20-2021-MPI.pdf>, <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2971240/file04852.pdf.pdf>, <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ordenanza-que-prohibe-el-ejercicio-de-la-prostitucion-en-tod-ordenanza-no-451mdsjm-1960613-1/>

³⁰ Cabe destacar que, en la migración irregular solo se sanciona a aquel que promueve, favorece, financia o facilita de forma ilícita el ingreso o salida de migrantes. Es así que el artículo 303-A del Código penal peruano dice lo siguiente: “El que promueve, favorece, financia o facilita la entrada o salida ilegal del país de otra persona, con el fin de obtener directa o indirectamente, lucro o cualquier otro beneficio para sí o para tercero, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años”

Para la construcción de este caso, hemos tomado en el marco jurídico comparado, así como doctrina internacional. Primero, en un caso de Argentina, se aplicó la excusa absolutoria de su código penal para un caso donde víctimas de trata fueron acusadas de someter a otras a esa misma situación. Este caso lo desarrollaremos de forma más amplia en el marco jurídico de Argentina. Segundo, dentro de las clasificaciones de Andreas Schloenhardt y Markey-Towler, encontramos los *Liberation Offences*. Esta clasificación consiste en que, en un intento de liberarse de la situación de trata o de mejorar su situación, las víctimas colaboran con sus tratantes en la captación, explotación, recepción, entre otros de otras potenciales víctimas (2016, p. 15).

Luego de haber desarrollado la construcción de este caso-tipo, analizaremos los delitos específicos y los bienes jurídicos que se protegen en estos. Si la víctima capta, transporta, traslada, entre otros a personas para fines de explotación sexual, laboral u otros relacionadas, estamos ante el delito de trata de personas. Como lo habíamos desarrollado, este ilícito protege el bien jurídico dignidad - no cosificación. Bien jurídico que es de igual valor que el de la potencial víctima, dado que su dignidad, al ingresar en el circuito de trata, también será mellada.

Si la víctima, quien ya se encuentra en el circuito de trata, realiza acciones de favorecimiento como la supervisión de las nuevas víctimas de trata u explotación, también cometería el delito de trata de personas. Ello debido a que el numeral 5 del artículo 129-A, que criminaliza la trata, dice que se castiga con igual pena al “agente que promueve, favorece, financia o facilita la comisión del delito de trata de personas”. En estas situaciones, también se afecta el bien jurídico esencial de dignidad humana - no cosificación tanto para la víctima que está en el circuito como para la potencial. Es así que estamos ante bienes jurídicos de igual valía.

Finalmente, si una víctima, como parte de las finalidades ilícitas a las que se le destina, se dedica, por ejemplo, al sicariato o al secuestro. Estaría incurriendo en ilícitos penales, donde, en el primer caso, se vulnera la vida humana; y, en el segundo caso, la libertad personal. Los bienes jurídicos vida humana y libertad personal también son esenciales

para las potenciales víctimas, y tienen igual valía que la dignidad humana-no cosificación de la víctima que se encuentra, actualmente, en el circuito.

Para estos casos, en el capítulo III, analizaremos a los eximentes de responsabilidad de la culpabilidad. De antemano, descartaremos, y, por ende, no analizaremos el estado de necesidad de justificante de la antijuridicidad, ya que los intereses contrapuestos son de igual o superior valor, lo que impide la preponderancia de uno sobre otro.

5.3.Caso-tipo 3: Aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad subjetivo/personal.

El caso-tipo 3 abarca aquellas situaciones donde el medio de sometimiento a las víctimas es la situación de vulnerabilidad; y, a partir de esto, se generan peligros a algunos bienes jurídicos específicos.

Este caso fue esbozado tomando en consideración los distintos matices en el circuito de la trata de personas, donde las víctimas son vulnerables por factores sociales, económicos, subjetivo personales, entre otros. Es así que el caso-tipo 3 engloban supuestos complejos y de mucha diversidad. Asimismo, este caso se diseñó tomando en cuenta que ni los instrumentos internacionales de derechos humanos ni el marco jurídico comparado mencionan de forma explícita el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad subjetivo/personal como una forma de coaccionar u obligar a alguien a realizar un acto ilícito.

Sin perjuicio del no reconocimiento explícito, es importante analizar la situación de vulnerabilidad como un medio que puede someter de forma efectiva a las víctimas para cometer ilícitos, aún más considerando los matices y cambios en el circuito de la trata. Siguiendo a Andreas Schloenhardt y Rebekkah Markey-Towler, muchos tratantes amenazan a sus víctimas para que no busquen ayuda con las autoridades, ya que corren el riesgo de ser detenidas, sancionadas y devueltas a su lugar de origen. Es así que las leyes existentes y su aplicación proporcionan una herramienta útil para los tratantes; por

ello, es innecesario emplear métodos más contundentes para evitar que las víctimas escapen (2016, p. 14), y, por ende, continúen realizando acciones ilícitas.

Como lo habíamos desarrollado el abuso de una situación de vulnerabilidad, siguiendo el Acuerdo Plenario 06- 2019/CJ-116, se da cuando el sujeto activo se aprovecha de una situación de desventaja en la que se encuentra la víctima (Corte Suprema de Justicia de la República, 2019, fundamento 17). Entre estas, encontramos situaciones de vulnerabilidad física (edad, discapacidad física, gestación, desnutrición severa o moderada), psicológica (antecedentes de victimización, estigmatización, desvinculación familiar, dependencia emocional), antropológica - social (lengua, pobreza, condición de migrante), mental (experiencias traumáticas, trastornos psicóticos, adicciones) (Caro *et al.*, 2018, pp. 18-27; Ministerio Público - Fiscalía de la Nación, 2019, p. 42-57). Asimismo, determinar que una persona se encuentra en esta situación dependerá de cada contexto socio-cultural y económico (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008, punto 4).

Esta situación de vulnerabilidad nos da indicios de que la víctima es especialmente pasible de estar a disposición del tratante, al punto de realizar conductas ilícitas bajo sus órdenes o influencia. Esta condición preexistente como el ser huérfano o no tener recursos económicos se mantiene con el tiempo si la víctima es tratada, sobre todo desde muy joven, ya que no tuvo otras opciones de desarrollarse (vínculos afectivos, manera de subsistir, relacionarse).

Los casos donde se somete a la víctima a través de una situación de vulnerabilidad son complejos. Ello debido a que se cuestionan los siguientes puntos: i) la gravedad o realidad del peligro, así como ii) la relevancia de los bienes jurídicos que se buscan proteger. Para esclarecer lo mencionado, en el capítulo III, primero, analizaremos los diferentes tipos de situación de vulnerabilidad; luego de ello, los dos temas problemáticos, es decir, la gravedad o realidad del peligro, y los bienes jurídicos que se buscan proteger. Finalmente, en ese mismo capítulo, resolveremos los casos aplicando

la eximente de responsabilidad del miedo insuperable, dado que, en la mayoría de las situaciones presentadas, se involucran términos subjetivos o de evaluación personal.

5.4.Caso-tipo 4: Inexistencia de medios, no sujeción, y desvinculación de tiempo y espacio.

El caso-tipo 4 ocurre cuando, después de un largo tiempo de no ser tratada o explotada, y no estar bajo la sujeción de terceros, la víctima ingresa nuevamente o se mantiene en un contexto de trata de personas para realizar actos de trata u otros relacionados a la explotación humana.

Específicamente, analizaremos diferentes casos de víctimas que fueron liberadas o huyeron del circuito de trata de personas; y, después de un largo tiempo de no estar bajo la sujeción de los tratantes, retornan de forma voluntaria al contexto de trata. O, reingresan pero a otros contextos de trata, aunque ahora para ejercer roles de liderazgo, como captar a otras víctimas, o de cooperación, como supervisar a las víctimas que ya se encuentran en el circuito.

También, se pueden incluir los casos de víctimas que ejercen los roles mencionados, pero nunca salieron del circuito de trata, y no se observa ningún medio de sometimiento sobre ellas como violencia, amenaza, situación de vulnerabilidad existente, entre otros medios.

En estos casos, considero que no puede aplicarse alguna eximente de responsabilidad completa. Ello será explicado a mayor detalle en el capítulo III.

Cabe precisar que, para el diseño de este caso, nos guiamos de jurisprudencia: una peruana y otra de la Corte Penal Internacional. En Perú, la Corte Superior de Justicia del Cusco resolvió la situación de una tratante, que tenía antecedentes de victimización de trata, pero que, aparentemente, ya no se encontraba vinculada a sus tratantes. Es así que creó su propio NightClub para captar a menores de edad para su explotación. En la

Corte Penal Internacional, se analizó el caso de un ex niño soldado que, según criterio de la mencionada instancia, no tenía algún medio de sujeción o sometimiento, si no un rol de liderazgo en actos relacionados a la trata de personas y explotación humana. Cabe destacar que ambos casos serán analizados a mayor detalle en los siguientes capítulos.



**Cuadro de elaboración propia para comprender las características particulares
de los cuatro caso-tipo diseñados**

Clasificación	Bienes protegidos de la víctima	Bienes de terceros que vulnera la víctima	Medios a los que es sometida para cometer los ilícitos	Delitos que la víctima cometería para proteger sus bienes	Contexto en el que desarrolla dentro del circuito de trata de personas
Caso-tipo 1	Bienes esenciales (ej. Vida, salud, integridad)	Bienes jurídicos supraindividuales	Coacción Violencia Privación de la libertad Abuso de poder Entre otros	Microcomercialización de drogas (bj. Salud pública) Tala ilegal (bj. Medio ambiente) Tráfico ilegal de productos forestales maderables (bj. Medio ambiente) Extracción, explotación de recursos minerales sin autorización (bj. Medio ambiente)	Fase de explotación laboral efectiva (Trabajo o servicio forzado)
		Bienes jurídicos de inferior jerarquía	Engaño Manipulación Otro medio	Falsedad ideológica (bj. Fe pública, derecho a la verdad) Cohecho activo genérico (bj. Administración pública)	Fases iniciales de la trata (captación, transporte)
Caso-tipo 2	Bienes esenciales (dignidad humana, libertad sexual, salud integral)	Bienes esenciales de superior o igual jerarquía al de las víctimas	Coacción Violencia Privación de la libertad Abuso de poder Entre otros	Trata de personas (bj. Dignidad humana) Explotación humana (bj. Dignidad humana)	Fase de explotación efectiva Cambio de rol (a tratante o explotador) para mayor funcionalidad del sistema de trata
			Sicariato (bj. Vida) Secuestro (bj. Libertad ambulatoria)	Fase de explotación efectiva	
Caso-tipo 3	Bienes esenciales (salud física, salud mental, proyecto de vida, vida)	Bienes esenciales de superior o igual jerarquía al de las víctimas Bienes jurídicos supraindividuales Bienes jurídicos de inferior o igual jerarquía	Situación de vulnerabilidad (física, psicológica, antropológica-social, mental)	Trata de personas (bj. Dignidad humana) Explotación humana (bj. Dignidad humana) Entre otros	Fase de explotación efectiva Cambio de rol (a tratante o explotador) para mayor funcionalidad del sistema de trata Fases iniciales de la trata (captación, transporte)
Caso-tipo 4	No existen bienes esenciales en peligro, debido a que no se encuentra una situación actual de trata o explotación.	Bienes esenciales	No existen medios, ni sujeción. Adicionalmente, hay desvinculación de tiempo y espacio.	Trata de personas (bj. Dignidad humana) Explotación humana (bj. Dignidad humana)	Se encuentra fuera del circuito de trata y retornó después de salir de este

6. Conclusiones preliminares del capítulo I

- El delito de trata de personas ha tenido una evolución tanto a nivel internacional como nacional. Los cambios se han evidenciado tanto en i) los sujetos pasivos – tanto mujeres como hombres - que se consideran como víctimas, ii) la formulación del tipo con, ahora, tres elementos, iii) las finalidades que persigue, siendo ahora diversas y más allá de la explotación sexual.
- El delito puede clasificarse de diversas maneras. Desde el derecho penal, nos encontramos ante un delito de actos alternativos y de tendencia interna trascendente. Desde la criminología, estamos ante un delito proceso, dado que es un circuito que suele concluir con la explotación efectiva de la víctima. Las clasificaciones expuestas, desde el sistema penal integral, son complementarias y permiten explicar en la realidad este fenómeno delictivo.
- Sobre el bien jurídico protegido en la trata de personas, encontramos tres posiciones principales: la libertad, la pluralidad de bienes jurídicos y la dignidad. En la presente tesis, adoptamos la posición de la dignidad-no cosificación del ser humano. Postura reconocida de forma amplia en la jurisprudencia y doctrina nacional e internacional.
- El delito de trata de personas es tripartito, ya que tiene como elementos: i) conductas, ii) medios, y iii) fines. En el caso de menores de edad, se presume su no consentimiento; por ello, no se exigen los medios para la consumación de este delito.
- Las conductas de la trata son captar, transportar, trasladar, acoger, recibir, o retener. En algunas de estas, las víctimas pueden estar más expuestas a cometer ilícitos penales, como en la captación y transporte.
- Los medios son, por ejemplo, la amenaza o coacción, engaño, abuso de poder o vulnerabilidad. Estos someten la voluntad de las víctimas mayores de edad, y podrían condicionarlas a cometer delitos.
- Los fines incluyen la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, trabajos o servicios forzados, esclavitud o prácticas análogas, extracción de órganos, servidumbre, entre otros. Usualmente, las acciones ilícitas

se dan en contextos de explotación laboral como el trabajo o servicio forzoso, servidumbre y esclavitud.

- La presente tesis propone cuatro casos-tipo, donde las víctimas cometen ilícitos en el circuito de la trata de personas. Para su diseño, se han tomado en consideración algunos criterios como i) la concepción criminológica de la trata: es un delito proceso, ii) clasificaciones realizadas por la doctrina internacional, iii) la lógica de la teoría tripartita del delito, iv) los instrumentos internacionales de derechos humanos sobre el principio de no punibilidad, y v) casos judiciales y códigos penales de Estados del marco comparado.
- El caso-tipo 1 abarca las situaciones de las víctimas que cometen delitos contra bienes supraindividuales y/o de inferior jerarquía para poder salvar sus bienes esenciales.
- El caso-tipo 2 involucra situaciones, donde existen peligros reales para bienes esenciales de la víctima frente a delitos con bienes esenciales de superior o igual jerarquía de la potencial víctima (como la libertad sexual, vida, dignidad). Dentro de estos casos, podemos encontrar situaciones donde la víctima i) capta, transporta, traslada, entre otros a personas para fines de explotación sexual o laboral, ii) realiza acciones de favorecimiento como la supervisión de las nuevas víctimas de trata u explotación en el lugar, o iii) como parte de las finalidades ilícitas a las que se le destina, se dedica, por ejemplo, al sicariato o al secuestro.
- El caso-tipo 3 abarca aquellas situaciones donde el medio de sometimiento a las víctimas es la situación de vulnerabilidad; y, a partir de esto, se generan peligros a algunos bienes jurídicos específicos. Los casos donde se somete a la víctima a través de una situación de vulnerabilidad son complejos. Ello debido a que se cuestionan los siguientes puntos: i) la gravedad o realidad del peligro, así como ii) la relevancia de los bienes jurídicos que se buscan proteger.
- El caso-tipo 4 ocurre cuando, después de un largo de tiempo de no ser tratada o explotada, y no estar bajo la sujeción de terceros, la víctima ingresa nuevamente o se mantiene en un contexto de trata de personas para realizar actos de trata u otros relacionados a la explotación humana.

CAPÍTULO II: ENFOQUES, PRINCIPIOS Y MARCOS JURÍDICOS APLICABLES A LA VALORACIÓN DE LOS CASOS-TIPO EN LOS QUE LAS VÍCTIMAS DELINQUEN

En el presente capítulo, abordaremos algunos elementos como los enfoques socio-jurídicos, instrumentos internacionales de derechos humanos, y marcos jurídicos comparados. Estos nos dan luces para las propuestas de solución que se plantearán desde la dogmática penal para eximir de responsabilidad penal – en la mayoría de casos - a las víctimas que delinquen. Los elementos mencionados deben conversar con la dogmática jurídico-penal funcional, ya que conllevan a brindar soluciones holísticas que toman en cuenta otras ramas, principios y fuentes del derecho. A continuación, mencionaremos cada uno de estos elementos.

1. Enfoques transversales para abordar la trata de personas

Para resolver los casos-tipo propuestos, es indispensable considerar los enfoques transversales como el de derechos humanos, de género, interseccional y victimocéntrico. Ello debido a que el Acuerdo Plenario n° 01-2015 establece que la doctrina internacional y nacional sobre, por ejemplo, enfoques de género o el interseccional debe ser insertada en el razonamiento y argumentación de las decisiones judiciales. Sobre todo, se hace énfasis en su aplicación para aquellos casos de violencia física, sexual o cualquier forma de discriminación (Corte Suprema de Justicia de la República, 2015, fundamento 16). Los enfoques nos permitirán establecer parámetros y una visión transversal de los distintas categorías dogmático-penales y la aplicación de sus eximentes para los casos-tipo propuestos.

En las siguientes líneas, desarrollaremos cada uno de estos enfoques transversales.

1.1. Enfoque de derechos humanos

El primer enfoque necesario para abordar el fenómeno de la trata de personas es el de derechos humanos. Este enfoque nos obliga a garantizar y satisfacer los derechos de

víctimas de un delito; y, en este caso, las víctimas no solo son las que son objeto de la acción (captación, transporte, etc.), sino también aquellas que son utilizadas para ello.

Para continuar con la explicación del enfoque de derechos humanos, es importante definir qué son los derechos humanos. Esbozando un concepto amplio, “los derechos son pretensiones o expectativas que un sujeto, de manera fundada, tiene de que otros sujetos hagan o dejen de hacer algo en relación con sus intereses o necesidades” (Aparicio y Pisarello, 2008, p. 141). Y, este sujeto que tiene estas expectativas es usualmente un ser humano individual. Por ello, generalmente, las sociedades actuales aspiran a proteger los intereses o necesidades básicas, como el derecho a la salud, a la libertad de expresión, a la educación, las cuales se consideran derechos “humanos” (Aparicio y Pisarello, 2008, p. 144).

En ese sentido, los derechos - partiendo de la definición esbozada - son “expectativas generalizables”, donde cualquier persona tiene acceso o debería tenerlo por el solo hecho de serlo. Con ello, se busca generar seguridad jurídica y evitar situaciones discriminatorias. Asimismo, siguiendo a Aparicio y Pisarello, los derechos pueden partir de las necesidades, que se convierten en exigencias, de los más vulnerables frente a los que detentan el poder, ya sea en el sector público o privado (2008, p. 143).

Por lo mencionado, los Estados, que tienen como principios la dignidad y equidad de los seres humanos, tienen obligaciones de respetar y garantizar los derechos de los ciudadanos. Es así que el derecho internacional de los derechos humanos, particularmente con la adopción de tratados, “consagra los catálogos de derechos humanos, que deben ser respetados y garantizados por el Estado frente a todo individuo sujeto a su jurisdicción, y mecanismos de supervisión del cumplimiento de estas obligaciones por parte de los Estados” (Medina, 1996, p. 5). De igual forma, siguiendo el principio de progresividad³¹, los Estados pueden abarcar más derechos en su ordenamiento interno.

³¹ Ello parte del artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual dice lo siguiente: “Artículo 40, 1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a presentar informes sobre las

Cada tratado de derechos humanos establece obligaciones específicas para los Estados que lo ratifican o que a él acceden. En el caso del Estado peruano, este ha suscrito, entre otros, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana.

Dentro de las obligaciones específicas, encontramos las de respetar y garantizar. El artículo 2.1 del Pacto y el artículo 1 de la Convención Americana establece lo siguiente sobre estas dos obligaciones: respetar los derechos humanos de todos los individuos, y garantizar su ejercicio y goce en su jurisdicción (Medina, 1996, p. 12). Por un lado, “la obligación de respetar exige que el Estado y sus agentes no violen los derechos humanos establecidos en el Pacto y en la Convención, respectivamente”. Es así que la primera obligación del Estado es asegurar que las normas internacionales operen dentro de su jurisdicción. Por ejemplo, incorporando dichas normas o dictando normas internas que las reproduzcan, también, revisando su legislación interna para eliminar las discrepancias que puedan existir entre ella y las normas internacionales, es decir, deberá hacer un proceso de adecuación (Medina, 1996, pp.12-13).

Por otro lado, “la obligación de garantizar exige al Estado emprender las acciones necesarias para asegurar que todos los habitantes en el territorio del Estado o sujetos a la jurisdicción del Estado estén en condiciones de ejercerlos y de gozarlos” (Medina, 1996, p. 12). Sobre la segunda obligación, el caso Velásquez Rodríguez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dice lo siguiente:

166. La segunda obligación de los Estados partes es la de ‘garantizar’ el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a

disposiciones que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos: a) En el plazo de un año a contar de la fecha de entrada en vigor del presente Pacto con respecto a los Estados Partes interesados; b) En lo sucesivo, cada vez que el Comité lo pida”.

través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir; investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos (1988, pp. 12-13).

En ese sentido, los derechos humanos implican que el Estado no solo no viole los derechos, sino que, además, emprenda acciones positivas. Estas deben hacer posible que todos los habitantes sujetos a la jurisdicción de ese Estado ejerzan y gocen de sus derechos humanos (Medina, 1996, p. 13). En razón de ello, se debe buscar el restablecimiento de los derechos y reparación de daños de las víctimas de trata de personas.

A parte de las obligaciones mencionadas anteriormente, también contamos con la obligación de adoptar medidas para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto y en la Convención. Es así que, tanto el Pacto, en su artículo 2.2., como la Convención en su artículo 2, consagran la obligación del Estado parte de “adoptar las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos” en el Pacto o en la Convención, respectivamente (Medina, 1996, p. 14). Por ejemplo, ello abarca que el Estado implemente políticas públicas efectivas que eviten el reingreso de las víctimas al circuito de la trata de personas, ya sea como víctimas o tratantes. Esto se puede procurar a través de las asistencias sociales, psicológicas y económicas adecuadas.

Es importante recordar que el sistema de supervisión internacional “es subsidiario y presupone la existencia de un sistema nacional de protección de los derechos humanos y de prevención de las violaciones” (Medina, 1996, p. 5). Los Estados son los que deben consagrar en su ordenamiento jurídico los derechos. Por ejemplo, el Estado peruano suscribió 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. Por ello, se publicó la Ley n° 30364 – Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, la cual reconoce al enfoque de derechos humanos (Congreso de la República del Perú, 2015, artículo 3). Asimismo, el Estado peruano adoptó en su derecho interno las obligaciones establecidas en dicho protocolo, como la tipificación del delito de trata con los tres elementos: conductas, medios y finalidades de la trata.

Ahora bien, este mismo protocolo, que suscribió el Estado peruano, establece puntos que se pueden relacionar con las situaciones de víctimas que cometen ilícitos. En su artículo 6, numeral 2 lo siguiente sobre la asistencia y protección a las víctimas:

2. Cada Estado Parte velará por que su ordenamiento jurídico o administrativo interno prevea medidas con miras a proporcionar a las víctimas de la trata de personas, cuando proceda:

- a) Información sobre procedimientos judiciales y administrativos pertinentes;
- b) Asistencia encaminada a permitir que sus opiniones y preocupaciones se presenten y examinen en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa.

En los casos de trata de personas, las víctimas podrían señalar que están preocupadas por las acusaciones que puedan realizar los tratantes contra ellas. Algunas de estas pueden estar vinculadas a ilícitos cometidos en el circuito de la trata de personas. Además, en el caso de haber realizado hechos ilícitos, estos pueden ser un factor de miedo o sojuzgamiento por parte de los tratantes o explotadores. Por todo lo anterior, deben adoptarse medidas encaminadas a garantizar su asistencia en los procesos penales, y brindar vías que las mantenga en calma frente a sus preocupaciones y que les permitan tomar decisiones sin coerción.

El numeral tres del mismo artículo 6 asevera que:

3. El Estado Parte considerará la posibilidad de aplicar medidas destinadas a prever la recuperación física, psicológica y social de las víctimas de la trata de personas, (...) en particular mediante el suministro de:

- a) Alojamiento adecuado;
- b) Asesoramiento e información, en particular con respecto a sus derechos jurídicos, en un idioma que las víctimas de la trata de personas puedan comprender;
- c) Asistencia médica, psicológica y material; y
- d) Oportunidades de empleo, educación y capacitación (2000).

Lo mencionado no se logrará si las víctimas de trata de personas se encuentran cumpliendo una condena en un establecimiento penitenciario, dado que este no tiene las condiciones adecuadas para la recuperación de una persona con antecedentes de este tipo de victimización.

Aunado a lo anterior, el artículo 7 del Protocolo de Palermo versa sobre el régimen aplicable a las víctimas de la trata de personas en el Estado receptor, el cual especifica que:

1. Además de adoptar las medidas previstas en el artículo 6 del presente Protocolo, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar medidas legislativas u otras medidas apropiadas que permitan a las víctimas de la trata de personas permanecer en su territorio, temporal o permanentemente, cuando proceda.
2. Al aplicar la disposición contenida en el párrafo 1 del presente artículo, cada Estado Parte dará la debida consideración a factores humanitarios y personales (2000).

Cuando una víctima de trata de personas se encuentra en un Estado del que no es connacional, es probable que el proceso de transporte o estancia haya sido o sea irregular. Asimismo, puede haber cometido algún ilícito penal en el circuito de la trata como el cohecho a funcionarios de las fronteras o la falsificación de documentos para su ingreso al nuevo territorio. En ese sentido, una medida que considere sus factores humanitarios y personales - como lo dispone el protocolo - no corresponde con el encarcelamiento en un establecimiento penitenciario del Estado receptor.

Finalmente, el artículo 9 del protocolo se refiere a la prevención de la trata de personas. En ese sentido, dice lo siguiente:

1. Los Estados Partes establecerán políticas, programas y otras medidas de carácter amplio con miras a:
 - a) Prevenir y combatir la trata de personas; y
 - b) Proteger a las víctimas de trata de personas, especialmente las mujeres y los niños, contra un nuevo riesgo de victimización (2000)

Precisamente, la letra b hace alusión a prevenir el riesgo de una nueva victimización, lo que sin lugar a dudas no se cumpliría si la víctima es sentenciada penalmente por circunstancias que la conllevaron a cometer ilícitos en el circuito. En un centro penitenciario, no tendría las condiciones para su atención y cuidado, imponiendo una nueva forma de castigo y victimización, aunque ahora desde el sistema de justicia penal.

Cabe destacar que, en el caso de las opiniones del Comité y de la Comisión, “a pesar de no ser sentencias propiamente tales, constituyen una interpretación de las normas de derechos humanos que el Estado al que afectan no puede ignorar sin consecuencias” (Medina, 1996, p. 6). Y, en el caso de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estas son jurídicamente vinculantes para cualquier Estado parte, aún así no haya sido hallado responsable en la controversia. Caso contrario, se incurre en responsabilidad internacional (Medina, 1996, p. 6).

Otra forma de actuar con un enfoque de derechos humanos es a través de la aplicación del principio de no punibilidad. En palabras de Villacampa, con la proclamación de este principio, “se pretende, desde la aproximación a la trata centrada en la salvaguarda de los derechos humanos de las víctimas, evitar que las mismas sean victimizadas doblemente: primero, por el propio proceso de trata, y después, por la responsabilización institucional a la que a menudo se ven sometidas como consecuencia de haber sufrido tal proceso de despersonalización” (2022, p. 2). Existen instrumentos internacionales de derechos humanos que lo abarcan, los cuales serán expuestos en el acápite correspondiente de este capítulo.

Finalmente, D’Cunha sostiene que una orientación de derechos humanos a la trata también debe tener en cuenta las diferencias y disparidades de género, y centrarse en la realización de los derechos humanos (2002, pág. 9), el enfoque de género será abordado de forma amplia en el siguiente acápite.

Como hemos visto, el enfoque de derechos humanos es de suma relevancia para las soluciones que se plantearán desde la dogmática penal. Ello debido a que nos exige concentrarnos en la víctima de actos de violación de derechos humanos, que fue sometida a la trata o explotación. Desde una visión negativa, el rol del Estado es no violar los derechos de las víctimas. Esto no se cumpliría si después de sobrevivir a la trata, ahora la víctima debe ser sometida al juzgamiento y condena por parte de la jurisdicción estatal. Estas acciones configurarían una clara revictimización a su persona. Desde una visión positiva, el Estado debe emprender acciones positivas como el garantizar el ejercicio y goce de los derechos humanos de las personas como lo son las víctimas. Por ejemplo. Se deben garantizar programas para su rehabilitación y agencia sobre su proyecto de vida.

1.2. Enfoque de género

El enfoque de género distingue que el género corresponde a los roles, cualidades, conductas, sentires que socialmente y de forma binaria se les asigna a las personas,

según su sexo biológico. En las sociedades, se tiende a estereotipar a las mujeres como madres, amas de casa, objeto sexual de placer masculino, con conductas de obediencia y sumisión, con cualidades de ser confiables, recatadas o inocentes; mientras que los hombres son considerados como proveedores, sexualmente activos y disponibles, con conductas de imposición. Cabe destacar que, siguiendo a D’Cunha, los atributos socialmente determinados para ambos sexos también están vinculados con sus funciones domésticas y productivas en la esfera pública (2002, pág. 6).

Extropolando ello al circuito de la trata de personas, observamos que los estereotipos de género establecen los roles que tendrán las mujeres como víctimas; también, evitan su identificación rápida como víctimas por parte de los operadores de justicia.

Las mujeres cumplen los siguientes roles estereotipados en el circuito de la trata: i) ser objeto de placer sexual masculino en la explotación sexual, ii) ser amas de casa en la explotación laboral doméstica, y iii) debido a que generarían un mayor grado confianza y fiabilidad, se les asigna el captar a otras víctimas para el circuito de la trata.

Aunado a lo anterior, los estereotipos de género no permitirían identificar como víctimas a aquellas mujeres con antecedentes de victimización que cometen delitos. Ello debido a que no calzarían en los estereotipos de inocencia o de ser confiable. Estos constructos sociales impedirían que - más allá de los imaginarios sociales - los operadores de justicia y la sociedad reconozcan que una víctima, bajo determinadas condiciones propias de la trata, puede encontrarse en un dilema ético y ser sometida para cometer actos ilícitos. El impedir el acceso a la justicia a las víctimas de trata – mayoritariamente mujeres - por la aplicación de estereotipos de género constituye una forma de violencia de género (Díaz, 2022, pp. 116-117). Sin perjuicio de ello, además, permite resaltar la importancia de aplicar el enfoque de género en estos casos para entender que los estereotipos “no resultan criterios de valoración objetivos para determinar la calidad de víctima de una mujer sino, por el contrario, constituyen formas de reforzar un sistema de género que las subordina y, consecuentemente, las discrimina” (Díaz, 2022, pp. 116-117).

Ahora bien, el enfoque de género no solo debe considerar el factor del sexo biológico, también debe tomar en cuenta otros factores como la clase, etnia, cultural, edad, entre otros. Es decir, debe conversar con el enfoque interseccional para observar otras desigualdades interrelacionadas. Por ello, el enfoque de género debe ser visto en la vivencia de cada persona, tomando en cuenta la sociedad en la que habita.

Aunado a lo anterior, el enfoque de género también debe considerar el enfoque centrado en los derechos humanos, principalmente, cuando nos enfocamos en la prevención y acción frente a la trata de personas. En la actualidad, la discriminación de género contra las mujeres y las niñas se reconoce como una negación fundamental de los derechos humanos y debe estar en el centro de las iniciativas de desarrollo (D'Cunha, 2002, p. 9).

Siguiendo al mismo autor, es importante analizar que, en la trata de personas, el factor de género representa una relevante forma de vulnerabilidad, la cual puede ser observada desde la oferta, así como la demanda en la trata. En otras palabras, la oferta y la demanda de la trata está también condicionada por el género.

Desde la oferta, observamos varios escenarios que denotan el factor de género. Primero, tenemos los procesos de desarrollo que son globalizados y basados en el género, donde se marginan a las mujeres de la educación y el empleo. Un ejemplo de ello es que, en la división del trabajo por género, a las mujeres se les asigna la economía del cuidado no remunerada (D'Cunha, 2002, p. 14). Esto se observa, claramente, en los casos de trata de personas, donde son pasibles de ser víctimas de explotación laboral, en la modalidad de servidumbre para el trabajo doméstico.

Segundo, encontramos a las prácticas culturales de género, discriminación por género, y otras formas de violencia en las familias y las comunidades. Ello corresponde, por ejemplo, a la venta de mujeres y niñas para contraer matrimonio; y a la venta de mujeres y niñas para la prostitución forzada (D'Cunha, 2002, p. 16). Como hemos esbozado, las víctimas son mayoritariamente mujeres y son destinadas a la explotación sexual. En ese sentido, los imaginarios relacionados a la pureza y sexualidad de las mujeres adquieren

un valor atractivo para el mercado. En nuestra globalizada estructura económica, varios factores son esenciales para comprender la trata con fines de explotación sexual. Entre las perspectivas que más resaltan, a parte del género, tenemos preferentemente a: i) la de la desigualdad y la pobreza, ya que son las condiciones características que – en gran medida – permiten este lucrativo negocio, y ii) su internacionalización y sus conexiones, cada vez más resaltantes con la criminalidad organizada a nivel mundial (Maqueda, 2000, p. 24).

Desde la demanda, siguiendo a D’Cunha, la globalización ha creado una demanda de mano de obra de género para algunos sectores industriales. Estos se encuentran vinculados a la industria del sexo y del trabajo doméstico. Es así que la migración feminizada y la trata de mujeres responden en gran medida a esta realidad que busca la comercialización de servicios sexuales (2002, p.17), así como a la precarización de los quehaceres del hogar. Si consideramos factores de vulnerabilidad como la condición migrante, y las desigualdades económicas y sociales, es altamente probable que algunas mujeres vean como una forma de supervivencia económica el prestar servicios sexuales o domésticos de forma precarizada.

También, la demanda de estos puestos de trabajo no solo está marcada por el factor de género, sino por las desigualdades económicas, y los estereotipos de nacionalidad y raza. Los nacionales de los países de destino que disfrutan de algún grado de protección social no aceptan dichos trabajos, pero estas condiciones son aceptadas por las mujeres de los países más pobres donde el desempleo es alto, los salarios son mucho más bajos y las redes de seguridad social están ausentes (2002, p. 18). Estas condiciones pueden ser aceptadas por representar una salida a las desigualdades económicas y sociales para la propia víctima, así como para sus familias en situación de indefensión.

Es importante destacar que el enfoque de género tiene reconocimiento en la jurisprudencia vinculante a nivel nacional, así como normativa. Primero, mediante el Acuerdo de Sala Plena n° 141-2016, se instituyó el “Enfoque de Género” como una

política a ejecutar por el Poder Judicial en todos sus niveles y estructuras organizacionales (Corte Suprema de Justicia de la República, 2016).

Segundo, el Acuerdo Plenario n° 001-2016/CJ-116 afirma que la sanción penal no es suficiente para erradicar la violencia contra la mujer, si no que los operadores deben aplicar el enfoque de género en sus decisiones (Corte Suprema de Justicia de la República, 2017, fundamento 15).

Tercero, la sentencia del Expediente n° 05121-2015-PA/TC señala que "constituye una obligación constitucional para el Estado peruano tomar acciones idóneas orientadas a lograr la eficiencia en la impartición de justicia en casos de violencia contra la mujer y, en específico, los de agresión sexual" (Tribunal Constitucional, 2018, fundamento 13).

Cuarto, el expediente n° 01479-2018-PA/TC17 esboza una definición sobre la "perspectiva de igualdad de género" como una nueva forma de análisis que evidencia cómo determinados hechos o situaciones afectan de manera distinta a los hombres y a las mujeres. Es así que el objetivo es lograr la equidad entre hombres y mujeres (Tribunal Constitucional, 2019, fundamento 10).

Quinto, la Ley n° 30364 – Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar indica que el enfoque de género, principalmente, reconoce la existencia de circunstancias asimétricas en la relación entre hombres y mujeres, y estas diferencias basadas en el género constituyen en una de las causas principales de la violencia hacia las mujeres. Asimismo, esgrime que este enfoque debe orientar el diseño de las estrategias para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (Congreso de la República del Perú, 2015, artículo 3).

En síntesis, entender el enfoque de género nos permitirá abordar aquellos factores que condicionan la prevalencia de víctimas mujeres³². También, nos ayuda a identificar a

³² A nivel mundial, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito recoge en su última edición cifras relevantes del año 2017 al 2020 sobre la trata de personas en 141 países. Estos representan el 95%

aquellas que no cumplen con los imaginarios de la víctima ideal, y que, de igual forma, merecen ser reconocidas y protegidas por el Estado. Aunado a ello, reconocer que la oferta y la demanda de la trata está también condicionada por el género explica los altos índices de este fenómeno.

A partir de lo expuesto, se pueden plantear políticas públicas efectivas y fomentar cambios legislativos para prevenir futuros casos, más aún sabiendo que el enfoque de género está reconocido por jurisprudencia vinculante. Aunado a ello, es indispensable que se capacite con enfoque de género a los operadores de justicia para que no reproduzcan estereotipos de género en su contacto y cuidado con las agraviadas. De esta forma, se puede evitar la estigmatización y revictimización secundaria, así como la identificación temprana de las víctimas.

1.3. Enfoque interseccional

La interseccionalidad es un enfoque y una herramienta para plantear políticas públicas, interpretaciones legales, investigaciones y proyectos que nos permite considerar las diversas situaciones, factores, características inherentes (Por ejemplo. raza), pertenencia a grupos sociales que puede tener una persona. Todo ello la ubica en una determinada posición social y puede ayudarnos a saber si está o no un mayor grado de vulnerabilidad. Esto es relevante, ya que permite que los factores estructurales de desigualdad (o discriminatorios) sean tomados en cuenta para el desarrollo y satisfacción de los derechos humanos.

Siguiendo a la Association for Women's Rights in Development, la perspectiva interseccional tiene como objetivo revelar las variadas identidades, exponer los diferentes tipos de discriminación y desventaja que se dan como consecuencia de la

de la población a nivel mundial (2022, pp.10-11). Las cifras demuestran que hubieron 187,915 de víctimas reportadas (2022, p. 11). Y, siguiendo los datos del año 2020, el factor clave es el de género, ya que las mujeres, independientemente de su edad, representan el 60% del total de las víctimas (2022, p. 25).

combinación de identidades. Este enfoque busca abordar las formas en las que factores como el racismo, el patriarcado, la clase y otros sistemas de discriminación crean desigualdades que estructuran las posiciones relativas de las personas, especialmente, las mujeres. Todo ello bajo los contextos histórico, sociales y políticos. Dentro de estos contextos, también se reconocen las experiencias individuales únicas, las cuales resultan de la conjunción de diferentes tipos de identidad (2004, p.2). Cabe destacar que el análisis interseccional plantea que no debemos entender la combinación de identidades como una suma que incrementa la propia carga - como una discriminación múltiple - sino como una que produce experiencias sustantivamente diferentes (Association for Women's Rights in Development, 2004, p.2).

En razón de ello, el enfoque interseccional debe tener como premisa que la experiencia de cada víctima es diferente, ya que no solo se toman en cuenta factores sociales, económicos, políticos generales, también su propia historia de vida, donde influye su propia estancia en el mundo, es decir, su vínculo familiar, su historia escolar, sus grupos amicales, su experiencia dentro un contexto temporal y espacial. Esta confluencia nos indica el mayor grado vulnerabilidad y las situaciones a las que una víctima puede estar expuesta como la comisión de ilícitos.

Si lo relacionamos con el enfoque de género, nos da una mayor amplitud para determinar, junto con las otras identidades de la persona, en qué posición de privilegio u opresión se encuentra una mujer y/o una persona de la comunidad LGBTIQ+. De esta forma, se toma en cuenta la historia de vida de cada persona, incluso dentro de su propio grupo social.

Los principales aportes de la perspectiva interseccional aplicados a la trata de personas son los siguientes: i) entender y examinar el impacto de la convergencia de situaciones diversas (religión, nacionalidad, raza, género) que determinan las oportunidades, el acceso a derechos, así como su vulnerabilidad, ii) comprender cómo las políticas públicas, proyectos, leyes pueden incidir sobre los diferentes aspectos de vida de una víctima y fomentar su agencia, y iii) de la mano con el enfoque de género, buscar una

igualdad entre los diversos grupos de mujeres y diversidades tomando en cuenta sus particularidades.

Finalmente, es importante resaltar que la perspectiva interseccional es reconocida por la normativa peruana. Es así que tenemos la Ley n° 30364 – Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, la cual reconoce que los operadores deben aplicar este enfoque. En ese sentido, señala que esta perspectiva reconoce que la experiencia que – principalmente - las mujeres tienen de la violencia se ve influida por factores e identidades como su etnia, color, religión, opinión política, orientación sexual, condición de migrante, entre otros (Congreso de la República del Perú, 2015, artículo 3).

1.4. Enfoque victimocéntrico

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante, ACNUR) publicó la “Policy on a Victim-Centred Approach in UNHCR’s response to Sexual Misconduct: Sexual Exploitation and Abuse and Sexual Harassment”. En este documento, definió al enfoque victimocéntrico, victimológico o centrado en la víctima como una forma de relacionarse con las víctimas que prioriza escucharlas, evitar su traumatismo, y se centra sistemáticamente en su seguridad, derechos, bienestar, necesidades y opiniones expresadas. Asimismo, busca devolverles el control y asegurarles el acceso empático y sensible a los servicios y al acompañamiento sin juzgar (ACNUR , 2020, p.6).

En ese mismo sentido, el Fondo de Migración, Asilo e Integración de la Unión Europea define a este enfoque como uno holístico, que se caracteriza por centrarse sistemáticamente en las preocupaciones y necesidades de la víctima. Es así que la prestación de servicios debe ser compasiva, sensible, sin prejuicios, y adaptada a su vulnerabilidad. Por ende, pretende minimizar la re-traumatización a lo largo del proceso judicial y de rehabilitación (S/f, p.11). Esta forma de relacionarse, con un enfoque centrado en la víctima, debe ser aplicado tanto por los operadores de justicia, como

fiscales, jueces, policías, procuradores, entre otros, así como el personal de organizaciones no gubernamentales y personas que tienen contacto con las víctimas.

Las clasificaciones de la victimización que pueden sufrirse son las siguientes. Primaria: es el proceso por el cual una persona sufre, de modo directo o indirecto, los efectos nocivos causados por el delito o hecho traumático; ii) Secundaria o conocida como “revictimización”: corresponde a los efectos causados por el atención o procedimiento inadecuado del sistema legal – ya sea por sus leyes, políticas o funcionarios - que aumentan el padecimiento de las víctimas; y iii) Terciaria: es la producida por la reacción de la sociedad (Bustos y Larrauri, 1993, pp.59-60; Morillas *et al.*, 2010, pp. 118-122).

Es importante seguir el mencionado enfoque para evitar la victimización en sus diversas formas, sobre todo en los casos donde las víctimas sufren a causa de las acciones inadecuadas por parte de diversos operadores de justicia. Siguiendo la guía titulada “Guide: Victim-centered approach for front-line professionals working with trafficking in human beings” del Fondo de Migración, Asilo e Integración de la Unión Europea, cuando hay muchos oficiales involucrados o hay un gran número de casos, las necesidades de una víctima a menudo se pasan por alto, y los procedimientos se vuelven automáticos y mecánicos sin prestar atención a sus deseos o necesidades. El resultado de ello tiende a ser la deshumanización del proceso (AMIF, S/f, p.11).

Consideramos que ello es cierto en la medida que el proceso penal busca la persecución del responsable; y, en ese camino, se pueden realizar prácticas esquemáticas y automáticas donde se olvida el rol fundamental que también se debe perseguir, es decir, el evitar revictimizar a quienes ya han sufrido graves ilícitos. Por ende, una prioridad es identificarlas oportunamente y atender a sus necesidades para la búsqueda de la verdad, hallar a los responsables y encontrar justicia. Los testimonios de las víctimas también son una fuente de prueba; y, más allá de ello, las víctimas son seres humanos que tienen el derecho a ser escuchadas, recibir la protección y atención del sistema de justicia penal.

Cabe destacar que el ACNUR en su política sobre enfoque victimocéntrico aseveró que este cuenta con varios principios que deben seguirse para cumplirlo a cabalidad. Los principios esbozados serán analizados en los siguientes puntos:

1. Bienestar, protección y seguridad: la asistencia que se brinda a las víctimas se ajusta al principio de "no causar daño" y se presta de manera que se procure defender sus derechos, dignidad y bienestar. Esto puede involucrar la aplicación de medidas de seguridad para protegerlas contra las represalias, la revictimización y el nuevo traumatismo (2020, p.6). Una forma de vulneración de este principio es el someter al encarcelamiento a las víctimas de trata de personas por los ilícitos cometidos en el circuito, donde, a partir de diferentes medios, pudieron verse obligadas o sometidas a cometerlos. Este nuevo castigo, aunque ahora en el marco de la ley penal, implicaría una revictimización mayor a la víctima, donde no va a encontrar las condiciones necesarias para su atención en estos establecimientos penitenciarios.
2. Se ofrece asistencia y apoyo a las víctimas de explotación, y abuso o acoso sexual, independientemente de si la víctima inicia o coopera con una investigación o con cualquier otro procedimiento de rendición de cuentas o resolución (2020, p.7). Si bien es prioritario identificar a las víctimas para así hallar a los responsables penales, estas no pueden ser vistas únicamente como una fuente de prueba. Ello conllevaría a su deshumanización y a olvidar el estado de cosificación al que fueron sometidas.
3. No discriminación: toda víctima, independientemente de su raza, orientación sexual, identidad de género, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, patrimonio, nacimiento, salud, o cualquier otra condición, tiene derecho a la respuesta más adecuada de conformidad con la definición de un enfoque centrado en las víctimas (2020, p.7). Es importante considerar, por ejemplo, que aquellas políticas y leyes que castigan a los migrantes únicamente por su condición laboral o de estancia en el Estado incurrirían en prácticas de discriminación; ello al no considerar el circuito de la trata en el que pudieron encontrarse.

4. Enfoque integral de extremo a extremo: un enfoque centrado en las víctimas y los principios fundamentales de este enfoque se aplican a todas las relaciones con ellas, desde el momento en que se tiene conocimiento de una denuncia o situación particular. Dependiendo de las circunstancias específicas, los servicios pueden prestarse más allá de la conclusión de un proceso de investigación o disciplinario (ACNUR, 2020, p.7). Esencialmente, debe considerarse que aun cuando el proceso penal finalice, las víctimas se encuentran aún expuestas al circuito de la trata de personas. Es así que pueden retornar este para volver a ser sometidas a la explotación u ocupar posiciones de sostenibilidad de la organización (ej. ser tratantes). Ello debido a que hay algunos factores de vulnerabilidad que, pese al tiempo transcurrido, pueden seguir presentes como el nivel socioeconómico, educativo, condición migratoria, entre otros.
5. Dar (devolver) el control, en la medida de lo posible: la víctima tiene tanto control como sea posible sobre compartir su información, identificación personal y sobre cualquier acción en el contexto de asistencia, apoyo y procedimientos (ACNUR, 2020, p.7). Como seres humanos, las víctimas de trata de personas poseen agencia, la cual se ve mellada al ser sometidas a un proceso de cosificación. En ese sentido, es un deber procurar su autonomía, y parte de ello es que manejen su propia información personal y decidan su participación o no en los procesos, así como los servicios que desean recibir por la situación en la que se encuentran.
6. Confidencialidad y consentimiento informado: el significado y el alcance de estos conceptos debe ser informados a la víctima en los procesos o acciones pertinentes. Ello de forma previa a cada etapa del proceso, y, preferiblemente, antes de que la víctima comparta algún detalle (2020, p.7). Esto va de la mano con el punto anterior, ya que este principio también refuerza los derechos y autonomía de las víctimas. Es así que no puede obviarse la confidencialidad y consentimiento informado que deben brindar para compartir su información, historia de vida, testimonio, entre otros.
7. Hacer preguntas y escuchar sin prejuicios: Tanto para realizar preguntas como para escuchar a la víctima, se debe interactuar sin prejuicios. Partir de la posibilidad de que lo que la víctima está denunciando puede haber sucedido

(2020, p.8). La víctima, como se ha mencionado, debe ser escuchada y atendida. De esa forma, se toma especial atención a su historia de vida sin emitir juicios de valor, donde, al interseccionar otros factores, comprendemos que cada experiencia es particular.

8. Información: mantener informada a la víctima, de manera oportuna y coordinada de los avances y resultados de las acciones que le conciernen en todo el proceso (2020, p.8). Como cualquier ciudadana, la víctima debe ser informada en cualquier instancia del proceso penal o servicio de atención. Es una obligación que se brinden las condiciones para su entendimiento como el idioma en el que se transmite la información, la forma de acuerdo a la edad y vulnerabilidad, así como el sexo de quien lo comunica por los miedos o traumas que se pueden haber generado en la víctima con respecto a dicho factor.

Estos principios también coinciden con los objetivos señalados en la guía del Fondo de Migración, Asilo e Integración de la Unión Europea. Entre ellos encontramos, i) el no discriminar ni juzgar, ii) el seguir los deseos de la víctima en el caso penal y en los servicios de asistencia, iii) el “no causar daño”, es decir, evitar la revictimización y el impacto negativo de acciones en la víctima, iv) proteger su confidencialidad (AMIF, S/f, pp.12-13). Adicionalmente, en esta guía, se hace énfasis en que uno de los objetivos es garantizar la seguridad de las víctimas. Es así que se debe asegurar que no esté en peligro, ya sea por los tratantes o por las condiciones de vida. Como ejemplo, señalan que una víctima podría estar aún en contacto con el tratante/explotador o puede seguir viviendo con este (AMIF, S/f, p.12). Ello es muy importante, ya que el Estado tiene como obligación evitar que las víctimas retornen a esa misma condición u ocupen otros puestos de sostenibilidad en el circuito, a través de la captación, por ejemplo, de otras personas.

Finalmente, es necesario destacar que, siguiendo a Villacampa, el enfoque victimocéntrico tiene como una de sus manifestación al principio de no punición o de no penalización de las víctimas de trata de personas. En otras palabras, “se considera una manifestación del abordaje victimocéntrico no hacer responder a las víctimas por los delitos u otras conductas antinormativas que han sido obligadas a cometer por los

tratantes o en que puedan haber incurrido como consecuencia del padecimiento de una situación de trata” (2022, p.2). En los siguientes apartados, observaremos el reconocimiento de este principio en instrumentos internacionales de derechos humanos.

2. Instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos que reconocen el principio de no punibilidad de las víctimas de trata de personas.

En este apartado, esbozaremos una definición del principio de no punibilidad o no criminalización de las víctimas de trata. Asimismo, mencionaremos instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos que desarrollan el principio de punibilidad o no criminalización para los casos de víctimas de trata de personas. Para ello, los agruparemos en el Sistema Universal de Derechos Humanos, el Sistema Europeo de Derechos Humanos, el Derecho de la Unión Europea y el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

2.1. Definición del principio de no punibilidad o no criminalización de las víctimas

El principio de no punición es también llamado como de no criminalización o no penalización de las víctimas de trata de personas. Y, es una manifestación de la enfoque victimocéntrico de la trata de seres humanos. Su entendimiento en sentido amplio consiste en la prohibición de arrestar, imputar, detener, acusar, penalizar o sancionar a las víctimas por las conductas ilegales en las que intervinieron como consecuencia directa del proceso de despersonalización vivido. Ello no significa que tenga inmunidad para incurrir en cualquier acción, independientemente de su gravedad y de las circunstancias que rodean su comisión (Villacampa, 2022, p. 2; Villacampa, 2023, p. 193).

El mencionado principio es reconocido en distintos instrumentos internacionales de derechos humanos. Estos los agruparemos en el sistema universal de derechos humanos, en el sistema europeo de derechos humanos, el derecho de la Unión Europea,

y en el sistema interamericano de derechos humanos. En el sistema universal y en el interamericano, estamos generalmente ante instrumentos que no tienen un carácter vinculante para sus Estados partes. Pero, estos sí forman parte del llamado *soft-law*, y, desde un análisis pro persona y sistemático de los derechos humanos, debería buscarse su aplicación. En el caso del sistema europeo y del derecho de la Unión Europea, algunos de estos instrumentos son convenios y/o directivas que forman parte del *hard-law*; y que, por ende, sí vinculan efectivamente a sus Estados partes.

2.2. Sistema Universal de Derechos Humanos

El Sistema Universal de Derechos Humanos es el conjunto de principios, normas, procedimientos y organismos internacionales creados para proteger y promover los derechos humanos. Algunos de estos instrumentos pueden ser vinculantes o no, pero sin lugar a dudas consisten en una guía para los Estados en lo que concierne a los derechos humanos. Asimismo, este sistema cuenta con mecanismos de supervisión que se encargan de garantizar el cumplimiento, satisfacción y promoción de los derechos a nivel global. Cabe destacar que este sistema nace en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, de la que son miembros casi todos los Estados del mundo (Bregaglio, 2013, p.92). Dentro de este sistema, encontramos algunos instrumentos internacionales de derechos humanos que desarrollan la no punibilidad de las víctimas de trata de personas, los cuales esbozaremos en las siguientes líneas.

En primer lugar, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos³³ elaboró los “Principios y Directrices Recomendados sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas” (en adelante, “Principios y Directrices de las NU”). Específicamente, en su acápite sobre “Protección y Asistencia”, se dice lo siguiente: “Las víctimas de la trata de personas no serán detenidas, acusadas ni procesadas por haber entrado o residir ilegalmente en los países de tránsito y destino ni

³³ La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos tiene como mandato el promover y proteger el disfrute y la plena realización de los derechos humanos por parte de todos. Para mayor información: <https://www.ohchr.org/es/about-us/mandate-un-human-rights>

por haber participado en actividades ilícitas en la medida en que esa participación sea consecuencia directa de su situación de tales” (2002, p.7). Asimismo, en su Directriz 6 sobre Asistencia y Protección a Víctimas de Trata de Personas, enfatizan que las víctimas de la trata de personas “no deben ser recluidas en centros de detención para inmigrantes, otros centros de detención o refugios para personas sin hogar” (2002, p.7). Como vemos, los Principios y Directrices de las NU consolidan el llamado principio de no criminalización para los casos de i) residencia o ingreso irregular, o ii) por haber participado en actividades ilícitas por su situación como víctimas de trata.

Los Principios y Directrices de las NU también han sido recogidos en el “Manual para la lucha contra la trata de personas” elaborado por la Oficina de las Naciones Unidas para la Droga y el Delito (en adelante, UNDOC). Este manual tiene como objetivo establecer un programa global de herramientas útiles para los Estados en materia de trata de personas. En su última edición, señalan que, para proteger a la víctima y a sus derechos, es esencial no criminalizarlas por su situación migratoria o laboral, las cuales suelen ser irregulares. Dentro de estas situaciones, se comprenden delitos conexos como el usar documentos falsos para el ingreso al país o realizar servicios sexuales, que en algunas normativas es un delito o una infracción administrativa (Global Programme Against Trafficking in Human Beings, 2008, p. 253). El caso del uso de documentos falsos, que sí constituye un delito en la legislación peruana, será englobado en el caso-tipo 1 que se analizará en el capítulo III de la presente tesis.

En el mismo manual, también se indica que, si el país no cuenta con leyes que protejan o no criminalicen, las víctimas pueden alegar en su defensa haber sido obligadas a realizar dichas acciones (Global Programme Against Trafficking in Human Beings, 2008, p. 253). Incluso, en la primera versión del mencionado manual, señalaban que podrían alegar haber sido objetos de coerción psicológica, fuerza física o amenaza de la fuerza al momento de cometer el delito (Global Programme Against Trafficking in Human Beings, 2006, p. 103). Estas causales también son aplicables en las categorías de la teoría del delito, las cuales analizaremos en el capítulo III.

En segundo lugar, existe la Resolución 63/156 sobre trata de mujeres y niñas, la cual fue aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2008. Esta insta a los gobiernos a lo siguiente:

a tomar todas las medidas apropiadas para que no se penalice a las víctimas de la trata a causa de su situación y para que no vuelvan a convertirse en víctimas a raíz de medidas adoptadas por autoridades gubernamentales, y alienta a los gobiernos a impedir, dentro de su marco jurídico y con arreglo a sus políticas nacionales, que las víctimas de la trata de personas no sean enjuiciadas por motivo de su entrada o residencia ilegal” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2008, punto 12).

Como vemos, se hace énfasis en los casos de situación migratoria irregular de las víctimas de trata. Estas pudieron también ser víctimas del tráfico de migrantes.

En tercer lugar, encontramos que se creó el “Grupo de trabajo sobre la trata de personas”³⁴ con la finalidad de que brinde recomendaciones sobre la lucha contra este fenómeno, en el marco del Protocolo de Palermo. Si bien este protocolo no hace mención al principio de no criminalización de las víctimas, el reporte de abril de 2009 del mencionado grupo de trabajo sí habla de ello.

En el apartado de “No sanción ni enjuiciamiento de las víctimas de trata”, específicamente, numeral 12, letra b, dicen que los Estados partes deberían considerar, en línea con su legislación interna, no sancionar ni procesar a las víctimas de trata de personas por actos ilegales cometidos por estas como consecuencia directa de situación de víctimas o cuando fueron obligadas a realizar tales actos (Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 2009). En la reunión del grupo de trabajo, fueron representados los

³⁴ El Grupo de Trabajo sobre la Trata de Personas fue establecido por la Conferencia de las Partes en la Decisión 4/4 adoptada en su cuarta sesión en el año 2008. Ello con el objetivo de que aconseje y asista en la implementación de su mandato en relación al Protocolo de Palermo.

Estados partes como Perú, España, Argentina, Alemania, cuyo marco penal será esbozado en el siguiente acápite de este capítulo.

En cuarto lugar, el Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños del año 2012 señala que, a su consideración, las víctimas de trata no pueden gozar de inmunidad general sobre todo los delitos que comentan, pero observan que esta norma de “no enjuiciamiento” es cada vez más reconocida para los delitos relacionados con su condición de víctima (Consejo de Derechos Humanos, 2012, párrafo 25). A partir de ello, se infiere que debería de analizarse cada caso en concreto, tomando en consideración los medios usados para que la víctima realice actos ilícitos.

En quinto lugar, encontramos el artículo 4, inciso 2 del Protocolo de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930, el cual señala explícitamente lo siguiente:

Todo Miembro deberá adoptar, de conformidad con los principios fundamentales de su sistema jurídico, las medidas necesarias para velar por que las autoridades competentes puedan decidir no enjuiciar ni imponer sanciones a las víctimas de trabajo forzoso u obligatorio por su participación en actividades ilícitas que se han visto obligadas a cometer como consecuencia directa de estar sometidas a trabajo forzoso u obligatorio (2014).

Este protocolo ha sido ratificado por los Estados de Perú, Alemania, Argentina, España, entre otros Estados³⁵. Y, en ese sentido, sí es vinculante para sus Estados partes, los cuales deben adoptar medidas desde su derecho interno.

En sexto lugar, vislumbramos la R203 - Recomendación sobre el trabajo forzoso de la OIT. Su apartado sobre protección recalca lo citado en el párrafo anterior sobre el

³⁵ Para mayor información:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:3174672

protocolo (2014, punto 7). Es así que tanto el protocolo como el reglamento de la OIT hacen referencia a la fase de explotación efectiva, donde las víctimas pudieron haber realizado actividades ilícitas como trabajo forzoso u obligatorio. Ejemplos de ello son la tala ilegal de árboles y extracción de minerales en zonas prohibidas. Situaciones que son parte del caso-tipo 1 que se desarrollará en el capítulo III.

En séptimo lugar, observamos que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer³⁶ elaboró la Recomendación General n° 38 relativa a la trata de mujeres y niñas en el contexto migración global. Esta brinda una serie de recomendaciones sobre cómo defender los derechos de las víctimas. Entre ellas, encontramos el principio de “no criminalización y no condicionamiento”. En razón de esto, señalan que los Estados deben asegurarse de que todas las mujeres y niñas víctimas de trata de personas, sin excepción, no sean arrestadas, acusadas, detenidas, perseguidas o sancionadas, por su entrada o estancia irregular en el país de tránsito y destino. Ello podría implicar el no tener documentación, o estar involucrada en actividades delictivas, las cuales deben ser consecuencia directa de su situación como víctimas de trata (2020, punto 98). Para esto, menciona qué implica el principio de no criminalización en los Estados:

- a) Debe consagrarse en la legislación e implementarse mediante una capacitación adecuada. Ello con el objetivo de garantizar que los equipos de respuesta sean capaces de identificar a las víctimas de la trata a fin de prestarles socorro;
- b) No se debe obligar a las víctimas a aportar pruebas ni a testificar a cambio de inmunidad en el proceso penal, reparación o servicios;
- c) Debe facilitar la eliminación de sus antecedentes penales a las víctimas de trata. Esto siempre que hayan sido condenadas por delitos cometidos como consecuencia directa de su condición de víctimas (2020, punto 98).

³⁶ El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer es un órgano de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW).

Como vemos, la mencionada recomendación no solo abarca la no sanción, también otras medidas complementarias a esta como i) la necesidad de una legislación y su aplicación en la práctica, ii) no condicionar a la víctima a brindar testimonio ni aportar pruebas a cambio de no criminalizarla, y iii) eliminar los antecedentes penales que se hubieran generado por esas circunstancias. Esta propuesta holística evitaría que la víctima sea perjudicada desde antes del inicio del proceso penal; y, en caso sea involucrada en uno, no quede registro de ello.

En octavo lugar, si bien esta tesis no comprende el estudio de menores de edad, es importante resaltar que sí hay instrumentos a nivel universal que lo abordan. Siguiendo el C182, Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil de la OIT, una de “las peores formas de trabajo infantil” abarca “la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes” (1999, artículo 3.c). Aunado a ello, ubicamos a la “Convención sobre los Derechos del Niño”. En el artículo 37, letra b se dice que ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. En caso de su detención, encarcelamiento o prisión, debe llevarse acorde a la ley, y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda (1989). Además, La Directriz 8 de los Principios y Directrices de la NU dice sobre medidas especiales para la protección y la asistencia a los niños víctimas de trata de personas que los Estados deberían: “3. Cerciorarse de que las víctimas de la trata de niños no sean objeto de procedimiento o de acciones penales o delitos relacionados con su situación como tales”. Al igual que el Protocolo de Palermo (artículo 3, inciso d), los Principios y Directrices de la NU consideran como niños a los menores de 18 años (2002, p. 2). De una interpretación sistemática entre estos instrumentos, desprendemos que el involucrar a niños en actividades ilegales es una de peores formas de trabajo infantil. En ese sentido, los niños no deberían de ser criminalizados, primando su interés superior y su rehabilitación. Para garantizar ello en el Estado peruano, las anteriores disposiciones comprenderían que los menores de edad no sean susceptibles de procesos especiales por infracción de la ley penal de menores.

Como podemos observar, la mayoría de los instrumentos expuestos hacen referencia a la condición irregular de ingreso, salida o laboral por cuestiones migratorias de las víctimas de trata de personas. Asimismo, se hace mención de forma amplia a algunos medios que podrían condicionar la comisión de ilícitos como la coerción, amenaza, violencia psicológica, entre otros. En todos estos instrumentos, se hace un llamado a la no punición, pero no se realiza una identificación directa más allá de los casos relacionados a la migración, tampoco se plantea una medida específica desde el derecho penal interno de los Estados.

2.3. Sistema Europeo de Derechos Humanos

El Sistema Europeo de Derechos Humanos es el conjunto de órganos, principios e instrumentos establecidos por el Consejo de Europa para garantizar la protección y promoción de los derechos humanos en Europa. Cabe destacar que, desde sus inicios, el sistema europeo se diseñó con una vocación eminentemente jurisdiccional, estableciendo como órgano decisorio un Tribunal - actualmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos - con las características que definen la jurisdicción: la independencia e imparcialidad de sus miembros, el carácter contradictorio del procedimiento y el carácter de fuerza vinculante de sus decisiones (Lopez Guerra, 2013, p.168).

Es así que, dentro del Sistema Europeo de Derechos Humanos, tenemos la sentencia V.C.L. y A.N. vs. Reino Unido del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Cabe destacar que, al ser una sentencia emitida por el Tribunal Europeo, corresponde a instrumento de *hard-law*.

Esta sentencia analiza el principio de no punibilidad, a la luz de otros convenios y tratados de trata de personas. Principalmente, establece en qué casos su no aplicación supone una violación al artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Cabe destacar que esta fue la primera vez que el mencionado tribunal analizó un caso que engloba la persecución de una víctima de trata de personas.

El fundamento 147 de la sentencia señala que Reino Unido no habría aplicado alguna medida específica dirigida a no castigar a las víctimas de la trata. Si bien existía una orientación en este tema para los fiscales, no se habían adoptado medidas similares para otros operadores de justicia como los policías. Es por ello que se resalta que si hubiera una identificación temprana de las víctimas, se podría garantizar que estas no sean parte juzgada dentro del sistema de justicia penal (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2021).

Aunado a lo anterior, el fundamento 159 asevera que el enjuiciamiento de las (posibles) víctimas puede, en determinadas circunstancias, ser incompatible con el deber del Estado de adoptar medidas de protección. Siguiendo el artículo 4 de la Convención, la obligación de adoptar estas medidas tiene como objetivos el proteger a la víctima de la trata de personas de nuevos daños y facilitar su recuperación. Por todo ello, el Tribunal considera que el enjuiciamiento de las víctimas de la trata sería perjudicial para su integración a la sociedad, e impediría su recuperación física, psicológica y social. Asimismo, podría hacerlas vulnerables nuevamente a la trata en el futuro. También, el encarcelamiento puede impedir su acceso al apoyo y los servicios previstos en la Convención contra la Trata (2021).

Otro punto que destaca el Tribunal es que, para respetar las libertades garantizadas por el artículo 4, es imperativo la pronta identificación de las víctimas. Cuando los operadores de justicia tengan sospecha o certeza de que están tratando con una víctima, su condición debe ser evaluada con prontitud por personas capacitadas y calificadas en su atención. Esa evaluación debería basarse en los criterios definidos en el Protocolo de Palermo y en la Convención contra la Trata de Personas (2021, fundamento 160).

Siguiendo con la valoración del Tribunal, el fundamento 161 dice que la condición de víctima de trata puede afectar la existencia de pruebas suficientes para enjuiciar a una persona. Por ello, cualquier decisión sobre si enjuiciar o no a una víctima de la trata debe - en la medida de lo posible - tomarse solo una vez que una persona calificada haya realizado la evaluación descrita (2021).

Finalmente, el Tribunal considera que cuando se haya realizado la evaluación por una persona especialista, toda decisión ulterior de la fiscalía deberá tener en cuenta esa evaluación. Si bien es posible que el fiscal no esté obligado por las conclusiones formuladas, tendría que tener razones claras para decidir al margen de ello. Sin perjuicio de ello, sus decisiones siempre deben respetar lo contenido en el Protocolo de Palermo y la Convención contra la Trata de Personas (fundamento 162, 2021).

2.4. Derecho de la Unión Europea

Ahora bien, el Derecho de la Unión Europea (en adelante, Derecho de la UE) es diferente al Sistema Europeo de Derechos Humanos. El Derecho de la UE es un sistema complejo que abarca tanto el derecho de la Unión Europea como el derecho internacional público y privado que se aplica dentro del territorio de la Unión Europea (Craig y De Búrca, 2015, p. 2). Asimismo, por extensión, se aplica a las relaciones entre los Estados miembros, así como las personas naturales y jurídicas que operan en la Unión Europea (European Union, 2021, p.2)

En el Derecho de la Unión Europea, en primer lugar, encontramos el instrumento de *hard-law* : “Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos” o también llamado “Convenio de Varsovia”. Este señala en su artículo 26 que sus Estados partes “deberán prever, con arreglo a los principios fundamentales de su sistema jurídico, la posibilidad de no imponer sanciones a las víctimas por haber tomado parte en actividades ilícitas cuando hayan sido obligadas a ello” (2005). De este artículo, podemos interpretar la palabra “obligación” como la amenaza, coacción, violencia, entre otros medios a los que generalmente suele estar sujeta la víctima en el circuito de trata. Cabe destacar que este instrumento parece adoptar una posición amplia de aplicación del principio de no punibilidad. Ello debido a que su reconocimiento conduce a la ausencia de responsabilidad de la víctima por cualquier conducta ilícita realizada, no solo con relevancia penal. Aunado a ello, parece operar solamente como una eximente de sanción, mas no de procesamiento (Villacampa, 2022, p. 3).

El reporte explicativo del “Convenio de Varsovia” señala distintas consideraciones sobre

el artículo 26. Primero, este constituye una obligación de los Estados partes para adoptar y/o implementar medidas legislativas que brinden la posibilidad de no imponer penas a las víctimas, por los motivos indicados en el mencionado artículo. Segundo, el requisito de “obligación” del artículo 26 comprende, como mínimo, que las víctimas que hayan sido sometidas a cualquiera de los medios ilícitos del artículo 4³⁷ y que su implicación en actos ilícitos sea consecuencia de la coacción. Tercero, cada Estado parte puede cumplir con la obligación del artículo 26 con la disposición de derecho penal material o procesal, o cualquier otra medida, que dé la posibilidad de no castigar a las víctimas. Ello siempre que se cumplan los requisitos legales antes mencionados y que estén acordes a los principios básicos de ordenamiento jurídico nacional (Consejo de Europa, 2005, párrafo 272-274). Estas tres consideraciones nos permiten advertir que i) se trata de una obligación de los Estados partes, ii) se establece una relación directa entre los medios usados con las actividades ilegales, y iii) ofrecen soluciones alternativas desde el sistema penal para no criminalizar a las víctimas de trata.

En segundo lugar, tenemos a la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. Esta directiva señala en su artículo 8 sobre el “No enjuiciamiento o no imposición de penas a la víctima” lo siguiente:

Los Estados miembros adoptarán, de conformidad con los principios básicos de sus respectivos ordenamientos jurídicos, las medidas necesarias para garantizar que las autoridades nacionales competentes puedan optar por no enjuiciar ni imponer penas a las víctimas de la trata de seres humanos por su participación en actividades ilícitas que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de haber sido objeto de cualquiera de los actos contemplados en el artículo 2 (2011).

³⁷ El Artículo 4, inciso a, dice lo siguiente: “La expresión «trata de seres humanos» designa la contratación, el transporte, el traslado, el alojamiento o la acogida de personas mediante amenazas de recurrir a la fuerza, recurso a la fuerza o cualquier otra forma de obligación, mediante raptos, fraude, engaño, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad o mediante la oferta o la aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación (...)”

Esta Directiva fue establecida aproximadamente 6 años después del Convenio de Varsovia y reafirma lo recomendado por el mencionado convenio. Además, añade que esta obligación tiene que haberse dado como producto de los actos de trata de personas a los que fue sometida: captación, traslado, recepción, entre otros.

Cabe destacar que la Directiva 2011/36/UE (Ley 7473/2011) contempla al principio de no punibilidad desde un sentido más amplio que en el Convenio de Varsovia. Ello debido a que no solo la contempla una eximente de sanción, sino también como una causa de no procesamiento. Sin embargo, la Directiva es más restrictiva sobre la naturaleza de las conductas al solo referirse a las de carácter penal (Villacampa, 2022, pp. 3-4).

De lo expuesto, concluimos que los instrumentos del Derecho de la UE y el Sistema Europeo de Derechos Humanos son vinculantes a sus Estados partes. Estos hacen un llamado para la aplicación del principio de no punibilidad en la medida que evita la revictimización y fomenta la reinserción social de las víctimas. Sin embargo, no plantea una solución específica a nivel jurídico para la aplicación en el derecho penal interno de sus Estados partes, tampoco identifica casos-tipo de aplicación.

2.5. Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos es el mecanismo regional encargado de promover y proteger los derechos humanos en América. En atención a su soberanía y en el marco de la Organización de Estados Americanos (en adelante, OEA), los Estados americanos adoptaron instrumentos internacionales que se han convertido en la base del mencionado sistema. Estos instrumentos reconocen y definen derechos, y establecen obligaciones para a su promoción y protección. Asimismo, la OEA ha creado órganos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos que están destinados a velar y supervisar las obligaciones de los Estados americanos (Ventura, s/f, p.257).

Dentro del marco del sistema interamericano, encontramos las Conclusiones y Recomendaciones de la Segunda reunión de autoridades nacionales en materia de trata de personas de la OEA. Su recomendación número 21 dice que se debe:

evitar, de acuerdo con sus respectivas legislaciones y jurisprudencias nacionales, que las víctimas sean detenidas, acusadas o sancionadas penalmente por su participación en actividades ilícitas, en la medida en que dicha participación fuera consecuencia directa de la situación de trata de que fueran objeto y que las víctimas hayan sido forzadas o compelidas a participar en tales actividades (2009).

Si hacemos una interpretación restrictiva de lo que significa compelida o forzada, no se incluirían los casos donde la víctima estaría únicamente bajo una situación de vulnerabilidad; y, producto de ello, haya realizado las acciones ilícitas.

Como hemos visto, los instrumentos del sistema universal y del sistema interamericano forman parte del *soft-law*. El *soft-law* o llamado derecho blando hace referencia a aquellas resoluciones, declaraciones de Estados y otros instrumentos que no tienen fuerza vinculante, pero que se relacionan con estándares de comportamiento conocidos como buenas prácticas. Este *soft-law* es un proceso de desarrollo que puede llegar a establecerse como un derecho consuetudinario o en la concreción de un principio general (Herdegen, 2018, p.164).

Para la aplicación de este *soft-law*, podemos recurrir al principio pro persona y a la interpretación sistemática. Por un lado, la interpretación principio pro persona señala que las normas sobre derechos humanos deben ser interpretadas en los términos más favorables para sus titulares (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, pp. 11). Por otro lado, la interpretación sistemática señala que “las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009, fundamento 43).

En base al principio pro persona y a la interpretación sistemática, notaremos que considerar al *soft-law* que reconoce el principio de no punibilidad es importante para la satisfacción de los derechos humanos de las víctimas. Ello debido a que nos permite garantizar - en gran medida - mejores prácticas en un Estado para la protección y reintegración social de la víctima de trata de personas. También, permite su participación libre y sin miedo en los procesos contra los tratantes para que sean estos quienes finalmente respondan por los actos. Adicionalmente, consideramos, como Villcampa, que otro motivo de aplicación es mantener los intereses de la justicia asegurándoles a las víctimas que no serán punidas por conductas que si no hubiera sido por su victimización no hubiesen cometido (2022, pp. 2-3).

En el siguiente apartado, veremos si es que estos instrumentos de derecho internacional de derechos humanos son aplicados en la derecho penal interno de algunos Estados, o cuál es la forma en la que estos resuelven casos semejantes.

3. Marcos jurídicos comparados sobre la aplicación del principio de no punibilidad y de categorías dogmático-penales

En este acápite, principalmente, compararemos los marcos jurídicos en Alemania, España, Argentina y Perú. Ello con el objetivo de observar si aplican o no el principio de no punibilidad. Asimismo, si cuentan o no con un eximente de responsabilidad desde el derecho penal interno. Y, en caso de no tenerla, saber si tienen herramientas jurídico-penales para resolver los casos donde las víctimas realizan acciones delictivas.

3.1. Alemania

El derecho penal interno de Alemania reconoce explícitamente que tanto el delito de trata de personas, el de explotación de fuerza laboral y el de privación de la libertad pueden incluir conductas ilícitas. Es así que dice lo siguiente sobre el delito de trata de personas:

Artículo 232.- Trata de seres humanos.

(1) Una persona será castigada con prisión de seis meses a cinco años si recluta, transporta, transmite, alberga o recibe a otra persona aprovechándose de su situación personal o económica o su desamparo relacionado con su estancia en un país extranjero, o si recluta, transporta, traspasa, alberga o recibe a otra persona menor de veintiún años, para que esta persona sea explotada:

(...)

(c) en el ejercicio de la mendicidad; o

(d) cuando (...) comete actos sancionados por la ley.

Asimismo, la legislación penal alemana contempla el artículo 233 de explotación de la fuerza laboral. Este dice lo siguiente:

(1) Quien explote a otra persona aprovechándose de su situación personal o económica o la indefensión asociada a vivir en un país extranjero, o a otra persona menor de veintiún años, en el ejercicio de la mendicidad, o cuando esa persona comete actos sancionados por la ley, será castigado con pena privativa de la libertad de hasta tres años o con multa por empleo bajo la sección 232 (1) oración 2, (...)

Aunado a ello, el artículo 233^a sobre la explotación que implica la privación de libertad tipifica que:

“Quien encarcele o prive de libertad a otra persona y la explote en esa situación en la práctica de la prostitución, (...), en el ejercicio de la mendicidad, o cuando esa persona comete actos sancionados por la ley, será sancionado con pena privativa de la libertad de seis meses a diez años (...)”

Como vemos, el código penal alemán reconoce explícitamente, en estos tres tipos penales, que una víctima puede cometer ilícitos bajo una situación de trata de personas y/o de explotación. En dichos casos, se establecen sanciones, dependiendo del tipo penal, para los tratantes.

Con respecto al “principio de no sanción”, las autoridades alemanas presentaron al Consejo de Europa un informe sobre las medidas que tomaron para cumplir con las recomendaciones del Comité de las Partes para la implementación del Convenio de Varsovia. En el acápite donde mencionaron el referido principio, argumentaron distintas razones para no tener una cláusula que se refiera explícitamente al mencionado.

Alegaron que, en el derecho alemán, rige el principio de legalidad. Ello permite que la fiscalía investigue los delitos; no obstante, se pueden presentar excepciones para la no persecución del delito. Para ello, señalan que debe de analizarse las circunstancias de cada caso individual; y, en el caso de la situación particular de la víctima, usualmente, se analiza el artículo 154c del StPO (el no enjuiciamiento de la víctima por coacción o extorsión) (2020, p.23). Como vemos, se infiere que, para que la víctima no sea investigada, tiene que haber actuado bajo los medios de coacción o extorsión. Para estos casos, si una víctima de la trata de seres humanos, denuncia este delito y si, como resultado, se conoce un delito cometido por la víctima, la fiscalía podrá abstenerse de enjuiciar el delito a menos que se exija como indispensable por la gravedad de la infracción (2020, p.23).

Aunado a lo anterior, resaltaron que, en un delito cometido bajo las condiciones del artículo 35, párrafo 1, del Código Penal alemán, se considera que la persona actúa sin culpa y, por ende, puede ser exenta de castigo. Esto implica los casos donde se comete un acto punible para evitar un peligro inminente a su vida o la de un familiar (2020, p.23). Con esta afirmación, hacen referencia a la categoría de antijuridicidad y culpabilidad de la teoría del delito, específicamente, al estado de necesidad justificante y exculpante. Estos casos serán analizados en el capítulo III, y pueden corresponder con los caso-tipo 2 y caso-tipo 3 propuestos en la presente tesis.

En conclusión, Alemania no cuenta con una eximente de responsabilidad que aplique en todos los casos de víctimas de trata de personas que cometen ilícitos penales. En su lugar, recurre algunas causas de justificación o excepciones de persecución en su código procesal penal; con lo cual, realizan un análisis caso por caso. Cabe destacar que, de igual forma, reconocen explícitamente en su legislación penal que las víctimas, bajo el dominio del tratante, pueden ser obligada, coaccionadas, violentadas para realizar finalidades ilícitas bajo las modalidades de los tres tipos penales señalados.

3.2. España

El Estado de España es parte del Convenio de Varsovia, así como de la Directiva 36/2011/UE. En cumplimiento de lo que estas estipulaban para no criminalizar a la víctima de trata, el Estado de España incluyó una cláusula. Esta es considerada por algunos juristas como una excusa absolutoria y para otros como una cláusula de naturaleza de antijurídica.

El artículo 177 bis, inciso 11 del Código Penal español dice lo siguiente:

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

Como vemos, el código español establece algunos requisitos que deben cumplirse para su aplicación, los cuales son problemáticos. A continuación, analizaremos tres de estas condiciones.

En primer lugar, el párrafo menciona que la víctima quedará exenta de responsabilidad

por los delitos que cometa en “la situación de explotación sufrida”. Es decir, exige que para aplicar esta excusa nos encontremos en la fase de agotamiento del delito, en la explotación. No obstante, esta fase – aunque muy frecuente de darse - excede a la consumación propia del delito de trata de personas. Como vimos en el capítulo I, el delito de trata de personas es un delito de tendencia interna trascendente, desde la dogmática penal. En ese sentido, no es necesario que la finalidad de explotación se realice para consumir el delito. Y, también un delito complejo, desde la criminología, lo que implica tomar en cuenta tanto la fase final como las fases iniciales, antes de acabar en la explotación.

Por lo mencionado, coincidimos con Valle quien dice que considerar solo la fase de explotación excluye las fases previas en las que la víctima pudo haber cometido delitos relacionados con la situación en la que se encontraba. Asimismo, agrega que, desde un punto de vista teleológico como sistemático, el ámbito de aplicación de la excusa debería ser desde la captación (2019, p. 129). A nuestra consideración, además, debe tenerse en cuenta desde cualquier otra fase en la que la víctima haya ingresado al circuito de la trata y cometido delitos, como el ofrecer sobornos a autoridades para transportarse de un lugar a otro. Ello debido a que puede que no se concluya si fue captada o no se identifique quién la captó inicialmente.

En segundo lugar, otro requisito que se exige en la excusa señalada es que la participación de las víctimas en las actividades “haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso que haya sido sometida”. De esta condición, se puede desprender que el “abuso” hace referencia a lo que el artículo 177bis, inciso 1 del Código penal llama como “abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima”. Como vemos, los medios a los que hace referencia son los mismos a los que es sometida la víctima en el tipo penal de trata de personas español, lo cual es lógico y coherente con el tipo penal del que se pretende eximir responsabilidad para el caso de las víctimas. Ello debido a que se puede continuar en esa situación de sometimiento en el circuito de la trata.

Sin perjuicio de lo mencionado, en concordancia con Valle, “en los casos en los que la actividad delictiva se produzca al inicio de las fases de la trata, probablemente la presencia de los medios comisivos será más intensa”, pero puede que, en la fase de explotación, no sea necesaria la reiteración de los medios comisivos, ya que se habría alcanzado el dominio de la voluntad de la víctima (2019, pp.129 - 130). Esto es coherente con lo afirmado por Villacampa, quien sostiene que el proceso de la trata contribuye a la destrucción psicológica de la víctima (2011, p. 63). Por ello, es altamente probable que en la fase de explotación no se necesite el mismo énfasis en los medios por parte del tratante hacia la víctima. Esto es más certero si consideramos el tiempo transcurrido y el proceso de despersonalización al que ha sido sometida la víctima.

En tercer lugar, la misma excusa absolutoria dice que, a parte de la consecuencia directa, debe existir una “adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado”. Sobre este punto, entendemos que la proporcionalidad hace referencia a que las víctimas no tienen otra posibilidad real, u otra alternativa real, aceptable que no sea la de realizar todas las acciones a las que se vean obligadas (Valle, 2019, pp.129 - 130).

A nuestro criterio, también puede interpretarse como una ponderación de intereses jurídicos entre la afectación que le hubiera ocasionado no realizar la acción (bien jurídico: dignidad, salud individual, libertad sexual), y la lesión provocada a un tercero (bien jurídico: dignidad, patrimonio), sumado al peligro en el que se encontraría cada uno. Ello nos llevaría a otro tipo de análisis, desde la teoría del delito, en la antijuridicidad y culpabilidad. Este análisis será abordado en el capítulo III, pero con un enfoque de género e interseccional. Caso contrario, se mediría la condición de la víctima de trata de personas de igual forma al de otros ofensores que no fueron sometidos a un similar proceso de despersonalización (Villacampa, 2022, pp. 7-8).

La excusa absolutoria tiende a no problematizar caso a caso, sino a la aplicación general; sin embargo, ello no sucede en el presente caso. Por esto, es válido el debate que surge en España de si el artículo 177 bis, inciso 11 es en realidad una excusa absolutoria o una cláusula de naturaleza antijurídica.

3.3. Argentina

En Argentina, encontramos la Ley 26.364, La Ley de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus víctimas, la cual contiene una cláusula de no punibilidad. El artículo 5 de esta ley señala que: “Las víctimas de la trata de personas no son punibles por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata”. Aunado a ello, tampoco “les serán aplicables las sanciones o impedimentos establecidos en la legislación migratoria cuando las infracciones sean consecuencia de la actividad desplegada durante la comisión del ilícito que las damnificara”.

Como vemos, esta excusa absoluta está redactada de manera general, a diferencia de la vista en España. Ello podría implicar una aplicación más amplia de esta en los casos. Para efectos ilustrativos, se presentará el caso de la jurisdicción argentina donde sucede ello: Causa n° 15.554, "Sanfilippo José y otros s/ recurso de casación", de la Cámara Federal de Casación Penal, Sala II.

La Cámara consideró que la sentencia era arbitraria con respecto a JS (imputado 1) y VS (imputado 2), ya que se habrían calificado como atípicas las conductas de trata de personas de ambos en agravio de dos menores de edad. Para estas, habrían contado, además, con la participación esencial de LP (imputado 3), JR (imputada 1) y LM (imputada 2). A partir de esto, la Cámara concluye que había una repartición de tareas, donde los hermanos JS (imputado 1) y VS (imputado 2) conducirían la organización, mientras que LP, LM y JR ejecutaron las tareas que se les asignaron (2014, p.29).

Sin perjuicio de lo anterior, se advirtió que en el caso existían suficientes indicios que permitían aseverar que tanto LM (imputada 2) y JR (imputada 1) habrían cometido los hechos investigados en el contexto de su victimización por el delito de trata de personas. Ello debido a que, como expresamente dice la Cámara, “tanto “JR” como “LM” ostentan la misma nacionalidad y son muy jóvenes (...) puede concluirse que existen fuertes indicios que permiten concluir que ambas fueron reclutadas mediante el *modus operandi*

que se evidenció a partir de las pruebas incorporadas en esta causa, siendo ellas también víctimas del delito de trata de personas para explotación sexual” (2014, pp. 30-31). Por ello, a pesar de haber realizado acciones típicas de trata, se les debía aplicar la excusa absolutoria prevista en el art. 5 de la Ley n° 26.364: “Las víctimas de la trata de personas no son punibles por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objetivo de trata”.

Por todo lo expuesto, la Cámara resuelve anular parcialmente la sentencia recurrida. Es así que anula la absolución de los hermanos JS (imputado 1) y VS (imputado 2), así como a LP (imputado 3), y ordena que se emita un nuevo pronunciamiento. Pero, mantiene la absolución para JR (imputada 1) y LM (imputada 2) quienes tuvieron antecedentes de victimización por trata de personas. Ello fue posible debido a la aplicación de la excusa absolutoria del artículo 5 de la Ley 26.364.

La excusa absolutoria de Argentina no tiene numerosos requisitos para su aplicación, ya que abarca el inicio de las acciones de la trata de personas y cualquier acto ilícito que se producto directo de esta situación. Es así que no se complejiza su aplicación práctica en los casos de trata de personas donde las víctimas puedan haber cometido ilícitos.

3.4. Perú

En el caso de Perú, no tenemos una excusa absolutoria general para los casos de víctimas de trata de personas. No obstante, se cuentan con instrumentos a nivel nacional y uno ratificado a nivel internacional que señalan la no criminalización de las víctimas de trata de personas que hayan cometido actos ilícitos, especialmente, en el marco de su condición migratoria y/o laboral. También, después de una búsqueda jurisprudencial, se encontró un caso que fue resuelto por una corte de la región de Cusco. A continuación, detallaremos los instrumentos y caso mencionados.

En primer lugar, contamos con el Protocolo para la Atención y Protección de Víctimas y Testigos del Delito de Trata de Personas por parte de la Policía Nacional del Perú,

actualizado por la resolución ministerial 0430-2016-IN. Específicamente, en el apartado sobre las primeras diligencias señalan que:

En caso se verifique que alguna víctima ha cometido una infracción penal previa o presente una situación migratoria irregular, bajo ningún motivo podrá perder la calificación de víctima y ser sometida a procedimiento distinto [...]. Ello, como mínimo, hasta el esclarecimiento de su condición de víctima de trata de personas. De verificarse tal condición cualquier otra calificación quedará en segundo lugar hasta la realización de las investigaciones pertinentes (Ministerio del Interior, 2016, p. 49).

De esto, deprendemos que no se puede considerar un estatus procesal distinto que al de víctima, a quien haya sido sometida a la trata de personas. Para esto, contempla tanto delitos como infracciones administrativas; estas últimas referidas a temas migratorios irregulares.

En segundo lugar, tenemos el “Protocolo del Ministerio Público para la atención de víctimas del delito de trata de personas, personas en situación de tráfico ilícito de migrantes y víctimas de delitos en el contexto de la migración”, el cual fue aprobado mediante la Resolución de la Fiscalía de la Nación n° 2291-2019-MP-FN. Este señala, entre sus principios generales, el principio de la no punibilidad o no criminalización de las víctimas. Para esto, hacen referencia al protocolo de la policía, así como a instrumentos internacionales de derechos humanos.

Cuando hablan de este principio, dicen que tanto las víctimas de trata de personas, como las personas en situación de tráfico ilícito de migrantes, no pueden ser sometidas a enjuiciamiento penal por el hecho de haber sido objeto o víctimas de dichos delitos. En ese sentido, resaltan que “es importante que las víctimas no sean criminalizadas, incluso en los casos en que no se consideren a sí mismas como tales” (Ministerio Público - Fiscalía de la Nación del Perú, 2019, p.56). Esta consideración de no reconocimiento de su condición de víctima se menciona, ya que, generalmente, las víctimas no aceptan los

procesos a los que fueron sometidas y/o mantienen una relación estrecha con sus propios tratantes.

En tercer lugar, en el año 2021, el Perú ratificó P029 - Protocolo de la OIT del año 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso. Este contempla una cláusula de no criminalización para los casos donde las víctimas cometen actos ilícitos para los que fueron tratadas, estando bajo la sujeción del sujeto activo. Como mencionamos, este protocolo también ha sido ratificado por los otros países analizados como Alemania, Argentina y España, por ende, es vinculante para estos Estados, incluyendo el Perú. A pesar de ser un instrumento de *hard-law*, no ha sido implementado en la jurisdicción interna ni en los casos a nivel judicial del Estado peruano.

En cuarto lugar, la Corte Superior de Justicia del Cusco - Juzgado Penal Colegiado del Cusco analizó la aplicación del error de comprensión culturalmente condicionado en el Expediente 0384-2012-48-1001-JR-PE-04. En este caso, Vanesa Quispe Condori fue sentenciada por el delito de trata de personas en agravio de dos menores de edad de iniciales EL.TE.HU y GU.CO.FL. Condori fue acusada de captarlas y ofrecerles 700 soles para atender en un bar de la localidad de Puerto Maldonado, lo cual ocurrió el 19 de diciembre de 2011 en la Calle Belén. Posteriormente, falsificó sus DNIs al saber que eran menores de edad y el 23 de diciembre del 2011 transportó a las menores hacia Puerto Carlos, a través de la Empresa de Transportes Maldonado Tours. En este lugar, había un Video Bar de nombre “El Escondite” administrado por “Gloria”, seudónimo de la imputada, quien las hizo trabajar en cocina, limpieza, entre otros. Además, les descontaba dinero de sus salarios por, supuestamente, tener pérdidas en las cervezas.

La defensa de Condori alegó, entre otros argumentos, que ella había sido víctima de hechos similares cuando tuvo 16 años y tenía una visión distorsionada de la realidad. Además, señalaron que era huérfana, tenía un hijo y analizaron su grado cultural. Todo ello, supuestamente, permitiría invocar un error de comprensión culturalmente condicionado por haber afectado su visión sobre la licitud o ilicitud de este hecho.

Al respecto, la Sala dijo que la imputada, después de haber estado desde los 16 años laborando en Videos Pub, abrió otro similar y captó a menores para que laboren en dicho local. Asimismo, se detalló que la imputada tenía más de 21 años, era una persona con cuarto año de secundaria, y con acceso a medios de comunicación. Con estos argumentos, se desestimó la aplicación del error de comprensión culturalmente condicionado y se optó por la aplicación del error de tipo vencible, ya que Condori señaló no conocer que las víctimas eran menores de edad; con lo cual, se atenuó la pena.

Sobre el caso expuesto, considero que para aplicar algún eximente parcial o total de responsabilidad, se debieron analizar los factores de cultura o costumbre que se indican para el error de comprensión culturalmente condicionado, pero ello no se realizó. Sin perjuicio de ello, después de analizar los datos expuestos, considero que de igual forma no hubiera sido correcto aplicar el error culturalmente condicionado por no existir elementos suficientes para acreditar una atenuación debido a sus antecedentes de victimización relacionados con la cultura o costumbre.

Como conclusión a este marco penal comparado, observamos que hay un tratamiento general del principio de no punibilidad sin explicación de su naturaleza especial dentro de la teoría del delito. Por lo cual, no se ve una uniformidad a nivel internacional sobre la atención y resolución de estos casos. Tampoco, hay una identificación clara de casos-tipo para su solución jurídico-penal. En Alemania, se reconoce explícitamente que la víctima puede cometer ilícitos bajo una situación de sujeción, pero no existe una cláusula absolutoria para su aplicación, por lo cual se analiza caso a caso. En España, existe una cláusula que para algunos es considerada como absolutoria y para otros tiene naturaleza antijurídica por su requisito de ponderación. No obstante, se complejiza su aplicación al solicitar que se dé para aquellos ilícitos cometidos en fase de explotación. En Argentina, existe una cláusula absolutoria amplia que ha permitido su aplicación en casos de materia penal. En Perú, solamente existen instrumentos nacionales, y uno internacional de derechos humanos que es vinculante, pero que no ha sido implementado en la jurisdicción interna. Estos instrumentos solo hacen un llamado a la no punibilidad de víctimas por su situación migratoria o laboral irregular.

4. Conclusiones preliminares del capítulo II

- Los enfoques socio-jurídicos, los instrumentos internacionales de derechos humanos, y los marcos jurídicos comparados nos dan luces para las propuestas de solución que se plantearán desde la dogmática penal para eximir de responsabilidad penal – en la mayoría de casos - a las víctimas que delinquen.
- Con respecto a los enfoques transversales, estos son relevantes para establecer parámetros, y tener una visión holísticas de los distintas categorías dogmático-penales y la aplicación de sus eximentes para los casos-tipo propuestos.
- El enfoque de derechos humanos es importante debido a que nos exige concentrarnos en la protección de los derechos humanos de la víctima de actos de violación sus derechos, que fue sometida a la trata o explotación. Y, una forma de actuar conforme a este enfoque es mediante la aplicación del principio de no punibilidad, así como de la consideración de las disparidades de género. Desde una visión negativa, esto no se cumpliría si después de sobrevivir a la trata, ahora la víctima debe ser sometida al juzgamiento y condena por parte del sistema de justicia. Desde una visión positiva, el Estado debe emprender acciones positivas como la implementación de programas para su rehabilitación, pero ello no se conseguiría si la víctima ahora se encuentra en un centro penitenciario.
- El enfoque de género nos permite notar que las mujeres como víctimas de trata también siguen roles de género en el circuito. Asimismo, estos estereotipos evitan su pronta identificación como víctimas por parte de los operadores de justicia. Es importante mencionar que este enfoque debe analizarse en conjunto con el enfoque interseccional, así como el enfoque de derechos humanos. Este enfoque se encuentra reconocido y desarrollado en la jurisprudencia vinculante peruana como la Corte Suprema de Justicia de la República y el Tribunal Constitucional.
- El enfoque interseccional debe tener en cuenta que la experiencia de cada víctima es diferente, debido a que considera los factores sociales, económicos, políticos generales, su propia historia de vida. Cabe destacar que este enfoque ha sido reconocido y desarrollado en la normativa peruana.

- El enfoque victimocéntrico, victimológico o centrado en la víctima es una forma de relacionarse con las víctimas, donde se busca priorizarlas para evitar su revictimización. Es importante mencionar que tiene como una de sus manifestaciones al principio de no punibilidad de las víctimas de trata de personas. Para cumplirlo a cabalidad, tiene múltiples principios como la no discriminación, confidencialidad y consentimiento informado, entre otros.
- El principio de no punición, no criminalización o no penalización consiste, en sentido amplio, en la prohibición de arrestar, imputar, detener, acusar, penalizar o sancionar a las víctimas por las conductas ilícitas en el circuito de la trata. Este es reconocido en los sistemas internacionales, como *soft-law* o *hard-law*.
- Los instrumentos del sistema universal son *soft-law*, y pueden ser aplicados al realizar un análisis pro persona y sistemático. Aborda casos donde las víctimas son involucradas en actos ilícitos porque i) es consecuencia directa de su situación, ii) fueron obligadas, coaccionadas, y/o iii) corresponden a los fines ilícitos de explotación para los que fueron tratadas.
- Los instrumentos del Sistema Europeo de Derechos Humanos sí son vinculantes, es decir son *hard-law*, para los Estados partes de Europa que los ratificaron. Entre los instrumentos, encontramos la sentencia V.C.L. y A.N. vs. Reino Unido del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- El Derecho de la Unión Europea tiene instrumentos que buscan la no penalización ni procesamiento de las víctimas, y son *hard-law*. Algunos de estos son el Convenio de Varsovia y la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo.
- En el sistema interamericano, encontramos las Conclusiones y Recomendaciones de la Segunda reunión de autoridades nacionales en materia de trata de personas de la Organización de los Estados Americanos. Este es un instrumento de *soft-law*. En ese sentido, recomienda que no se detengan, acusen o sancionen penalmente a las víctimas que hayan cometido ilícitos como consecuencia directa de su situación, y se hayan visto forzadas o coaccionadas a ello.
- Con respecto a los marcos jurídicos penales, hemos analizado a los de los Estados de Alemania, España, Argentina y Perú.

- En Alemania, se reconoce explícitamente en su código penal que, en los tipos penales de trata de personas y explotación, una víctima puede cometer ilícitos bajo una situación de trata. En estos casos, se responsabiliza al tratante. Asimismo, en un informe para el Consejo de Europa mencionaron que analizan caso por caso para aplicar o no una eximente de responsabilidad en su derecho material o procesal penal.
- En España, se ha incluido el artículo 177, inciso 11 en su código penal como una excusa absolutoria. No obstante, existen críticas sobre su redacción, ya que, con las diferentes condiciones que impone, problematiza su aplicación en los casos prácticos.
- En Argentina, existe una cláusula de no punibilidad para los casos donde las víctimas cometen delitos; estos solo deben ser consecuencia de la situación de trata. Esta cláusula permite un parámetro amplio, debido a que no establece muchas condiciones, solamente, que el “delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata”. Esta cláusula ha sido aplicada en la Causa n° 15,554 ante la Cámara Federal de Casación Penal.
- En Perú, no se cuenta con una excusa absolutoria general para estos casos. Pero sí contamos los protocolos para la atención de víctimas de la Policía Nacional del Perú y del Ministerio Público que hacen referencia al principio de no criminalización de las víctimas de trata. También, se ha ratificado un ratificó P029 - Protocolo de la OIT del año 2014 que se aplicaría para los casos donde se consuman las actividades ilícitas para las que fueron tratadas. Este es un instrumento de *hard-law*, pero no ha sido implementado en nuestra jurisdicción interna ni en los casos a nivel judicial del Estado peruano.

CAPÍTULO III: PRESUPUESTOS Y SOLUCIONES DOGMÁTICO-PENALES PARA LOS CASOS-TIPO DISEÑADOS

Después de haber analizado los enfoques, marcos comparados e instrumentos internacionales de derechos humanos, en este capítulo, detallaremos cómo desde la dogmática penal pueden exonerarse – en la mayoría de casos – a las víctimas que

delinquen en el circuito de la trata de personas. Para ello, aplicaremos diferentes eximentes para los cuatro casos-tipo diseñados en el capítulo I.

1. Posición sobre la finalidad de la pena: no están en juego los fines de la pena.

El fundamento 40 de la sentencia recaída en el Expediente 0019-2005 dice que el Estado Constitucional de Derecho peruano establece la finalidad de la pena siguiendo la teoría unificadora preventiva, o también llamada la teoría de la unión, de Claus Roxin (Tribunal Constitucional, 2005). Para Roxin, la prevención especial y la prevención general deben figurar conjuntamente como fines de la pena. Ello debido a que los hechos delictivos pueden ser evitados tanto a través de la influencia sobre el particular como sobre la colectividad (1997, p. 95).

En ese sentido, tenemos una finalidad general negativa de disuadir a los potenciales delincuentes en la etapa de conminación (Tribunal Constitucional, 2005, fundamento 40; Roxin, 1997, p. 103). En otras palabras, se busca evitar la perpetuación de crímenes por parte de otros ciudadanos.

También, en la etapa de imposición del castigo, tenemos una finalidad especial positiva (Tribunal Constitucional, 2005, fundamento 40; Roxin, 1997, p. 103). Esta busca que, durante la ejecución de la pena, el régimen penitenciario reeduce, rehabilite y reincorpore al penado a la sociedad. Esto según lo establecido en el artículo 139, numeral 22, de la Constitución Política del Perú (Tribunal Constitucional, 2005, fundamento 40).

Desde la perspectiva de la teoría unificadora, consideramos que no sancionar a las víctimas que delinquen en el circuito de la trata no pone en riesgo las finalidades de la pena señaladas por el Estado peruano. Por un lado, si se busca dar un mensaje disuasivo a potenciales delincuentes de cometer estos delitos, no se conseguiría dicha finalidad, ya que, como veremos en el presente apartado, las víctimas que cometen ilícitos no están - en la mayoría de casos - en la libertad de decidir - por miedo, amenaza, violencia, entre otros - sobre las acciones típicas a realizar. En ese sentido, no se puede disuadir

de cometer o no estos crímenes porque no depende de ellas, o dependiendo de ellas, su ámbito de autodeterminación esta tan restringido que se considera innecesaria la imposición de una pena.

Aunado a lo anterior, la exclusión de responsabilidad penal de las víctimas no genera un resquebrajamiento de la finalidad preventivo general, ya sea positiva o negativa. Ello debido a que la ciudadanía reconoce que estamos ante personas con imposibilidad o dificultad de ser motivables por la norma. Entonces, resulta inútil la pretensión de un efecto intimidante sobre ellas, no bloquea el efecto de integración o no genera un mensaje de desautorización de la norma.

Por otro lado, en la etapa de imposición del castigo, hay una finalidad especial positiva para reeducar, rehabilitar y reincorporar a la persona a la sociedad. Ello no se cumpliría en los casos de víctimas, dado que ellas no necesitan ser resocializadas por su condición de víctimas. Sin los medios de amenaza, abuso o dominio sobre ellas, las víctimas no incurrirían en la realización de injustos penales. Asimismo, los establecimientos penitenciarios no están diseñados para atender sus necesidades producto de los antecedentes de victimización que tienen. Todo lo contrario serían un factor de revictimización, así como un espacio que reforzaría el contexto criminógeno en el que se desarrollaba durante su sometimiento a trata. Esto último sobre todo porque compartiría espacio con personas que han delinquido en ejercicio de su autonomía, y donde no se diferenciaría la gravedad de los ilícitos cometidos.

A nivel de políticas públicas, existen servicios para su atención y cuidado, lo cual incluye - entre otros lineamientos - terapia psicológica, programas de reincorporación para su autosostenibilidad, así como reencuentros o reintegración familiar. Lo anteriormente señalado no es compatible con lo ofrecido ni estandarizado en un centro penitenciario, donde, además, compartirían espacio con personas que - en ejercicio de su libertad - han realizado ilícitos criminales, a diferencia de las víctimas.

Finalmente, en varios de los casos estudiados en esta tesis, observamos que las víctimas han defendido bienes jurídicos fundamentales, como la vida, la salud o la libertad. Por lo tanto, se cumple el propósito de prevenir conductas que pongan en peligro estos valiosos bienes. Si en una situación determinada se han protegido intereses de mayor importancia en comparación con otros de menor relevancia, entonces no se ve comprometido el objetivo preventivo de evitar comportamientos perjudiciales para los bienes valiosos. Esto es evidente en los casos-tipo 1 presentados en esta investigación, donde se trata de situaciones antijurídicas que se eximen de responsabilidad bajo el estado de necesidad justificante. El análisis detallado de esta cuestión se abordará en el capítulo III de este estudio.

Si bien hemos observado que no se vulneran los fines de la pena que protege el Estado peruano, es importante que también resaltemos otras teorías que prestan especial atención a las víctimas y que visibilizan su actuación en la sanción penal. Estas son las llamadas teorías expresivas³⁸, orientadas a la víctima.

Al igual que las teorías orientadas a la prevención, las cuales ya hemos abordado, las teorías expresivas, como la orientada a la víctima, consideran que la imposición de la pena criminal sirve a un fin que tiene como fundamento los intereses legítimos de las personas. Pero, lo importante, para las teorías expresivas, no es influir en la frecuencia de delitos en el futuro, sino los intereses referidos al tratamiento adecuado del comportamiento pasado. Es así que estas teorías resaltan la función comunicativa de las sentencias penales (Hörnle, 2015, p. 33).

La teoría expresiva orientada a la víctima es desarrollada por la profesora de derecho penal, Tatjana Hörnle. La idea central de esta teoría es que el sistema de justicia penal

³⁸ Dentro de las teorías expresivas, encontramos dos planteamientos, las que son orientados a la norma y las que lo son a la persona. Siguiendo a Tatjana Hörnle, las primeras subrayan que el mensaje se dirige a destinatarios indeterminados, esto es a la generalidad en un sentido más abstracto y amplio; las segundas son aquellas conforme a las cuales el mensaje de reprobación contenido en la sentencia penal se dirige a determinadas personas, como las han tenido conocimiento de la comisión del delito concreto, el autor o la víctima del hecho (2015, p. 33).

tenga en cuenta, y dé espacio a la expresión emocional y psicológica de las víctimas durante el proceso penal. Esta teoría tiene un enfoque victimocréntrico, ya que, principalmente, i) considera a la víctima y a sus derechos humanos como factores relevantes en la imposición de la sanción penal, y ii) resalta que las expresiones, emociones, traumas y preocupaciones de las víctimas deben tener un entorno seguro y propicio. No obstante lo anterior, esta teoría ha recibido objeciones³⁹ que, usualmente, están focalizadas en las finalidades tradicionales de la pena, pero cuenta con fundamentos⁴⁰ que tienen como presupuesto respetar los derechos humanos de las víctimas y sus intereses legítimos en el proceso penal.

Siguiendo a la misma autora, desde la perspectiva de las víctimas, sería insuficiente la corroboración del juicio de desvalor solamente mediante la reparación del daño o la indemnización. La reparación del daño solamente devuelve el statu quo económico a su estado anterior al hecho, de manera que aquella no constituye una genuina causación de un mal (2011, p. 43). En ese sentido, es importante que, si uno de los objetivos de nuestro sistema penal es la justicia y el respeto de los derechos humanos de la víctima, esta última será tomada en cuenta en la reparación integral que debería tener, más allá del factor pecunario.

³⁹ Primero, las teorías expresivas señalan que la función comunicativa de la pena se tiene que resaltar respecto a la víctima. Pero, sobre esta única base, no es posible construir una teoría completa de la pena. Ello debido a que, también, se tienen que castigar los delitos en los que no hay una víctima individual el hecho. Sin embargo, siguiendo a Hörnle, esta es una objeción relevante si se parte de la premisa, poco convincente, de que el sentido de las condenas penales debe determinarse de forma uniforme para el espectro íntegro de posibles delitos. (2015, p. 39). Segundo, hay quienes argumentan que posiblemente no existen necesidades de pena porque los afectados preferirían una compensación económica o una disculpa. Sin embargo, esta afirmación no es plausible sobre todo en los casos de delitos importantes contra la persona (por ejemplo, ataques corporales, delitos sexuales, entre otros) (2015, p. 39). Tercero, desde un punto de vista normativo, no es relevante aquello que un individuo concreto considera como reacción adecuada, de acuerdo con sus preferencias personales (2015, pp. 39-40).

⁴⁰ Las fundamentaciones son i) que el proyecto de monopolización del uso de la violencia en el Estado, solamente puede perdurar si la reacción a una lesión sobre todo de derechos elementales de la víctima no queda por debajo de un cierto umbral (culturalmente condicionado) de intervención, y ii) la otra línea de fundamentación se centra en los intereses legítimos de las víctimas. Estos pueden consistir en que eviten las consecuencias destructivas para la vida futura que se derivan de la humillación de la víctima mediante el delito (obsesión por el hecho, constante dudar de sí mismo, pérdida de autoestima) y de la pérdida de confianza en el sistema de justicia (Hörnle, 2015, p. 40).

En resumen, las teorías expresivas enfatizan la comunicación con la víctima y el reconocimiento de sus intereses legítimos. Aunque enfrentan objeciones, se sostiene que tienen un lugar válido en la teoría de la pena.

Tradicionalmente, el sistema de justicia penal se centraba principalmente en el acusado y sus derechos, pero esta teoría busca equilibrar esa atención al dar importancia a las necesidades y preocupaciones de la víctima. Esta teoría puede ayudar a restaurar su sensación de justicia y capacidad de agencia, incluso si el resultado del proceso penal no es necesariamente una pena severa. Siguiendo a Hörnle, la visión tradicional está marcada por el colectivismo; solo recientemente se discute sobre si puede haber un interés legítimo de la víctima en el castigo del autor (2015, p. 39). Es así que, en las explicaciones usuales sobre la teoría de la pena, no aparecen como factores centrales las víctimas.

Es importante destacar que la aplicación de esta teoría puede variar según el sistema legal y la jurisdicción específica. Algunos sistemas judiciales pueden adoptar enfoques más comprensivos hacia la expresión de las víctimas en el proceso penal, mientras que otros pueden ser más restrictivos.

En los casos de no sanción a las personas con antecedentes de victimización, también se debería tomar en cuenta la perspectiva de las propias víctimas, escuchándolas y comprendiendo que han sido ellas las que se han visto involucradas en ilícitos de los que no tenían plena decisión. Asimismo, se debe escuchar y atender a quienes fueron afectadas, pero entendiendo que, en muchos de los casos, las personas con antecedentes de victimización no serían halladas responsables, dado que hay eximentes del derecho penal que pueden aplicarse a sus casos particulares.

Aclarado el tema de una posible afectación de los teorías preventivas de la pena que sigue el Estado Constitucional de Derecho, así como a las teorías expresivas, corresponde ahora analizar las eximentes de responsabilidad penal. En el siguiente

apartado, observaremos que la mayoría de los casos encuentra solución con la aplicación de eximentes, al tener los requisitos y características necesarias.

2. Respuesta desde la dogmática penal, focalizados en los casos de víctimas en el circuito de trata de personas

Tanto los enfoques, los instrumentos internacionales de derechos humanos nos vinculan a interpretar o utilizar diversos instrumentos de la dogmática penal para excluir de la reacción penal a las víctimas del circuito de trata que incurren en eventos delictivos. En ese sentido, en este apartado, desarrollaremos un breve panorama de las categorías dogmático penales de la teoría del delito.

Esto nos permitirá analizar la responsabilidad penal; y, especialmente, el tipo de eximentes aplicables a los casos donde las víctimas cometen delitos en el circuito de la trata de personas. Es importante destacar que la teoría del delito no solo abarca los elementos necesarios para establecer la existencia de un delito y atribuir responsabilidad a su autor, sino que también incluye elementos para la exclusión de la relevancia penal de un hecho o para eximir de responsabilidad a aquel que ha realizado un injusto. Basándonos en esta premisa, examinaremos cuál es el tratamiento más adecuado desde la perspectiva de la dogmática penal para excluir la responsabilidad penal de las víctimas.

Para ello, primero, abordaremos la categoría de antijuridicidad, específicamente, el estado de necesidad justificante. Segundo, observaremos la categoría de culpabilidad, donde haremos énfasis en algunos eximentes como el estado de necesidad exculpante y el miedo insuperable. Tercero, hablaremos de la categoría de punibilidad, su naturaleza y sus implicancias jurídicas. Aunado a ello, para cada una de estas categorías, aplicaremos los casos-tipo esbozados en el capítulo I. Ello nos permitirá analizar si reúnen los elementos necesarios para algún eximente de responsabilidad penal.

Antes de abordar estas categorías de la teoría del delito, es importante señalar algunas consideraciones. Primero, la presente tesis no tiene por objetivo principal incidir en los debates dogmático-penales sobre los distintos elementos de la teoría del delito. Es así que – en la mayoría de casos - adoptaremos posturas mayoritarias sobre los elementos descritos. Ello para la aplicación práctica en los casos-tipo que se plantearan.

Segundo, es importante advertir que, para efectos de la presente investigación, seguiremos la teoría tripartita del delito. Ello debido a que es aún mayoritaria en la doctrina nacional e internacional⁴¹, y nos resulta pedagógicamente más adecuada para efectos de la presente investigación. Los sistemas tripartitos del delito se desarrollaron sobre la base de los bipartitos en la ciencia del derecho alemán a finales del siglo XIX (Villavicencio, 2006, p.232). Este sistema fundamenta al delito a través de la acción. Por ello, considera que cualquier persona es capaz de cometer una acción, sin consideración de su capacidad de imputabilidad (Villavicencio, 2006, p.232). En ese sentido, esta pasa de ser un presupuesto de la acción a uno de la culpabilidad (citado en Villavicencio, 2006, p.232). Según la definición tripartita, el delito consiste en tres elementos: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, elementos que convierten a la acción en un delito (Wezel, 2011, p. 80). Esta división es la que usaremos para explicar y analizar la aplicación de cada eximente de responsabilidad penal para los casos propuestos.

Tercero, en los casos tipo-esbozados, hay una conducta riesgosa consciente. Es así que no hemos abarcado los casos de actuación bajo error o conductas que están dentro del riesgo permitido. Por ello, no abordaremos la atipicidad, y analizaremos directamente las siguientes categorías de la teoría del delito: antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad.

⁴¹ Como parte de la doctrina nacional, siguen este sistema tripartito los siguientes autores: Villavicencio, F. (2006). *Derecho penal: parte general*. Grijley; García, P. (2012). *Derecho penal: Parte general*. Jurista Editores . En referencia a la doctrina internacional, tenemos a los siguientes exponentes: Wezel, H. (2011). *El nuevo sistema del derecho penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. BdeF.; Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general*. (Tomo I). Civitas Ediciones.

Cuarto, en esta investigación, no analizaremos a la legítima defensa en la categoría de antijuridicidad para los casos donde las víctimas afecten algún bien jurídico de sus tratantes o explotadores. Esto obedece a que los casos-tipo esbozados en esta tesis se centran en las actividades ilícitas que se originan en la circuito para hacer sostenible o perpetuar la trata de personas y explotación humana. Además, los actos ilícitos no se dirigen en la mayoría de los casos contra el propio tratante o explotador sino contra terceros.

Quinto, no abordaremos los casos donde las víctimas que delinquen son menores de edad. Ello debido a que supone un análisis desde el sistema penal juvenil y sus principios. En estos casos, que esperamos puedan realizar en una posterior investigación, se podrían analizar situaciones de inimputabilidad o de error de prohibición.

Sexto, analizaremos los eximentes de responsabilidad penal - como el estado de necesidad justificante, el estado de necesidad exculpante y el miedo insuperable - desde enfoques transversales presentados en el capítulo I, tales como el enfoque de género, el enfoque interseccional, el enfoque victimocéntrico, entre otros. Estos enfoques permitirán una comprensión más completa y contextualizada de los eximentes, teniendo en cuenta las diversas dimensiones y factores que pueden influir en la situación de las víctimas en el circuito de la trata de personas.

2.1. Antijuridicidad: Estado de necesidad justificante

La antijuridicidad es una categoría de la teoría del delito que significa “contradicción en el derecho” y permite determinar el injusto penal. La mencionada contradicción consiste en que una acción tenga “un nivel de desvalor que permita sustentar su contrariedad al ordenamiento penal” (García, 2012, p. 569). Otros autores como Hurtado Pozo y Villavicencio consideran que esta valoración negativa es con respecto a todo el orden jurídico (Hurtado Pozo, 2005, p. 513; Villavicencio, 2006, p. 531). Coincido con este último punto de vista, ya que, en los casos que esbozaremos, es necesario para evitar

sanciones civiles de carácter pecuniario a las víctimas. El análisis sobre este punto será retomado al final del presente capítulo.

Esta categoría dogmática tiene un aspecto formal, así como uno material. El aspecto formal hace referencia a la contravención entre la conducta realizada y el ordenamiento jurídico, es decir, la oposición al mandato o prohibición normativa, el cual exige un actuar o una abstención dependiendo del caso (García, 2012, pp. 569-570; Villavicencio, 2006, p. 529). Por ejemplo, siguiendo el artículo 129-D del Código Penal peruano, el mandato de la norma penal es abstenerse de realizar acciones de promoción, favorecimiento o facilitación de la explotación sexual. Ahora bien, para que una conducta sea considerada como antijurídica, no debe haber alguna norma permisiva que, de forma excepcional, levante el mandato o prohibición general (García, 2012, pp. 569-570). Un ejemplo de norma permisiva es el aborto terapéutico, establecido en el artículo 119 del Código Penal peruano, el cual dice: “No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente”. Cabe destacar que, al considerar este único aspecto y no el material, había la limitación de no graduar la gravedad del injusto (García, 2012, p. 570).

Ahora bien, en el aspecto material, valoramos el carácter dañino de la conducta realizada al bien jurídico protegido, lo que puede ser una lesión o puesta en peligro al mismo⁴², sin una causa de justificación (García, 2012, p. 570; Hurtado Pozo, 2005, p. 514; Villavicencio, 2006, p. 529). Este aspecto es importante en la práctica. Ello debido a que, principalmente, permite graduar el injusto y darle un provecho dogmático (Villavicencio, 2006, p. 530). Como sabemos, la ilicitud es graduada en correlación a la gravedad de la acción típica, la cual se guía de las pautas sociales. Por ejemplo, genera un mayor rechazo social la explotación sexual a la difamación a una persona; es así que la primera conducta tiene un valor negativo superior. Ello afecta su criminalización primaria y secundaria, lo cual implica que se fundamenten las razones por las cuales a un

⁴² Siguiendo el Artículo IV, Título Preliminar, del Código Penal peruano: “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”.

determinado comportamiento (acción o abstención) se le conmina una pena por ser calificado como una “lesión intolerable del orden de la comunidad” o “comportamiento socialmente dañoso” para que se le conmine una pena (Villavicencio, 2006, pp. 529 - 530).

También, encontramos otras consideraciones en las que la antijuridicidad material es importante para la política criminal. Por un lado, permite comprender mejor los tipos penales. Por otro lado, al comprender los criterios anteriores, facilita y permite que se amplíen otras causas de justificación adicionales a las ya establecidas por la ley (Hurtado Pozo, 2005, p. 516).

La presente investigación plantea, como una de las soluciones dogmáticas a los casos-tipo 1, acudir a una causa de justificación específica para las situaciones donde las víctimas cometen delitos en el circuito de trata de personas. Esta propuesta toma en cuenta el aspecto formal y material de la antijuridicidad, así como la naturaleza de resolución de conflictos.

Desde lo formal, si bien existen normas que sancionan acciones u omisiones de algunos ilícitos en las que podrían incurrir las víctimas (como falsificación de documentos), se propondrá la aplicación de normas permisivas que levanten dicha prohibición para algunos casos específicos de víctimas con antecedentes de victimización por trata de personas y/o explotación humana. Por ejemplo, tenemos al estado de necesidad justificante establecido en el artículo 20, inciso 4. Desde lo material, las situaciones del caso-tipo 1, que son materia de estudio, no deberían ser tomadas como antijurídicas. Ello debido a que imponerle una pena a las víctimas puede considerarse más reprochable que el delito en sí mismo cometido por estas.

Por lo expuesto, en la categoría de antijuridicidad, se analizan aquellas causales que pueden exonerar de responsabilidad penal al autor, al convertir el hecho típico en lícito.

Estas son llamadas causas de justificación⁴³. Siguiendo a García Cavero, “deben ser interpretadas como supuestos en los que se levanta la competencia penal por la producción de un suceso indeseado en situaciones especiales de conflicto” (2012, p. 573), siendo este levantamiento exclusivo a aquel sujeto - competente - que se encontró en una situación de conflicto. Precisamente, la razón de las causas de justificación es regular socialmente los intereses en conflicto. Es así que con ella se afirma el interés que el ordenamiento jurídico prepondera sobre otro. Y, en caso no se puede realizar dicho análisis, el propio sujeto debe decidir cuál de ambos deberes quiere cumplir cuando está en un contexto en el que se confrontan los mismos.

Siguiendo a Molina, las causas de justificación responden al principio de ponderación de intereses, entendiendo este desde una perspectiva amplia (2009, p. 23). Es así que, según el mismo autor, tenemos criterios para la determinación de esta preponderancia. Primero, si la supervivencia de un interés depende necesariamente de la lesión de otro, se halla como solución que, en caso de conflicto no evitable, se elija el menor mal; para ello, también deben tenerse en cuenta las circunstancias valoradas por el derecho (2009, p. 25). Es decir, deben prohibirse acciones que provoquen un saldo negativo en el conjunto de intereses afectados (2009, p. 25). Segundo, esta ponderación debe atender a los intereses directos o indirectos, y tomando en cuenta i) su valoración jurídica, ii) el peligro que los amenaza, y iii) la posible existencia de deberes especiales de sacrificio (2009, p. 29). Los criterios mencionados serán analizados para los casos-tipo esbozados en el capítulo I, ya que, si bien, desde una primera impresión, parecería que algunos intereses son superiores a otros como la vida o salud, también deben de tomarse en cuenta el peligro al que están expuestos en mayor o menor medida.

⁴³ Para las teorías monistas, todas las causas de justificación tienen como fundamento un único principio; acá se encuentra, por ejemplo, la teoría del fin. Según esto, “conforme a la cual la acción no es ilícita si constituye el medio adecuado (justo) para alcanzar un fin reconocido por el orden jurídico”. También, tenemos a los sistemas fundados, por ejemplo, en el criterio de la “confrontación de intereses”, donde hay que salvar el más importante de los intereses en conflicto. Para las teorías pluralistas, las causas de justificación se fundamentan en diferentes causas de justificación. De esta manera, se consideran de un modo alternado, según la situación particular, la “falta de interés”, “el interés preponderante”, “la confrontación de bienes y el fin permitido” (Hurtado Pozo, 2005, p. 519).

Ahora bien, para determinar la existencia de una causa de justificación, se toma en cuenta una fase objetiva y una fase subjetiva, siendo esta última discutida. El primero es entendido como “una situación de conflicto que autoriza su solución mediante una conducta que estaría prohibida en otro contexto de actuación” (García, 2012, p. 576). El segundo es el conocimiento que se imputa al sujeto en un escenario de justificación. En ese sentido, el sujeto debe haber actuado conociendo la situación de hecho justificante y sobre la base de las facultades que esta le otorga (Villavicencio, 2006, pp. 533-534). Es así que la víctimas deben conocer, en el estado de necesidad justificante, la circunstancia de peligro y, si lo hacen, actúan - desde la fase subjetiva - bajo una causa de justificación.

Cabe reiterar que la presente tesis, no analizará la legítima defensa para los casos donde las víctimas afecten algún bien jurídico de sus tratantes o explotadores. Ello debido a que los casos-tipo esbozados en esta investigación son respecto a las actividades ilícitas que se originan en el circuito para hacer sostenible o perpetuar la trata de personas y explotación humana.

Ahora bien, en el siguiente punto, analizaremos el estado de necesidad justificante, causa de justificación pertinente para resolver el casos-tipo 1. Este será esbozado al final del presente capítulo.

2.1.1. ¿Qué es el estado de necesidad justificante?

El estado de necesidad es una situación de peligro grave, actual e insuperable (Meini, 2014, p. 343). Esta situación puede tener como origen la naturaleza o el comportamiento humano, asimismo, hace referencia a un bien jurídico individual o colectivo (García, 2012, p. 596). Fundamentalmente, opera cuando el peligro es hacia bienes que se defienden y son de titularidad individual.

2.1.1.1. Sobre la situación de peligro

La situación de peligro tiene varias características⁴⁴. En primer lugar, este se dirige de forma grave a un bien jurídico, que tiene un titular. Es decir, la amenaza a los intereses en conflicto es relevante y seria. Ello condiciona a que la prevalencia de un interés con respecto a otro implique necesariamente su perjuicio (Meini, 2014, p. 343).

Para analizar la gravedad del peligro en los casos de la presente investigación, debemos considerar los medios por los cuales las víctimas se encuentran en un contexto de subordinación como la amenaza, coacción, violencia, entre otros. Estos se usan para poner en riesgo o afectar bienes jurídicos de importancia como la vida, salud, libertad, entre otros de las víctimas. Los medios intensifican el contexto de peligro en la que se encuentra la víctima, y han sido - en gran medida - formas en las que se la puede obligar a cometer actos ilícitos.

Ahora bien, sobre la gravedad del peligro, también corresponde analizar el término “hombre medio”. Variable que se pretende usar como neutral para ejemplificar qué se debería entender como situación de peligro o cómo se debería actuar frente a esta. No obstante, esta variable tiene que ser vista desde un enfoque transversal de género e interseccional que, como desarrollamos en el capítulo II, son de vital relevancia para entender la trata de personas, considerando que la mayoría de las de las víctimas son mujeres y/o se encuentran en una situación de vulnerabilidad.

El término “hombre medio”, mediante el cual se pide que la persona actúe de forma razonable y como lo haría otro en su lugar, debe ser visto bajo la perspectiva de una víctima de trata de personas. Esta se encuentra en situación de subordinación y/o explotación, producto de medios como el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad, de poder, coacción, entre otros.

⁴⁴ Las características del peligro han sido esbozadas tomando en consideración la doctrina de juristas reconocidos y con una destacada trayectoria a nivel nacional como Ivan Meini, José Hurtado Pozo, Percy García Cavero y Felipe Villavicencio. Asimismo, por Claus Roxin, uno de los mayores exponentes a nivel internacional de la teoría del delito, y frecuentemente referido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema.

Asimismo, los casos del circuito de la trata de personas, especialmente en la fase de explotación, pueden ser equiparables a los de mujeres víctimas de violencia, ya que son contextos de peligro por agresión permanentes, donde hay una subordinación por diferentes motivos. En ese sentido, Marcela Roa dice que, para los casos de mujeres maltratadas, se debe tener en cuenta que no se trata de una ‘mujer media’ cualquiera, sino de una mujer en un contexto específico, en un especial escenario. Si se le exige ser una “mujer media” sin tomar en cuenta características específicas derivadas de la situación de violencia, tendríamos un trato desigualitario y discriminatorio (2012, p. 62). Ello debido a que, siguiendo la opinión de Roa, “se le pediría una conducta razonable, cuando la víctima se desarrolla en una de anormalidad en la que la razonabilidad del sujeto claramente está afectada” (2012, p. 62).

En nuestra opinión, añadiremos que la expresión “hombre medio” debe también tener un enfoque interseccional, donde se tome en cuenta situaciones de vulnerabilidad como origen, idioma, edad, grado de instrucción, nivel socioeconómico. De esa forma, podemos entender los recursos que tiene a disposición la víctima para conocer o enfrentar las circunstancias de peligro que la afectan.

Como se desprende de lo descrito, el concepto de “hombre medio” en la concepción usual solo podría tener sentido para aquellos que no están en situación especialmente vulnerable. Pero, en los casos de víctimas, debe aplicarse un enfoque de género e interseccional, que tome en cuenta las variables a las que son sometidas. Ello debido a que la intensidad del peligro no requiere ser tan alta como la que se busca para el “hombre medio”. Con ello, no estamos incursionando en un análisis subjetivo e individual del caso, lo que nos conllevaría a la culpabilidad, sino a tener en consideración una diferente categoría del peligro para un colectivo diferente.

En segundo lugar, otra característica del peligro es la actualidad, la cual tiene dos formas de ser entendida. La primera es que ha de ser actual o inminente. Ello exige que, en temporalidad, “el estado de necesidad es real y cierto (actual); o que es seguro que sucederá en cualquier momento próximo y ya no se exige esperar a que empiece para

poder evitarlo (inminente)” (Meini, 2014, p. 343). La segunda es la actualidad entendida como una situación riesgosa que perdura y puede, aun cuando no de manera determinada, dar lugar a un daño (Hurtado Pozo, 2005, p. 551). Esto es el llamado peligro permanente, el cual en cualquier momento puede desembocar en un daño (García, 2012, p. 598). Para Hurtado Pozo, un ejemplo de ello es el hecho de aterrorizar a una persona mediante actos de hostigamiento y violencia (2005, p. 551), lo cual es aplicable en la presente investigación. En esta línea, y de forma equiparable a las situaciones de violencia intrafamiliar, Roxin señalaba lo siguiente “también constituye un peligro permanente el tirano familiar que de momento está pacífico, pero que en cualquier instante puede proceder de nuevo a los malos tratos” (1997, p.903). Ello puede darse por hecho en contextos de trata de personas, los cuales son violentos. En los casos que analizaremos, la situación de peligro a la que están expuestas las víctimas es inminente o de carácter permanente, precisamente, al encontrarse en contexto de violencia y amenaza.

Para hacer una evaluación del peligro, tenemos que hacer un juicio de peligrosidad *ex ante* (antes del hecho) y *ex post* (después del hecho). Sobre el análisis *ex ante*, el juez debería analizar “la situación según lo haría un hombre medio con sus conocimientos y con los que personalmente pudiera tener el agente” (citado en Villavicencio, 2006, p. 553), es decir, de forma objetiva; y solamente en algunos casos será necesario recurrir a expertos (Hurtado Pozo, 2005, p. 549). Como hemos detallado, este análisis de la variable “hombre medio” debe hacerse considerando el contexto particular de la víctima, desde un enfoque de género e interseccional. Caso contrario, estaríamos equiparando de forma desigual la situación de una víctima de sometimiento frente a un “hombre medio”, persona que no comparte las condiciones de dicho contexto.

También, la existencia de un peligro concreto requiere un juicio *ex post*, donde se acredite que realmente existió un peligro para un bien jurídico. Y, que este no se materializó en un daño, debido a la conducta de quien actuó para preservarlo (García, 2012, p. 598). En estos casos donde la víctima es sometida a la trata o explotación, existe una situación antijurídica prolongada. Es decir, la violencia, la amenaza, o cualquier otro

medio son calificados como latentes o permanentes por el sometimiento en el que mantienen a la víctima.

2.1.1.2. Sobre la imposibilidad de evitar de otra manera el peligro, o también llamado como la necesidad de defensa

Sobre esta característica⁴⁵, en el artículo 20, inciso 4, se dice lo siguiente: “no puede superarse de otro modo”. Esto, en palabras de Hurtado Pozo, debe entenderse en que “la realización del acto típico, objeto de la justificación, debe ser el medio apropiado para evitar el peligro y el último al que debe recurrirse, es decir, no debe existir otro menos dañino (exigencia de la *ultima ratio*)” (2005, p. 551). Y, si existiera otra posibilidad de actuación distinta o menos lesiva, es decir, no sacrificando o poniendo en peligro algún interés, no sería una situación de conflicto insuperable (Meini, 2014, p.343). Para los casos esbozados, señalaremos que - para evitar el peligro a los bienes jurídicos individuales de la víctima - no hay más opciones que realizar lo indicado por el tratante o explotador, lo que conlleve a una afectación de otros bienes individuales o colectivos. Cabe destacar que, para aseverar que no hay otro medio, siempre debe haber una orden directa o un mecanismo del tratante, es decir, la víctima solo debe de cumplir con lo ordenado o pactado, pero no tomar decisiones o acciones más allá de ello.

Ahora bien del elemento que estamos analizando, surge el concepto de “existencia de otros medios” que debe ser abordado también desde un enfoque de género e interseccional. Siguiendo a Roxin, las otras posibilidades de evitar un mal no se pueden apreciar a la ligera; por ejemplo, la apelación de acudir a la “policía contra el padre de familia que comete malos tratos se ha demostrado a menudo ineficaz (...)” (1997, p.905). Extrapolando el ejemplo a los casos de trata de personas o explotación, no se puede exigir - aunque la víctima no se encuentre privada de su libertad - que acuda a denunciar

⁴⁵ El elemento “necesidad de defensa” ha sido esbozada considerando la doctrina de juristas reconocidos y con una destacada trayectoria a nivel nacional como Ivan Meini y José Hurtado Pozo. Asimismo, por los mayores exponentes a nivel internacional de la teoría del delito como Claus Roxin y Günter Jakobs. Estos autores son frecuentemente referidos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema del Perú.

la situación de cosificación y violencia en la que vive por parte de los tratantes o explotadores, ya que, precisamente, se encuentra en un contexto de dependencia y subordinación que hace fácticamente improbable que, en una situación de peligro, vea como una opción viable acudir a la justicia, la cual puede ser también ser cuestionada o haber perdido credibilidad frente a la sociedad por la impunidad de casos. Es así que la posibilidad de acudir a la justicia es una opción formal, más no real de cumplirse o de ser efectiva para evitar el mal.

No obstante, en los casos-tipo que se plantearán, existe un autor mediato quien ejerce el control y decisión sobre las acciones de la víctima. Es así que la persona justificada es quien obra como instrumento, y únicamente decide sobre la distribución del daño. Es el creador de la situación - el autor mediato - quien tiene un dominio de la decisión, ya que tenía la posibilidad de no se produjera daño alguno (Jakobs, 1997, p.772).

2.1.1.3. Sobre la preponderancia del interés protegido o proporcionalidad

La preponderancia⁴⁶ no corresponde únicamente a la comparación abstracta de los bienes jurídicos; también, se debe considerar la intensidad del peligro que los amenaza (García, 2012, p. 600; Hurtado Pozo, 2005, pp. 553-554). Siguiendo a García, “no se trata de elegir entre un mal mayor y uno menor; sino entre bienes jurídicos de distinta valoración que pueden estar sometidos a peligros de distinta magnitud” (2014, p. 346).

Debido a que las penas impuestas en el código penal no necesariamente responden a criterios objetivos, se recurren a criterios materiales de jerarquización de los bienes jurídicos propuestos por Roxin: “las cuestiones de orden general ceden ante bienes jurídicos individuales, los valores de la personalidad tienen preferencia respecto de bienes patrimoniales, y la vida o la integridad física constituyen intereses superiores

⁴⁶ Para el elemento de preponderancia, se ha considerado a la doctrina de juristas con una destacada trayectoria en el Perú y que además cuentan con manuales sobre teoría del delito como José Hurtado Pozo y Percy García Caveró.

frente a otros bienes individuales como la libertad o el honor” (Citado en García, 2012, p. 601). Como ya se ha mencionado, para la evaluación de estos bienes, se debe recurrir no solo a la relevancia del bien, también al contexto, es decir, al peligro al que se encuentran expuestos. Y, la evaluación del peligro para los casos de víctimas de trata de personas debe considerar los medios por los cuales las víctimas se encuentran en un contexto de subordinación como la amenaza, coacción, entre otros.

2.1.1.4. Sobre la cláusula de adecuación

En el artículo 20, inciso 4, literal b, se establece una cláusula de adecuación⁴⁷: “Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro”. Esto hace referencia a que, más allá del balance positivo de ponderación, si la solución tenía ya una forma establecida o excluía alguna, cualquier otra solución del conflicto era un medio inadecuado (Jakobs, 1997, p.514).

Su función es limitar a la ponderación o cálculo de beneficio; y “parte del reconocimiento del afectado como persona y, por tanto, niega la legitimidad de los actos que producen una considerable pérdida de su libertad” (García, 2012, p. 602). Es así que, con la mencionada cláusula, se llama al respeto del contenido esencial de la autonomía y dignidad de la persona humana; caso contrario, se permitirían situaciones de violencia estructural (García, 2012, p. 602).

2.2. Culpabilidad: Estado de necesidad exculpante y miedo Insuperable

La culpabilidad es la tercera categoría de la teoría del delito que evalúa la condición del sujeto - capacidad, conocimiento, autodeterminación, internalización cultural, entre otros - frente al sistema jurídicosocial en el que se encuentra para determinar si responde o no con una pena por un hecho determinado. Ello debido a que estos factores podrían haber condicionado sus acciones. En esta misma línea, Villavicencio señala que el concepto

⁴⁷ Para la cláusula de adecuación, se ha tomado en cuenta autores de la doctrina representativa nacional e internacional como los José Hurtado Pozo y Percy García Cavero.

de culpabilidad debe comprender la situación de la persona frente al Estado; y, de este último, frente a su situación individual y diversidad de condicionamientos (2006, p. 565).

Para proteger al individuo frente al poder de estatal, y por ende, ponerle límites, es necesario que el concepto parta, además, de las garantías del principio de culpabilidad⁴⁸. Es así que, en la categoría de culpabilidad, se responde por el hecho, y no por la conducta de vida, por el carácter o por el ánimo (Villavicencio, 2006, p. 563). Y, cuando estos factores influyen, el análisis es respecto al hecho, por ende, no se puede imponer una pena solo por la existencia de algunas condiciones del sujeto. En esa línea, Feijoo señala que, en un sistema democrático de libertades, no se debe buscar la culpabilidad en momentos anteriores al hecho o en relación a cómo una persona ha ido configurando su vida o su personalidad, ya que la biografía personal es privada y solo puede pasar a ser objeto del proceso si el imputado lo alega para justificar su irresponsabilidad personal parcial o total por lo que ha sucedido (2017, p. 240).

Para los casos de víctimas de trata de personas y explotación humana, esta categoría es de su suma importancia, ya que hay factores como el contexto de desarrollo, situación de vulnerabilidad o un estado de temor permanente que pudieron haber determinado la comisión de delitos. Estos factores fomentarían la aparición de miedos y la reducción del ámbito de determinación de las víctimas. Aunado a lo anterior, es imperativo considerar, desde una perspectiva interseccional y de género, la edad, grado de instrucción, género, entre otros factores de las personas investigadas con antecedentes de victimización.

Cabe destacar que la mencionada categoría, tiene un aspecto formal, así como un material. El primero es el “conjunto de elementos contemplados como presupuestos subjetivos de la imputación en un sistema de Derecho penal históricamente dado”

⁴⁸ El Expediente N.º 2868-2004-AA/TC, fundamento 21, dice lo siguiente sobre el principio de culpabilidad: “un límite a la potestad sancionatoria del Estado está representado por el principio de culpabilidad. Desde este punto de vista, la sanción, penal o disciplinaria, solo puede sustentarse en la comprobación de responsabilidad subjetiva del agente infractor de un bien jurídico. En ese sentido, no es constitucionalmente aceptable que una persona sea sancionada por un acto o una omisión de un deber jurídico que no le sea imputable” (Tribunal Constitucional, 2004).

(Villavicencio, 2006, pp. 563-564). El segundo corresponde a la identificación del contenido de los presupuestos en que se fundamenta, dado que no es suficiente señalar a la culpabilidad como juicio de reproche (Villavicencio, 2006, pp. 563-564).

Ahora bien, hemos esbozado en el primer párrafo un concepto general de la culpabilidad. No obstante, este tiene particularidades dependiendo de la teoría que se siga. Cabe destacar que son varias las teorías⁴⁹, pero nos enfocaremos solamente en la funcional, ya que nos será útil para demostrar que, en la mayoría de los casos, las víctimas de trata de personas deberían ser excusadas de responsabilidad penal.

Desde una teoría funcional, el concepto de culpabilidad está relacionado con los fines preventivos de la pena y la constitución de la sociedad. Ello sobre la base de dos acepciones i) la capacidad de autodeterminación - libertad, y ii) la persona considerada como un ser social.

Lo descrito anteriormente puede interrelacionarse de la siguiente manera. Sobre la relación con los fines preventivos de la pena, se debe tener como base de la “libertad” o autodeterminación⁵⁰, pero no en un sentido abstracto o metafísico, sino en una especial

⁴⁹ Entre ellas, encontramos a las teorías basadas en la ética del discurso y la teoría normativa. La primera señala que “la ética del discurso abandona el grado de abstracción de la teoría funcional de la culpabilidad y trabaja con conceptos de persona y de culpabilidad válidos en exclusiva para un sistema democrático de libertades” (Feijoo, 2017, p.231). Asimismo, las teorías basadas en la ética del discurso no permiten declarar legítimamente culpables a los que carecen del derecho o de la posibilidad real de participar en los procesos de decisión política, quedando de esta manera gran parte de las penas que se imponen reducidas a medidas que satisfacen necesidades preventivo-generales sin culpabilidad, es decir, sanciones puramente instrumentales” (Feijoo, 2017, p.232). La segunda hace referencia a que la culpabilidad es la reprochabilidad jurídico-penal individual del hecho típico al sujeto (Luzón, 2012, p.32), que se sustenta en el libre albedrío del sujeto. Esta libertad de decisión y actuación del sujeto es la posibilidad que tiene para acceder y determinarse normalmente por las normas, así como en la exigibilidad penal individual basada en valoraciones normativas que no hagan comprensible, explicable o disculpable su infracción en la situación concreta (Luzón, 2012, p.32)

⁵⁰ Este término ha sido criticado por otras ciencias extrapenales como la neurociencias, especialmente, en las conclusiones de los experimentos realizados por B. Libet (Perez Mazano, 2012, p. 472). Sus resultados evidenciaron que, en la toma de decisiones y ejecución de un movimientos corporales voluntarios, existe actividad cerebral no-consciente con carácter previo a la actividad cerebral consciente. Para algunos científicos, esto es una prueba empírica de no existe libertad de voluntad, donde el sujeto no domina su propia decisión consciente para realizar acciones (Perez Mazano, 2012, p. 476). No obstante, en una

ubicación de la persona frente a un cúmulo de condicionamientos que corresponde a un proceso histórico de reconocimiento social y jurídico de la libertad de actuación. En otras palabras, la libertad personal corresponde a la capacidad de poder dirigir la conducta hacia objetos de referencia y actuar conforme a la norma de cada sociedad (Villavicencio, 2006, pp. 564-565; Feijoo, 2017, p.222). En esta misma línea, Mercedes Perez Manzano señala que la imagen de una persona que se autodetermina, es decir, que actúa con consciencia y voluntad, es compatible y necesaria para una concepción del derecho penal que parte de su eficacia preventiva, y de la responsabilidad personal como sustrato de una sanción justa. Todo ello fundamenta legítima y racionalmente al derecho penal (2012, pp. 497-498).

En los casos tipo esbozados, las víctimas que delinquen precisamente han pasado por un proceso de despersonalización y cosificación. En las condiciones descritas, no se puede alegar, por ende, que una víctima es capaz de autodeterminarse plenamente o tomar decisiones que no estén condicionadas - en la mayoría de los casos - por un tercero. Todo lo contrario, usualmente, son usadas como instrumentos para los fines de sus tratantes y/o explotadores. Adjudicarles responsabilidad penal, en la mayoría de casos, iría contra los fines de la pena, que han sido descritos en el primer acápite de este capítulo. Específicamente, en el caso de la finalidad preventiva general, se les instrumentalizaría frente a la sociedad, al ser personas que realizaron acciones sin capacidad plena de autodeterminación. Ello es contrario a lo que busca evitar la culpabilidad, como una categoría de la teoría del delito, es decir, la instrumentalización de las personas, así como las relaciones sociales. Esto debido a que permite "reflexionar sobre el fundamento y legitimación de la culpabilidad en un modelo penal orientado a la prevención general positiva de una forma que resulte compatible con los conocimientos que nos proporciona la ciencia, especialmente la neurociencia" (Feijoo, 2017, p. 220).

publicación posterior de 1999, LiBet sostiene que existe un margen temporal de alrededor de 100 ms entre la toma de consciencia de la decisión y el envío de la señal neuronal desde el cerebro a la mano para la ejecución del movimiento, donde la mente consciente puede permitir ejecutar la decisión o vetarla (Perez Mazano, 2012, p. 483).

Como vemos, este concepto de culpabilidad parte de dos premisas. Primero, la culpabilidad no es solo un límite a las finalidades preventivas, también es un fundamento normativo por el que una persona concreta sufre la imposición de una pena orientada a la prevención general (Feijoo, 2017, pp. 220-221). Segundo, se busca un fundamento único del que se deriven todas las exclusiones concretas de la culpabilidad reconocidas jurídicamente como la inimputabilidad, desconocimiento invencible de la antijuridicidad y exculpación (Feijoo, 2017, p.221).

Las exclusiones de responsabilidad en la culpabilidad son conocidas como “causas de exculpación”; no obstante, parte de la doctrina las diferencia entre causas de exclusión de la culpabilidad y causas de exculpación. En las primeras, encontramos la falta de imputabilidad y el error de prohibición invencible; en ellas, desde el inicio, faltaría toda culpabilidad, ya que el sujeto no podía actuar de otro modo. En las segundas, observamos al exceso en la legítima defensa y el estado de necesidad exculpante; en estas, la culpabilidad disminuiría, y el legislador renuncia a la formulación del reproche de culpabilidad en sí todavía posible (Roxin, 1997, pp. 814-815).

Coincidimos con las posiciones que consideran que la distinción señalada no es justificada. Ello debido a que, primero, refuerza un rigorismo punitivo. Si señalamos que solo en las “causas de exculpación”, el legislador tiene la potestad de renunciar al reproche, le quitamos la potestad de legislar sobre las penas referidas a las “causas de exclusión de culpabilidad”. Segundo, resulta políticocriminalmente erróneo, porque contradice la opinión aceptada y generalizada de que la culpabilidad es una condición necesaria, pero no suficiente de la pena estatal (Roxin, 1997, p. 815). Son casos donde hay capacidad y conocimiento de la antijuridicidad, pero su ámbito de autodeterminación está sensiblemente disminuido que no merece reproche haber actuado en contra de la norma penal.

Dentro de las causas de exculpación, tenemos los siguientes elementos: inimputabilidad, conocimiento de la antijuridicidad, e inexigibilidad. A continuación, desarrollaremos brevemente cada uno de ellos.

La inimputabilidad corresponde cuando el sujeto que realizó un comportamiento humano (con consciencia y voluntad) antijurídico es incapaz de comprender este significado antijurídico del mismo, o de dirigir su actuación conforme a dicha comprensión (Mir, 2008, p. 563). Es así que requiere dos elementos: a) la capacidad de comprender lo injusto del hecho, y b) la capacidad de dirigir la actuación conforme a dicho entendimiento (Mir, 2008, p. 563). Son inimputables, siguiendo el artículo 20 del código penal, los menores de 18 años (inciso 2), y las personas con anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión (inciso 1).

El conocimiento de la antijuridicidad es un elemento de imputación personal. Hace referencia la internalización de la persona sobre aquello que es prohibido, es decir, un paso más allá del conocimiento e información (Villavicencio, 2006, p. 613). Es así que, para determinar la conciencia de lo injusto, se requiere que el sujeto “haya tenido la posibilidad exigible de comprensión de antijuridicidad, pero no en sentido término-jurídico, sino en la valoración propia del autor” (Villavicencio, 2006, pp. 613-614). Cabe destacar que si bien la imputación personal supone la exigibilidad en el sujeto de la posibilidad de conciencia de la antijuridicidad, este puede estar afectado por su cultura, costumbre o algún otro supuesto de ignorancia o error sobre el conocimiento (y comprensión) de una norma (Villavicencio, 2006, p. 615). Lo anteriormente descrito abarca el error de comprensión culturalmente condicionado.

La inexigibilidad son situaciones en las que no se puede exigir al autor concreto de un hecho típico y antijurídico un obrar distinto. En exoneración de responsabilidad penal, hay determinadas situaciones en las que no se puede exigir o esperar del sujeto que no infrinja al norma, ya que sería exigirle un «comportamiento heroico». Como sabemos, el poder estatal no puede imponer niveles de exigencia superiores a aquellos que podrían ser cumplidos por cualquier persona (Demetrio, 2011, p.345). Dentro de este elemento, encontramos al estado de necesidad exculpante y al miedo insuperable.

A continuación, para fines de la presente investigación, desarrollaremos de forma amplia el estado de necesidad exculpante y miedo insuperable, que son situaciones de inexigibilidad. Cabe recordar que, como mencionamos, en la presente investigación no abarcaremos los casos de menores edad, por ende, no analizaremos situaciones de inimputabilidad.

2.2.1. ¿Qué es el estado de necesidad exculpante?

Para explicar en qué consiste el estado de necesidad exculpante⁵¹, partiremos de su diferencia con el justificante. Por un lado, en el estado de necesidad justificante, quien actúa contribuye a que se imponga un interés preponderante, lo cual se valora positivamente. Ello es distinto en el exculpante, ya que se resuelve expresamente de modo negativo al no haberse salvado un interés preponderante, por ende, es visto socialmente como dañino (Roxin, 1997, p. 896).

Por lo expuesto, desprendemos que el estado de necesidad exculpante existe cuando hay un conflicto entre bienes jurídicos equivalentes o cuando se afecta uno de mayor valor. Como vemos, los elementos requeridos son semejantes que el de justificante, exceptuando que los únicos bienes jurídicos que pueden ser salvados frente a una amenaza son la vida, la integridad corporal o la libertad, y no se exige la preponderancia del interés salvado, que consiste en los anteriores bienes jurídicos y la gravedad de la amenaza, frente a lo sacrificado. En los supuestos de estado de necesidad exculpante, no solo hay un ámbito de autodeterminación reducido sino que de alguna forma también se protegen intereses jurídicos.

Cabe destacar que, siguiendo el código penal peruano, la lista de bienes jurídicos es limitada, y estos deben afectarlos directamente o de alguien cercano al sujeto. Es así

⁵¹ Para definir al estado de necesidad exculpante y sus elementos, se ha recurrido, principalmente, a Claus Roxin, autor que es fuente doctrina para los fundamentos de las resoluciones del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema del Perú.

que, en el artículo 20, inciso 5 del Código Penal peruano, se regula la presente causa de exculpación de la siguiente manera:

5. El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación.

No procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica.

De este artículo, se pueden desprender algunos elementos: i) la situación de peligro, ii) la necesidad de defensa, y iii) el hecho antijurídico dirigido a alejar el peligro debe ser realizado por el afectado o por una persona con quien tiene una estrecha vinculación.

- ***Sobre la situación de peligro***

Este peligro debe ser representado hacia un bien jurídico específico; y, siguiendo el artículo 20, inciso 5, estos pueden ser la vida, la integridad corporal o la libertad. Considerando estos bienes jurídicos, se analizarán las características de gravedad y actualidad del peligro.

El peligro tiene varias características. En primer lugar, la situación de peligro es grave y relevante. Las víctimas se encuentran en una situación de peligro relevante, ya que se deben considerar a los medios a los que son sometidas, como la amenaza, coacción, para realizar actos ilícitos.

Ahora bien, el derecho penal evalúa el impacto del peligro sobre la base de un “hombre medio” ideal. Al igual que lo explicamos en el estado de necesidad justificante, esta variable tiene que ser vista desde un enfoque de género, victimocéntrico e interseccional,

considerando que la mayoría de las víctimas de trata de personas son mujeres y/o se encuentran en una situación de vulnerabilidad.

El término “hombre medio” se pretende usar como neutral para ejemplificar qué se debería entender como situación de peligro o cómo se debería actuar frente a esta, es decir, hacer un examen *ex ante*. En ese sentido, se pide actuar de forma razonable y como lo haría otro en su lugar. No obstante, visto desde la perspectiva de una víctima de trata de personas, es importante considerar que esta se encuentra en situación de subordinación y/o explotación, producto de medios como el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad, de poder, coacción, entre otros.

Como lo explicamos en el apartado anterior sobre estado de necesidad justificante, los casos del circuito de la trata de personas, especialmente en la fase de explotación, pueden ser equiparables a los de mujeres víctimas de violencia, ya que son contextos de peligro por agresión permanentes, donde hay una subordinación por diferentes motivos. Y, siguiendo a Marcela Roa, en los casos de mujeres maltratadas, se debe tener “en cuenta que no se trata de una ‘mujer media’ cualquiera, sino de una mujer en un contexto específico, en un especial escenario”; exigirle ser una “mujer media” sin tomar en cuenta características específicas derivadas de la situación de violencia devendría en un trato desigualitario y discriminatorio (2012, p. 62). Esto debido a que “se le pediría una conducta razonable, cuando la víctima se desarrolla en una de anormalidad en la que la razonabilidad del sujeto claramente está afectada” (Roa, 2012, p. 62). Asimismo, considero que, desde un enfoque interseccional, se deben tomar en cuenta factores de vulnerabilidad como origen, idioma, edad, grado de instrucción, nivel socioeconómico para, de esa forma, entender los recursos que tiene a disposición la víctima para enfrentar los contextos de peligro. Por ello, la actuación como “hombre medio” en la concepción usual no sería aplicable para víctimas ya que, además de encontrarse en entornos coercitivos o violentos, están en una situación de sometimiento y cosificación.

En segundo lugar, otra característica del peligro es que este puede ser de carácter “permanente”. Ello puede darse por hecho en contextos de trata de personas, los cuales

son violentos. Por ejemplo, de forma equiparable a la violencia intrafamiliar, Roxin señalaba lo siguiente “también constituye un peligro permanente el tirano familiar que de momento está pacífico, pero que en cualquier instante puede proceder de nuevo a los malos tratos” (1997, p.903).

- ***Sobre la necesidad de defensa***

El supuesto de estado de necesidad exculpante exige también que, ante la situación de peligro, se presente la necesidad de defensa, es decir, que no sea un peligro evitable de otro modo. Este concepto de “inexistencia de otros medios” o “necesidad de defensa” hace referencia a que es la única forma de superar la situación de peligro a sus bienes jurídicos como salud, vida, e integridad es cumpliendo con lo ordenado por los explotadores. En ese sentido, se puede señalar que “no puede superarse de otro modo”.

Siguiendo a Roxin, las otras posibilidades de evitar un mal no se pueden apreciar a la ligera; por ejemplo, la apelación de acudir a la “policía contra el padre de familia que comete malos tratos se ha demostrado a menudo ineficaz... y un abandono de la casa no es a menudo viable por razones familiares” (1997, p.905). Extrapolando el ejemplo a los casos de trata de personas o explotación, no se puede exigir - aunque la víctima no se encuentre privada de su libertad - que acuda a denunciar las amenazas, violencia o situación coercitiva que vive por parte de los tratantes o explotadores, ya que, precisamente, se encuentra en un contexto de dependencia y subordinación que hace imposible que la alternativa de acudir a la justicia sea considerada como una real.

- ***Sobre “el hecho antijurídico dirigido a alejar el peligro debe ser realizado por el afectado o por una persona con quien tiene una estrecha vinculación”.***

Siguiendo el artículo 20, inciso 5 del código penal peruano, el hecho antijurídico debe realizarse “para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación”.

Es así que la víctima, a parte de salvarse así misma, podría ser amenazada de atentar contra familiares o amistades, y buscar proteger sus bienes jurídicos de integridad corporal, vida o libertad.

2.2.2. ¿Qué es el miedo insuperable?

El miedo insuperable⁵² corresponde a la coacción mental que supone la amenaza de un mal. En este, “no se excluye la voluntariedad de la acción, sino que la priva de la normalidad necesaria para que pueda imputarse penalmente al sujeto” (Mir, 2008, p. 602).

La causa de exclusión de responsabilidad descrita está regulada en el artículo 20, inciso 7 del Código Penal peruano que dice que está exento de responsabilidad penal: “El que obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor”. De este se desprenden, algunos elementos.

El primer elemento de esta eximente es “la existencia de un mal”. Siguiendo al mismo autor, este mal es una situación de pérdida que genera aflicción a la personas, además, no tiene que ser objetivamente atijurídico, solo basta que lo sea para el sujeto (2019, p. 714). Es así que no debe evaluarse la proporcionalidad objetiva de los males, sino una situación emocional insuperable para el sujeto (Villavicencio, 2006, p. 643). En los casos esbozados, debe considerarse las situaciones de violencia y subordinación que se presuponen en la trata de personas y explotación humana.

Siguiendo a Villavicencio, el mal puede ser real o no real (imaginario pero verosímil por la situación) (2006, p.403). Ello debido a que “da lo mismo que el mal sea real o no para los efectos de una motivación (no se discute el problema del error de los conocimientos, sino de las motivaciones, de un estado emocional)” (Bustos, 1989, como se cita en

⁵²Los elementos del miedo insuperables han sido esbozados, principalmente, considerando a destacados autores de doctrina nacional e internacional como Santiago Mir Puig, Juan Butos, Felipe Villavicencio, y Percy García Cavero.

Villavicencio, 2006, p. 403). Esto es muy importante, ya que muchas víctimas en situación de abuso por su situación de vulnerabilidad sienten miedo, pero la amenaza de este mal puede ser no real para otros terceros. No obstante, este peligro válido que experimenta puede ser condicionado por su estado psicológico de dependencia hacia el agresor.

Un tema importante a analizar es la frase “mal igual o mayor”. Esto nos llevaría a pensar que esta eximente no se puede aplicar si estamos frente a un mal menor, es decir, se afectaría un interés menor. No obstante, García Cavero señala lo siguiente:

Podría pensarse que si el mal amenazante es mayor al que realiza el que actúa con miedo insuperable, no tendría sentido recurrir a esta causal, pues bastaría con utilizar la causa de justificación del estado de necesidad justificante. No obstante, hay que tener presente que, como ya se dijo, el miedo insuperable no comparte la estructura del estado de necesidad, de manera que podrá desplegar sus efectos exoneratorios aun cuando no se cumpla con algunos de los requisitos del estado de necesidad, en especial la racionalidad de la defensa (2019, p. 714).

Aclaremos ello porque podríamos encontrarnos en situaciones, donde existen dudas sobre algún elemento de una causa de eximente de responsabilidad, como la necesidad o racionalidad de defensa. Además, esto también abarca situaciones en las que el individuo percibe la existencia de un daño significativo, aunque otros terceros no lo consideren importante. En tales casos, el concepto de miedo insuperable también sería aplicable.

El segundo requisito es que el agente debe actuar por el contexto de miedo, aunque podría no serlo de forma exclusiva. En esta situación de miedo, “el autor comprende lo que está haciendo, con la única particularidad de que se produce una reducción de su capacidad de análisis de la realidad y de las alternativas de actuación de las que dispone” (García, 2019, p. 714).

En los casos propuestos, las víctimas actúan por el miedo (o su posible concreción) que suponen situaciones como sufrir la desprotección social, el desplazamiento migratorio y el quebramiento de vínculos afectivos con los tratantes. Con el fin de evitar estos males, comprenden y realizan las acciones ilícitas. Este estado de miedo puede nublar su análisis de la realidad y las alternativas que tienen a su alcance. Ello debido a que, en un estado de trata o explotación, esos vínculos de protección o afectivos son realmente de sometimiento, los cuales las mantienen en una situación de indefensión mayor.

Sin perjuicio de que el miedo es un estado interno, siguiendo al mismo autor, “este debe de ser determinado por parámetros objetivos que permitan reducir la capacidad de análisis” (García, 2019, p. 715). Es así que se deben realizar pericias sociales y antropológicas que permitan determinar que estamos en situaciones de dependencia emocional o familiar, lo que pueden culminar en afectaciones a bienes jurídicos como la salud integral.

Aunado a lo anterior, la situación interna de miedo debe pasar, además, por el filtro normativo de la insuperabilidad. En este sentido, siguiendo a García, no basta con que el autor señale que actuó compelido por una situación de miedo, sino que el juez debe determinar si esa situación de miedo no pudo ser superada por este, y que pudo haber ponderado adecuadamente las alternativas de acción de las que disponía. Es así que “como criterio de valoración para determinar la insuperabilidad del miedo, el juez debe recurrir a la figura del hombre promedio en las circunstancias particulares del autor. Si bien el miedo es una situación interna, la insuperabilidad que sustenta la exculpación no está definida en términos subjetivos, sino con base en parámetros de carácter objetivo” (2019, p. 715).

Como hemos esbozado anteriormente, no basta señalar que estamos ante el “hombre promedio” en los casos de víctimas de trata de personas. Es necesario evaluar a la propia víctima, así como a sus circunstancias particulares desde enfoque de género e interseccional. En ese sentido, se debe tomar en cuenta su historia de vida, lo que incluye

factores sociales, familiares, de género, diversidad, rango etario, oportunidades laborales, posibilidad de arraigo, riesgo por su origen o procedencia, entre otros.

Siguiendo a Mir Puig y Villavicencio, el miedo insuperable es una causa de no exigibilidad (Mir, 2008, p. 603; Villavicencio, 2006, p. 641). Frente a las posiciones que lo consideran una causa de inimputabilidad, se sostiene que el sujeto no pierde su lucidez mental, sino que se haya sometido a la amenaza de un mal intersubjetivamente insuperable, lo que “el hombre medio no superaría, por mucho que siga teniendo clara su conciencia y sea dueño de su voluntad” (Mir, 2008, p. 604).

Como ya hemos mencionado en los apartados anteriores, el “hombre medio”, para los casos de víctimas de trata de personas, debe considerar su contexto de permanente de explotación y violencia con enfoque de género e interseccional. En esta misma línea, el mencionado autor decía que, para hablar del hombre medio, este debió haber resistido al miedo “de haber tenido la edad, sexo, la cultura, la experiencia, el oficio, etc. del autor, si lo hubiera hecho de haber conocido como éste la situación o de haberse producido el ataque por sorpresa, de noche, después de haberse producido una serie de atentados en aquella zona, etcétera” (2008, p. 605). Es decir, tiene que ponerse en la situación específica de la persona afectada, en este caso, de la víctima de trata de personas.

Cuando hay un error sobre la apreciación del mal amenazante, puede determinar la misma situación de anormalidad motivacional en el sujeto exigida para la exclusión de responsabilidad penal. Entonces, también se le excluirá de responsabilidad penal al sujeto (Mir, 2008, pp. 605-606). En caso fuera vencible el error⁵³ que motiva el miedo insuperable, la provocación es solo imprudente y no podrá castigarse por el delito doloso, aunque el hecho realizado bajo el miedo sea doloso, sino solo como imprudente y cuando la ley lo castigue bajo esa modalidad (Mir, 2008, p. 606).

⁵³ Sobre la vencibilidad y el *actio libera in causa*: “habrá que entender aplicables también aquí los principios de la doctrina de la *actio libera in causa*, acogidos en los números 1o y 2o del art. 20 (Cfr. Lec. 23, I 4). Según estos principios, no deberá eximirse si el miedo, aun insuperable en el último momento, se hubiere provocado queriendo ampararse en él para cometer el delito o pudiendo y debiendo prever su comisión” (Mir, 2008, p. 606).

Cabe destacar que la diferencia con el estado de necesidad exculpante es que “el elemento del miedo es la razón de la excepción y no la situación objetiva del conflicto que surge de la decisión de sacrificar un determinado bien jurídico para salvaguardar otro de mayor interés para el interesado”; la eximente de miedo insuperable se aplica “cuando el sujeto entra en pánico y no puede darse cuenta que habían otras formas de resolver el conflicto” (Villavicencio, 2006, p. 644)

2.3. Punibilidad: excusa absoluta

Cuando una conducta es típica, antijurídica y culpable, se sanciona penalmente al responsable. No obstante, en algunos casos como el peruano, el legislador ha considerado que pueden concurrir elementos que impiden su imposición. Es así que una parte de la doctrina⁵⁴ ha considerado a estos elementos dentro de una cuarta categoría de la teoría del delito: “la punibilidad”. Dentro de esta categoría, encontramos a las condiciones objetivas de punibilidad y a la excusa absoluta, causa subjetiva de exclusión de punibilidad.

La ausencia de condiciones objetivas de punibilidad o concurrencia de excusas absolutas no impedirá la antijuridicidad ni la culpabilidad, ya que solamente hará referencia a “la conveniencia político-criminal de la pena por otras razones ajenas a la gravedad de la infracción (y, a veces, hasta al hecho mismo) o que nada tienen que ver con la posibilidad de culpar de ella al autor, como razones de oportunidad, políticas, etc” (Mir, 2008, p. 142).

Estas causas de restricción tienen naturaleza distintas a las de justificación y exculpación, ya que entran en funcionamiento cuando ya se han constatado todos los elementos del delito y de la culpabilidad del autor. Asimismo, los supuestos de punibilidad se diferencian de los elementos del tipo en su relación con el tipo subjetivo, dado que los

⁵⁴ Autores españoles de destacada trayectoria como Santiago Mir Puig y Ignacio Berdugo hacían referencia a esta cuarta categoría de la teoría del delito.

requisitos de punibilidad no están relacionados con el dolo del sujeto activo (Berdugo, 2010, p.356). Aunado a ello, en esta categoría, se discutiría el sí y el quantum de la pena (Meini, 2014, p. 46).

Cabe destacar que, con respecto a la categoría de punibilidad, hay diversas posiciones. Primero, hay quienes rechazan la existencia de una cuarta categoría de la teoría del delito, dado que algunos de sus elementos podrían estar incluidos en elementos de la tipicidad o antijuridicidad. Al respecto, Claux Roxin sostiene lo siguiente:

Si se prescinde de los elementos, relativamente numerosos, que equivocadamente se ubican entre las condiciones objetivas de punibilidad o entre las causas de exclusión o supresión de la punibilidad, resalta con claridad lo característico de la cuarta categoría del delito más allá del injusto y la culpabilidad: se trata de casos en los que, en una ponderación, las finalidades extrapenales tienen prioridad frente a la necesidad de pena (1997, p. 977).

Segundo, otros autores consideran que el criterio para esta cuarta categoría es el merecimiento de pena como criterio de la cuarta categoría del delito. Siguiendo a Roxin, para algunos tipos penales, se añaden condiciones al injusto y a la culpabilidad típica que fundamentan al merecimiento de pena del hecho (1997, p. 982). Tercero, encontramos a quienes señalan a la necesidad de pena como criterio para la punibilidad. Para Berdugo, esta es explicación más satisfactoria, donde se diferencia al merecimiento de la necesidad de la pena. Es así que, al constatar que un comportamiento reúne todas las características del delito, quiere decir que su desaprobación jurídica es intensa al punto que debe merecer un castigo. Sin perjuicio de lo anterior, la política criminal permite al legislador añadir otros requisitos para que ciertas conductas merecedoras de pena solamente se sancionen cuando, a la vez, sean necesaria. Por todo ello, “un precepto penal incorpora una condición objetiva de punibilidad o establece una excusa absolutoria nos está indicando que en esos supuestos y en virtud de la opción político-criminal adoptada una pena merecida no es necesaria” (2010, pp. 355-356).

Como lo habíamos explicado, dentro de las causas de punibilidad encontramos a las condiciones objetivas de punibilidad y a la excusa absolutoria. Las primeras⁵⁵ hacen referencia al hecho, donde el legislador ha añadido requisitos a los preceptos penales, que no pertenecen al tipo del injusto ni a la culpabilidad. Es así que su formulación positiva, y condicionan directamente la pena o su entidad. Pueden o no concurrir y solo ello debe constatarse, por lo que, un error sobre las mismas es irrelevante. Cabe destacar que, a diferencia de las excusas absolutorias que son personalísimas, la concurrencia de las condiciones objetivas beneficia a todos los intervinientes (Berdugo, 2010, p. 358). Ejemplo de ello es la imposición de cuantías superiores para imponer sanciones penales o administrativas en delito tributarios y de corrupción. Las segundas serán explicadas a mayor detalle el siguiente punto, dado que son de relevancia para los casos-tipo propuestos en la presente investigación.

2.3.1. ¿Qué es la excusa absolutoria?

Las excusas absolutorias⁵⁶, o también llamadas causas personales de exclusión o levantamiento de la pena, son requisitos directamente relacionados con la persona del autor. Asimismo, “la formulación de estas excusas absolutorias es normalmente

⁵⁵ Hay dos tipos las propias y las impropias. Sobre las primeras, “son aquellas que restringen la punibilidad, basándose en razones de política criminal. Estas condiciones se utilizan como un correctivo legal, pues el legislador entiende que si no se da la condición no existe una auténtica necesidad de pena. Para imponer una condición objetiva de punibilidad propia se recurre a añadir a la descripción típica ciertos elementos ajenos, que deben constatarse antes de imponer la pena correspondiente. Por ejemplo, el delito fiscal del art. 305.1 del CP reúne todos los requisitos típicos de una defraudación, con independencia de la cuantía que señala dicho artículo. Al incorporarse la cuantía de 120.000 euros defraudado es, que se ha añadido un elemento ajeno al tipo que funciona como barrera político-criminal” (Berdugo, 2010, p. 358). Sobre las segundas, las cuales rechazadas normalmente por la doctrina, “no se trata de añadir nuevos requisitos a los tipos penales, para restringir de esta forma la intervención del Derecho penal, sino que constituyen auténticos elementos del tipo del injusto, que se pretenden caracterizar como condiciones objetivas de punibilidad para evitar que el dolo o la imprudencia deban referirse a ellas. No se añade nada nuevo a la esencia del tipo penal, sino que se consideran objetivamente elementos típicos, creando presunciones de injusto con la finalidad de aplicar la pena sin necesidad de probar el dolo, tratándose de delitos que presentan dificultades de prueba (...) por ejemplo, delito de homicidio en riña tumultuaria, presumiéndose que el autor de la muerte se encontraba entre los que habían causado las lesiones” (Berdugo, 2010, p. 359)

⁵⁶ Para referirnos y caracterizar a la excusa absolutoria recurriremos a Ignacio Berdugo y Claus Roxin, cuyas doctrinas en la dogmática penal son reconocidas a nivel internacional.

negativa, excluyendo la pena que correspondería a los intervinientes” (Berdugo, 2010, p. 356). Para Mir, no impiden la presencia de un delito solo el castigo cuando es cometido por una persona específica (2008, p. 144). Es así que no excluye a todos los intervinientes del hecho. Como ejemplos se encuentran la inmunidad sobre expresiones parlamentarias que puedan considerarse difamatorias⁵⁷, y los delitos patrimoniales cometidos entre algunos grados de parientes.

En el caso del primero, la finalidad que se persigue es no interrumpir la labor en el ejercicio público de los congresistas, y permitir su libertad de expresión y representación, así atañe hechos que podrían ser catalogados como difamatorios. En el segundo ejemplo, para Berdugo y Roxin, el objetivo político-criminal que prevalece es limitar la actuación del Derecho penal en la resolución de ciertos conflictos familiares o matrimoniales, aunque el hecho tenga todos los elementos de un delito contra el patrimonio (Berdugo, 2010, p. 357; Roxin, 1997, p. 978)

Las condiciones subjetivas de punibilidad se dan en el marco de la política-criminal. Todo ello se hace en el marco de una política criminal adecuada, donde no se impongan únicamente penas siguiendo un rigorismo punitivo, si no con la finalidad de evitar una mayor conflictividad social, familiar, política, u otra consideración. Esto es relevante para la presente investigación porque permitirá analizar la posibilidad de una causa excusa absolutoria para los casos de víctimas que delinquen.

Cabe destacar que, al igual que las condiciones objetivas de punibilidad, un error sobre la punibilidad no es relevante; por lo que solo se debe constatar con la cualidad de la

⁵⁷ Para Roxin, “la cuestión de si concurre una causa material o una causa personal de exclusión de la punibilidad, depende de si las razones extrapenales que dan lugar a la exención de pena, afectan también al partícipe. Así sucede, contra lo que sostiene la doc. totalmente dom., en el § 36 : pues en múltiples ocasiones el diputado depende de ayudantes o consejeros, que le escriben los discursos o le suministran material. Si éstos est vieran expuestos a incurrir en responsabilidad penal, el eventual procesamiento de esas personas, o el temor al mismo, obstaculizarían ya la libertad del diputado, y eso es precisamente lo que se quiere evitar. Por tanto, el § 36 es una causa material (objetiva) de exclusión de la punibilidad. En cambio, el antiguo § 247 II constituía una causa personal de exclusión de la punibilidad” (1997, pp. 978-979).

personas, como el ejemplo citado de grado de parentesco o representatividad parlamentaria.

3. Aplicación práctica

Habiendo esbozado de forma general las categorías de la teoría del delito y algunas eximentes de responsabilidad penal, desde un enfoque de género e interseccional para los casos de víctimas, ahora pasaremos a aplicarlos en los cuatro casos-tipo planteados en el capítulo I.

3.1.1. Caso-tipo 1: Peligros reales para bienes esenciales de la víctima frente a delitos con bienes supraindividuales y/o de inferior jerarquía.

Este primer escenario abarca los casos, donde las víctimas cometen delitos contra bienes supraindividuales y/o de inferior jerarquía para poder salvar sus bienes esenciales en situaciones de peligro, donde la coacción, la amenaza, la violencia predominan.

Dentro de los delitos que podrían cometer las víctimas, encontramos a aquellos que se engloban en el marco de un trabajo o servicio forzoso, así como otros que pueden cometer en las fases iniciales de la trata de personas como la falsedad ideológica o cohecho activo genérico. En todos estos delitos, se protegen bienes jurídicos supraindividuales. Aunado a lo anterior, encontramos otros ilícitos que se podrían realizar como el hurto, donde se protege el bien jurídico patrimonio que es de inferior jerarquía que los bienes esenciales (vida, salud, integridad, entre otros).

Las situaciones que se abarcan previamente pueden solucionarse mediante la aplicación del estado de necesidad justificante de la categoría antijuridicidad; por ello, no será necesario analizar las causas de exculpación de la categoría culpabilidad. A continuación, analizamos cada uno de los elementos del estado de necesidad justificante.

3.1.1.1. Estado de necesidad justificante

- ***Sobre la situación de peligro***

Como lo habíamos desarrollado, para las situaciones de peligro de las víctimas de trata de personas o explotación humana, deben considerarse a los medios a los que son sometidas, por ejemplo la violencia o amenaza, como factores relevantes que las mantienen en una situación de indefensión. Incluso, muchas veces para mantenerlas en esa situación se les suele retener sus documentos, pertenencias, medios de comunicación, lo que intensifica el peligro.

A partir de lo expuesto, podemos concluir que el peligro descrito es grave por el hecho de encontrarse en una situación de indefensión y cosificación, donde están en riesgo sus bienes jurídicos esenciales como la salud individual, libertad y la vida. Asimismo, desde una perspectiva de género e interseccional, no se le puede pedir a la víctima un reconocimiento del peligro diferente al que ellas harían por encontrarse en una situación de sometimiento. Es decir, siempre se debe tomar en cuenta su contexto particular.

Como lo habíamos mencionado en el marco teórico, usualmente se señala el término “hombre medio” de forma, aparentemente, neutral para ejemplificar qué se debería entender como situación de peligro o cómo se debería actuar frente a esta. Pero, este término, mediante el cual se pide que la persona actúe de forma razonable y como lo haría otro en su lugar, debe ser visto bajo la perspectiva de una víctima de trata de personas.

Como sabemos, la víctima está en una situación de indefensión, producto de medios como la violencia, amenaza, entre otros. Esta es una situación de anormalidad, equiparable a las situaciones de violencia permanente que sufren las mujeres víctimas de violencia. Ello debido a que, desde un enfoque de género, la mayoría de las víctimas de trata son mujeres, y muchos de los roles o actos que realizan refuerzan estereotipos de género como la disposición y seguir mandatos frente a la autoridad. Aunado a este

enfoque, el término “hombre medio”, desde una visión interseccional, debe tomar en cuenta el origen, idioma, edad, grado de instrucción, nivel socioeconómico de la víctima; ello refuerza la situación de indefensión y grave riesgo en el que se encontraba. De esta forma, podemos comprender con qué recursos contaba para enfrentar las circunstancias de peligro que la afectaban.

Por todo lo mencionado, en los casos de víctimas de trata de personas, debe aplicarse un enfoque de género e interseccional, que tome en cuenta los medios a las que son sometidas, y el entorno particular de coerción o violencia en el que se encuentran.

Asimismo, este peligro es catalogado como permanente, ya que se trata de una situación riesgosa que perdura y puede, en cualquier momento, generar un daño o desembocar en peores situaciones al no cumplir con lo ordenado. Es así que, Hurtado Pozo consideraba a casos de peligro permanente el aterrorizar a una persona mediante actos de hostigamiento y violencia (2005, p. 551), y Claus Roxin señalaba como situaciones tipo al contexto de violencia familiar, donde el “tirano familiar que de momento está pacífico, pero que en cualquier instante puede proceder de nuevo a los malos tratos” (1997, 903). De forma análoga, los contextos de trata de personas son violentos y las víctimas se encuentran en situación perenne de subordinación, donde en cualquier momento pueden sufrir vejaciones; por lo que podemos catalogarlo como permanente. Sin perjuicio de lo anterior, este peligro puede ser calificado como inminente, es decir, que sucederá en cualquier momento próximo y no es exigible esperar a que empiece para evitarlo. Ello debido a que las víctimas pueden ser testigos de cómo se agreden a otras y, por ello, pensar que forma inminente ocurrirá contra ellas, en caso, no cumplan con las órdenes dadas.

Como habíamos detallado, es necesario hacer un juicio de peligrosidad *ex ante* (antes del hecho) y *ex post* (después del hecho). Sobre el análisis *ex ante*, el juez debería analizar “la situación según lo haría un hombre medio con sus conocimientos y con los que personalmente pudiera tener el agente” (citado en Villavicencio, 2006, p. 553), es decir, de forma objetiva; y solamente en algunos casos será necesario recurrir a expertos

(Hurtado Pozo, 2005, p. 549). Como hemos detallado, este análisis de la variable “hombre medio” debe hacerse considerando el contexto particular, en este caso, de la víctima de trata de personas, desde un enfoque de género e interseccional. Caso contrario, estaríamos equiparando de forma desigual la situación de una víctima de sometimiento frente a un “hombre medio”, persona que no comparte las condiciones de dicho contexto. También, la existencia de un peligro concreto requiere un juicio *ex post*, donde se acredite que realmente existió un peligro para un bien jurídico, en este caso uno esencial para la víctima. Y, no se materializó en un daño, por la actuación de la víctima como realizar las acciones ilícitas que se le ordenen.

Sobre el análisis *ex post*, las víctimas son sometidas a la trata o explotación, donde existe una situación antijurídica prolongada. Es decir, la violencia, la amenaza, o cualquier otro medio son calificados como latentes o permanentes por el sometimiento en el que mantienen a la víctima.

- ***Sobre la imposibilidad de evitar de otra manera el peligro, o también llamada la necesidad de defensa***

La víctima se encuentra en un estado de cosificación frente a sus explotadores. En dicha posición, no puede negociar o hacer otra acción más que la que se le ordene de forma concreta. Por ejemplo, robar, hurtar, talar árboles de forma ilegal, o sobornar a autoridades. También, estas acciones pueden formar parte del sistema que el explotador ha creado. Por ejemplo, en el transporte, las víctimas, que no tienen permiso para movilizarse por su condición migratoria, edad o problema judicial, deberán cambiar algún dato o por completo su identidad, o realizar pagos ilícitos para movilizarse sin mayor obstáculo.

Como se mencionó en el marco teórico del estado de necesidad justificante, no se pueden proponer como soluciones a la “exigencia de otros medios” a opciones inviables y únicamente formales como el acudir a interponer una denuncia o acudir a otras entidades, dado que la víctima se encuentra en una situación de indefensión y

dependencia. Difícilmente, en ese contexto, las opciones legales y/o formales sean consideradas como una salida a la situación que viven, peor aún en contexto donde la justicia ha perdido credibilidad o accesibilidad frente a la mayoría de la población.

- ***Sobre la preponderancia del interés protegido o proporcionalidad***

Este corresponde al conflicto de intereses, donde prevalece uno sobre otro por i) la relevancia del bien jurídico y ii) el peligro al que se encuentre expuesto, donde se debe considerar como variable los medios por los que la víctima es sometida.

En el primer grupo de delitos que mencionamos anteriormente, se protegen bienes jurídicos colectivos como la salud pública para el caso de microcomercialización de drogas; el medio ambiente para los delitos contra los bosques o formaciones boscosas, o el tráfico ilegal de productos forestales, la extracción, explotación de recursos minerales metálicos y no metálico; la fe pública, derecho a la verdad⁵⁸ para la falsedad genérica; la administración pública, la imparcialidad en su ejercicio⁵⁹ para el cohecho pasivo propio. En un primer análisis, siguiendo la clasificación de Roxin para criterios de bienes jurídicos, las cuestiones de orden general, es decir, los bienes jurídicos colectivos ceden ante los individuales, como la vida, salud o integridad - ya sea física o psicológica - de las víctimas. En el siguiente nivel de análisis, también debemos observar el peligro en los casos de víctimas de trata de personas, donde destacan los medios por los cuales las víctimas se encuentran en un contexto de subordinación como la situación de violencia, amenaza, coacción, entre otros. Es así que los peligros a los que son expuestas las víctimas son latentes, constantes, y generarían una afectación mayor, certera y concreta hacia sus bienes jurídicos personales. En comparación a la afectación que se representa hacia los bienes jurídicos colectivos, el que sufren las víctimas es preponderante.

⁵⁸ Ello se sigue del [Recurso de Apelación n° 20-2018 Sullana](#) de la Corte Suprema de Justicia de la República, página 14. Además, este delito se encuentra en el Título XIX: Delitos Contra la Fe Pública.

⁵⁹ Para mayor información: Montoya Vivanco, Y., Novoa Curich, Y., Rodríguez Vásquez, J., Torres Pachas, D., & Guimaray Mori, E. (2015). *Manual sobre delitos contra la administración pública*. Instituto de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

En el segundo grupo de ilícito, observamos el hurto o el delito de daños, donde se protege el bien jurídico patrimonio que es de inferior jerarquía que los bienes esenciales (vida, salud, integridad, entre otros). Primero, siguiendo a Roxin: “los valores de la personalidad tienen preferencia respecto de bienes patrimoniales” (Citado en García, 2012, p. 601; los valores se refieren a bienes jurídicos individuales como la vida, libertad, salud, integridad, entre otros. Segundo, si analizamos el peligro en los casos de víctimas de trata de personas, destacan los medios por los cuales las víctimas están en indefensión como la situación de violencia, amenaza, coacción, entre otros. Estos peligros son latentes, constantes, y generarían una afectación mayor, certera y concreta hacia sus bienes jurídicos personales. Por todo ello, si los comparamos con el peligro que se plasma hacia el bien jurídico patrimonio, el que sufren las víctimas es preponderante.

- ***Sobre la cláusula de adecuación***

Adaptando la cláusula “cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro” a los casos expuestos, el medio debe limitarse a aquello que se le exige u ordena realizar con el fin de no afectar su vida, salud, integridad u otros bienes amenazados. Como ya lo hemos mencionado en la definición del medio adecuado, para aplicar esta cláusula, la víctima de trata de personas o explotación humana debe cumplir solamente la orden o lo indicado por el tratante o explotador, es decir, no realizar acciones más allá de las establecidas. Por ejemplo, si se le indica robar, únicamente debería realizar ello, y no agredir físicamente a los sujetos pasivos del delito. Ello debido a que, para estos casos, se considera que no es la víctima quien toma las decisiones, y por ende no tiene margen de acción o planeamiento de los ilícitos a cometer. Solo realiza las acciones específicas que le han sido ordenadas o planteadas.

3.1.2. Caso-tipo 2: Peligros reales para bienes esenciales frente a delitos con bienes esenciales de superior o de semejante jerarquía

Este segundo escenario contempla los casos, donde existen peligros reales para bienes esenciales de la víctima (como la salud, vida, integridad, libertad de la víctima) frente a delitos con bienes esenciales de superior o semejante jerarquía de la potencial víctima (como la libertad sexual, vida, dignidad de potenciales víctimas). Ello puede englobar las situaciones donde la víctima i) capta, transporta, traslada, entre otros a personas para fines de explotación sexual o laboral, ii) realiza acciones de favorecimiento como la supervisión de las nuevas víctimas de trata u explotación en el lugar, o iii) como parte de las finalidades ilícitas a las que se le destina, se dedica, por ejemplo, al sicariato o al secuestro. En todos estos escenarios, continúa en el contexto de trata de personas, ya sea como víctima en situación de explotación, o aquella que fue cambiada de rol para una mayor funcionalidad del sistema de trata de personas.

Para estos casos, solo analizaremos los eximentes de responsabilidad de la culpabilidad y no de antijuricidad. De antemano, descartaremos y, por ende, no analizaremos el estado de necesidad de justificante de la antijuricidad, ya que los intereses contrapropuestos son de igual o superior valor, lo que impide la preponderancia de uno sobre otro. Por un lado, la vida, salud, integridad de las potenciales víctimas, frente a otros bienes esenciales de las víctimas obligadas a realizar estas acciones en el circuito de la trata de personas. Asimismo, el peligro es grave para las dos partes, dado que las víctimas que ya se encuentran en el circuito y las que potencialmente ingresen estarán en una situación de grave vulneración a sus bienes jurídicos esenciales. Ahora bien, en las siguientes líneas, desarrollaremos cada una de las causas de exculpación de la categoría culpabilidad para concluir si son o no aplicables al caso-tipo 2 propuesto.

3.1.2.1. Estado de necesidad exculpante

Para aplicar el estado de necesidad exculpante, a continuación, se analizarán cada uno de sus elementos:

- ***Sobre la situación de peligro***

Este peligro debe ser representado hacia un bien jurídico específico; y, siguiendo el artículo 20, inciso 5, estos pueden ser la vida, la integridad corporal o la libertad. Considerando estos bienes jurídicos, se analizarán las características de gravedad y actualidad del peligro.

Siguiendo las características de este elemento, podemos aseverar, en primer lugar, que estamos ante una situación grave y relevante de peligro. Las víctimas se encuentran en una situación de peligro relevante, ya que se deben considerar a los medios a los que son sometidas, como la amenaza, coacción, para realizar actos ilícitos. Aún más, en la fase de explotación, que es donde realiza los ilícitos de este caso-tipo 2, la afectada se encuentra en un estado de cosificación mayor; y, conforme transcurre el tiempo, no es necesario - debido al sometimiento permanente - que se mantengan la fuerza de los medios que la llevaron a esa situación, como la amenaza, violencia, estafa, entre otros. En la situación descrita, la afectada ve mellada su dignidad personal por la explotación sexual o laboral a la que fue sometida.

Es así que, en caso de no cumplir con ii) la captación, iii) supervisión de otras víctimas, u iii) otras acciones como el secuestro o sicariato, podría verse expuesta a otras vulneraciones, como a su integridad corporal o vida. Ello es independiente de si la víctima continúa en situación de explotación, o fue cambiada de rol para una mayor funcionalidad del sistema de trata de personas. Es así que los ilícitos mencionados pueden realizarse desde ambas posiciones, donde es más evidente la subordinación en la condición vigente de víctima explotada.

Cabe destacar que los casos de secuestro o sicariato son especiales, dado que, en la causa de exculpación, se abarca la situación de matar a otro bajo un estado de necesidad. Está acción no está justificada, pero para excluir la culpabilidad habría que exigir alguna situación más evidente del peligro como la muerte de la víctima de trata o explotación.

Ahora bien, desde una perspectiva de género e interseccional de la víctima, no se puede pedir un reconocimiento del peligro diferente al que ellas harían por encontrarse en una situación de anormalidad. Desde el enfoque de género, al ser la mayoría de víctimas mujeres⁶⁰, las situaciones de trata son análogas a los contextos de violencia permanente intrafamiliar; también, se refuerzan estereotipos de género como el seguir mandatos de superiores, o generar mayores lazos de confianza con otras mujeres al momento de captarlas. Desde la visión interseccional, influye en la subordinación el grado de instrucción, procedencia, idioma, entre otros.

En segundo lugar, otra característica es que este peligro es de carácter permanente, dado que se encuentra en una condición de explotación perenne por externos.

Ahora bien, si la víctima no continúa siendo explotada, pero experimentó un cambio de rol; y, desde esa posición, realiza las acciones de trata de personas, de igual forma se encuentra en una situación de subordinación. Para ello, es necesario considerar que esta “liberación” no es más que un cambio de roles funcional al circuito de trata de personas. Cuando transcurren varios años desde el ingreso de un víctima al circuito, esta ya no cumple con estereotipos como la edad o imagen “virginal” para ser sometida a la explotación sexual. También, para los casos de explotación laboral, la víctima envejece, pierde resistencia o se enferma por el tiempo y explotación a la que fue sometida. Debido a las circunstancias mencionadas, las víctimas ya no son útiles para los tratantes en el eslabón de explotación, sino en otros roles, donde, a partir de su experiencia, puedan contribuir con el circuito al realizar acciones de trata de personas o conexas, lo que comprende captación, transporte, supervisión de otras víctimas.

⁶⁰ A nivel mundial, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito recoge en su última edición cifras relevantes del año 2017 al 2020 sobre la trata de personas en 141 países. Estos representan el 95% de la población a nivel mundial (2022, pp.10-11). Las cifras demuestran que hubieron 187,915 de víctimas reportadas (2022, p. 11). Y, siguiendo los datos del año 2020, el factor clave es el de género, ya que las mujeres, independientemente de su edad, representan el 60% del total de las víctimas (2022, p. 25).

Es así que, sobre la situación de peligro, el cambio de roles descrito responde más a una necesidad del tratante que de la propia víctima. Esta aún se encuentra bajo la sujeción del tratante, por distintos motivos: i) el tiempo en el que ha sido sometida a la explotación, ii) el poco tiempo transcurrido en el cambio de rol, y iii) este cambio es decisión o propuesta del tratante. Por lo mencionado, en primer lugar, podemos considerar que la víctima aún se encuentra en una situación de peligro grave y serio, donde la amenaza o situación de vulnerabilidad aún continúa. En segundo lugar, sobre la actualidad, considero que estamos ante un peligro permanente o inminente. Permanente debido a que la víctima aún se encuentra en un contexto de sujeción frente al explotador. O, inminente porque, con base a la experiencia de explotación, es seguro que volverá a suceder una situación de perjuicio a la víctima, en caso no se cumpla con lo ordenado.

- ***Sobre la necesidad de defensa***

La única forma de superar la situación de peligro a sus bienes jurídicos como salud, vida, e integridad es cumpliendo con lo ordenado por los explotadores. En ese sentido, se puede señalar que “no puede superarse de otro modo”. Asimismo, como se mencionó en el marco teórico, no se pueden proponer como soluciones a la “exigencia de otros medios” a opciones inviables y únicamente formales como el acudir a interponer una denuncia, dado que la víctima se encuentra en una situación de indefensión. Como sabemos, la víctima de explotación, por el contexto en el que se encuentra, no puede negociar y solo se limita a seguir órdenes.

Si hubo un cambio de rol, de igual forma, considero que la situación no puede superarse de otro modo, en tanto continúan respondiendo al explotador. Es un cambio de rol que se debe a la necesidad del tratante que favorece al circuito de trata de personas, donde la víctima es más útil en otra posición, debido a que ya no cumple con las características necesarias para la explotación como juventud, aspecto “virginal”, resistencia física, fortaleza, entre otras.

- ***Sobre “el hecho antijurídico dirigido a alejar el peligro debe ser realizado por el afectado o por una persona con quien tiene una estrecha vinculación”.***

Siguiendo el artículo 20, inciso 5 del código penal peruano, el hecho antijurídico debe realizarse “para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación”.

Es así que la víctima, a parte de salvarse así misma, podría ser amenazada de atentar contra familiares o amistades, y buscar proteger sus bienes jurídicos de integridad corporal, vida o libertad.

Como hemos detallado, el estado de necesidad exculpante no tiene como requisito que el interés salvado sea preponderante frente al perjudicado. Pero, sí que el bien jurídico salvado sea la vida, integridad corporal o libertad. Además, estos bienes deben ser del propio sujeto o de alguien con estrecha vinculación, es decir, no puede ser cualquier sujeto. Es así, debe entonces haber i) un peligro permanente o inminente, hacia únicamente ii) la vida, integridad corporal o libertad de la víctima en situación de explotación o alguien con quien mantenga estrecha vinculación, donde ii) no haya otra opción por ser ordenado por el explotador. Lo ordenado, más allá de la situación de explotación laboral o sexual a las que son sometidas, corresponde al i) captar a otras mujeres, por diferentes medios, o menores, para fines de explotación sexual o laboral; o ii) realizar acciones de favorecimiento como la supervisión de las nuevas víctimas de trata en el lugar, es decir, supervisar de que no huyan o que realicen las acciones para las que se les trato.

3.1.2.2. Miedo insuperable

Considero que también se reúnen todos los elementos necesarios para la aplicación del miedo insuperable. La víctima puede experimentar un miedo insuperable de realizar los actos mencionados, al encontrarse bajo los medios de violencia, amenaza, entre otros.

Idealmente, la aplicación debe ser supletoria. Por ello, el miedo insuperable puede ser aplicado cuando i) se prevea otra solución o salida a la afectación de un bien, ii) se involucren otros bienes jurídicos distintos a los protegidos por el estado de necesidad exculpante, y/o iii) cuando el medio de situación de vulnerabilidad no sea considerado de igual efectividad por parte del juzgador para coaccionar o amenazar de cometer actos ilícitos. Este último supuesto será analizado en el siguiente caso-tipo.

3.1.3. Caso-tipo 3: Aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad.

Dentro de los casos-tipo, ubicamos aquellos donde el medio de sometimiento a las víctimas es la situación de vulnerabilidad; y, a partir de ello, se generan peligros a algunos bienes jurídicos específicos. Estos casos pueden resultar complejos porque se puede cuestionar i) la gravedad o existencia real del peligro, así como ii) la relevancia de los bienes jurídicos que se buscan proteger. Para esclarecer lo mencionado, primero, analizaremos los diferentes tipos de situación de vulnerabilidad; luego de ello, los dos temas problemáticos, es decir, la gravedad del peligro y los bienes jurídicos que se buscan proteger. Finalmente, resolveremos los casos aplicando la eximente de responsabilidad del miedo insuperable.

Como lo habíamos desarrollado en el capítulo uno, el abuso de una situación de vulnerabilidad, siguiendo el Acuerdo Plenario 06- 2019/CJ-116, se da cuando el sujeto activo se aprovecha de una situación de desventaja en la que se encuentra la víctima (Corte Suprema de Justicia de la República, 2019, fundamento 17). Entre estas, se puede encontrar la física (edad, discapacidad física, gestación, desnutrición severa o moderada), la psicológica (antecedentes de victimización, estigmatización, desvinculación familiar, dependencia emocional), antropológica - social (lengua, pobreza, condición de migrante), mental (experiencias traumáticas, trastornos psicóticos, adicciones) (Caro *et al.*, 2018, pp. 18-27; Ministerio Público - Fiscalía de la Nación, 2019, p. 42-57).

Asimismo, determinar que una persona se encuentra en esta situación de vulnerabilidad dependerá de cada país y contexto, así como de sus características específicas como el nivel de desarrollo social y económico (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008, punto 4). Esta situación de vulnerabilidad nos da indicios de que la víctima es especialmente pasible de estar a disposición del tratante, al punto de realizar conductas ilícitas bajo sus órdenes o influencia. Esta condición preexistente como el ser huérfano o no tener recursos económicos se mantiene con el tiempo si la víctima es tratada, sobre todo desde muy joven, ya que no tuvo otras opciones de desarrollarse (vínculos afectivos, manera de subsistir, relacionarse).

Por lo expuesto, hay dos puntos a analizar, primero, la situación de peligro y los bienes jurídicos que se buscan proteger; y, segundo, el miedo subjetivo que sienten hacia algunos determinados bienes jurídicos.

Primero, sobre el contexto de peligro, las víctimas podrían experimentar el riesgo de retornar a una situación de igual o mayor vulnerabilidad. Por ejemplo, si son personas con bajos recursos económicos, la sostenibilidad financiera - aunque paupérrima - que puedan recibir en el circuito de trata sería de vital importancia para ellas; y, en caso de no cumplir las órdenes, el peligro corresponde a retornar a esa situación de pobreza que no les permitiría alimentarse y/o tener una vivienda. Todo ello al margen de si los servicios o condiciones que reciben en el circuito son las óptimas. Otra forma de peligro que pueden representar es sin son migrantes, peor aún en estado irregular, ya que, el no cumplir con las órdenes, podría significar i) el retornar a su país de origen, que probablemente esté en una situación de inestabilidad política, económica y social, ii) verse expuestas ante la ley del Estado donde migraron, de encontrarse en una situación irregular, o iii) permanecer en el Estado de recepción sin un apoyo o respaldo para autosostenerse.

Ambos ejemplos pertenecen a la categoría de vulnerabilidad antropológica-social, y los bienes jurídicos que se afectarían con esa situación de peligro serían múltiples. En el caso de la pobreza, encontramos a la salud, ya que al no alimentarse o no tener una

vivienda donde vivir pueden ver afectada su salud, especialmente la física por exponerse a la desnutrición, anemia, infecciones, neumonía, entre otros. También, puede afectarse su proyecto de vida si las condiciones descritas, que son críticas, no permiten su desarrollo o desenvolvimiento diario. En el caso de la condición migratoria, observamos el posible perjuicio al bien jurídico vida de regresar a un Estado donde pueden verse amenazadas por las condiciones de retorno, probablemente ya no cuente con documentos, y/o el contexto del propio Estado de origen que puede ser de riesgo por el contexto político, social y económico. También, el proyecto de vida; ello debido a que el migrante puede tener proyecciones de desarrollarse y progresar en un nuevo Estado. Además, la salud porque puede continuar en el Estado al que migró, pero probablemente en condiciones paupérrimas que no le permitan conseguir trabajo, y, por ende, se perjudique su salud al no alimentarse o asearse.

En el caso de la vulnerabilidad física, nos enfocaremos en la edad. Si bien hemos señalado que no abordaremos casos de menores que no pueden ser responsables penalmente, abarcaremos los casos de personas jóvenes, por ejemplo, 18 a 20 años que pueden sentirse en peligro de perder el apoyo o solvencia que obtienen en el circuito. Esto puede deberse a su falta de experiencia y madurez, donde los temores pueden ser mayores. Temores que se representan en posibles afectaciones a su salud, por ejemplo, al perder la alimentación o cobijo que reciben.

En los casos descritos, observamos que sí existe un peligro grave por los bienes jurídicos que afectarían, los cuales son personalísimos como la vida, salud, proyecto de vida; asimismo, en la evaluación del peligro, debe analizar el contexto como un factor importante, es así que la situación de vulnerabilidad en el que se encuentran las víctimas, específicamente antropológica-social y física, agrava el peligro hacia los mencionados bienes jurídicos. Este puede ser calificado de permanente. Ello debido a que las posibilidades de regresar a estas condiciones de vulnerabilidad son perpetuas, ya que los riesgos de ser migrante o no tener recursos económicos se mantienen con el tiempo si la víctima es tratada, ya que no tuvo otras opciones de desarrollarse o de cambiar su realidad

Segundo, hay otro tema que es pasible de crítica que corresponde a algunas situaciones de vulnerabilidad que pondrían en riesgo bienes jurídicos de tipo psicológico. En este grupo complejo, encontramos la situación de vulnerabilidad psicológica (desvinculación familiar, baja autoestima, dependencia emocional), y mental (trastornos psicóticos, adicciones).

En estos casos, si se negara a realizar las acciones ilícitas, la situación de peligro estaría representado por perder el vínculo emocional con el tratante o la única vinculación familiar con personas de ese contexto (la vulnerabilidad psicológica). Ello podría, dependiendo del nivel de dependencia, desencadenar en problemas de salud mental como depresión, afectando el bien jurídico salud mental. Desde la vulnerabilidad mental, el no recibir drogas o sustancias estupefacientes podría afectarla en su estabilidad mental, al tener una adicción.

Los casos expuestos son de compleja resolución, al involucrar términos subjetivos o de evaluación personal como las relaciones afectivas y adicciones. Es así que, para los ejemplos propuestos, debería incluirse una evaluación psicológica y/o psiquiátrica que diagnostique si estas vulnerabilidades de tipo psicológica y mental pueden generar en la personas afectaciones graves a la salud mental como depresión o ansiedad grave, que son enfermedades que deben ser tratadas y no pasibles de ser manejables únicamente por el sujeto individual. En caso de ser así, estos casos sí entrarían a evaluación de los eximentes de responsabilidad penal; considerando, principalmente, que el bien jurídico a proteger es la salud mental. Es así que, a continuación, analizaremos los eximentes de responsabilidad penal que pueden ser aplicables.

3.1.3.1. Miedo insuperable

En los presentes casos expuestos de vulnerabilidad, consideramos que se debe aplicar con mayor preponderancia el miedo insuperable como eximente de responsabilidad.

Hemos elegido esta opción sobre otras por diferentes motivos, los cuales desarrollaremos en las siguientes líneas.

Primero, el mal amenazante lo es para el propio sujeto y le genera una aflicción, no necesariamente antijurídica, desde su propia concepción. Esto sucede así porque es un estado interno, donde se toman en cuenta los temores reales del propio sujeto, en este caso, la víctima de trata de personas. Segundo, no tiene que ser central la ponderación de intereses, lo que incluye los bienes jurídicos y las situaciones de riesgo. En los casos de las víctimas de trata, pueden haber dudas sobre las situaciones de riesgo, que es elemento central de la ponderación, lo cual se puede explicar por los medios de situación de vulnerabilidad. Tercero, se deben haber puesto en riesgo (o aparentemente uno) hacia otros bienes diferentes a la vida, integridad o libertad, pero si, por ejemplo, otros de relevancia como la salud emocional. Cuarto, se aplicaría si la víctima no se percató que pudo tener otra salida, aunque - generalmente - las soluciones de denunciar o dar aviso corresponde a actos heroicos que no aseguran que la confianza o seguridad de la víctima. Quinto, los casos donde los operadores de justicia no contemplen a la situación de vulnerabilidad como un medio efectivo, de igual valor que la coacción o amenaza, para señalar que realizó los actos ilícitos bajo dicha situación. Para estos casos, aunque la presente investigación no comparta que la situación de vulnerabilidad es un medio menos efectivo, puede aplicarse - de forma supletoria - el miedo insuperable. Es así que, en las siguientes líneas, pasaremos a analizarlo.

El artículo 20, inciso 7 del Código Penal señala que estará exento de responsabilidad “El que obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor” (2019, p. 714). El primer elemento de esta eximente es “la existencia de un mal igual o mayor”. Siguiendo al mismo autor, este mal es una situación de pérdida que genera aflicción a la personas, además, no tiene que ser objetivamente atijurídico, solo basta que lo sea para el sujeto (2019, p. 714). Es decir, la amenaza no tiene que ser objetivamente existente, lo real tiene que ser el miedo que enfrenta el propio sujeto hacia un posible mal. En los casos expuestos, a las víctimas de trata de personas les generaría aflicción, por ejemplo, el no tener una vivienda o alimentación, el retornar a su país de origen con problemas sociales

y económicos, o no tener un vínculo romántico-afectivo, del cual son dependientes emocionalmente.

Aunado a ello, este mal, al ser un elemento objetivo del tipo, no debe ser aparente o imaginario; en dichos casos, se podría aplicar el artículo 21⁶¹ del mencionado código penal (García, 2019, p. 714). Al ser situaciones de vulnerabilidad perennes o pre-existentes, es una situación permanente de acaecer como el retornar al país de origen por no estar una situación regular, o no tener alimento o vivienda por no ser autosostenible y no tener empleo.

Otro requisito es que el agente debe actuar por el contexto de miedo; aunque podría no serlo de forma exclusiva. En esta situación de miedo, “el autor comprende lo que está haciendo, con la única particularidad de que se produce una reducción de su capacidad de análisis de la realidad y de las alternativas de actuación de las que dispone” (García, 2019, p. 714). En los casos propuestos, las víctimas actúan por el miedo (o su posible concreción) que suponen situaciones como sufrir la desprotección social, el desplazamiento migratorio y el quebramiento de vínculos afectivos con los tratantes. Con el fin de evitar estos males, comprenden y realizan las acciones ilícitas. Este estado de miedo puede nublar su análisis de la realidad y las alternativas que tienen a su alcance. Ello debido a que, en un estado de trata o explotación, esos vínculos de protección o afectivos son realmente de sometimiento, los cuales las mantienen en una situación de indefensión mayor.

Sin perjuicio de que el miedo es un estado interno, siguiendo al mismo autor, “este debe de ser determinado por parámetros objetivos que permitan reducir la capacidad de análisis” (García, 2019, p. 715). Es así que se deben realizar pericias sociales y

⁶¹ Artículo 21.- Responsabilidad restringida

En los casos del artículo 20, cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal.

antropológicas que permitan determinar que estamos en situaciones de dependencia emocional o familiar, lo que pueden culminar en afectaciones a bienes jurídicos como la salud integral.

Aunado a lo anterior, la situación interna de miedo debe pasar, además, por el filtro normativo de la insuperabilidad. En este sentido, siguiendo a García Cavero, no basta con que el autor señale que actuó compelido por una situación de miedo, sino que el juez debe determinar si esa situación de miedo no pudo ser superada por este, y que pudo haber ponderado adecuadamente las alternativas de acción de las que disponía. Es así que “como criterio de valoración para determinar la insuperabilidad del miedo, el juez debe recurrir a la figura del hombre promedio en las circunstancias particulares del autor. Si bien el miedo es una situación interna, la insuperabilidad que sustenta la exculpación no está definida en términos subjetivos, sino con base en parámetros de carácter objetivo” (2019, p. 715).

Como hemos esbozado anteriormente, no basta señalar que estamos ante el “hombre promedio” en los casos de víctimas de trata de personas. Es necesario evaluar a la propia víctima, así como a sus circunstancias particulares desde enfoque de género e interseccional. Es así que se debe tomar en cuenta su historia de vida, lo que incluye factores sociales, familiares, de género, diversidad, rango etario, oportunidades laborales, posibilidad de arraigo, riesgo por su origen o procedencia, entre otros. Todo ello podría intensificar, siguiendo su propio contexto, los temores que puedan tener previamente o desarrollar.

3.1.4. Caso-tipo 4: Inexistencia de medios, no sujeción, y desvinculación de tiempo y espacio.

Este caso-tipo 4 se da cuando, después de un largo periodo de tiempo de no ser tratada o explotada, y no estar bajo la sujeción de terceros, la víctima ingresa nuevamente a dicho contexto u otro para realizar actos de trata de personas o relacionados. En este caso, considero que no puede aplicarse alguna eximente de responsabilidad completa.

Si bien creo que el sistema sigue siendo funcional a los tratantes y/o explotadores iniciales, estos nuevos roles, donde se necesita estrategia, compromiso y otras habilidades para perpetuar las acciones ilícitas, requerirían otro tipo de mecanismos que incentiven este comportamiento como beneficios que antes no tenían las víctimas (por ejemplo. salir), o mayor independencia económica (ej. Recibir dinero sin descuentos por deudas). Situaciones en las cuales, probatoriamente, sería complejo aseverar que, con el paso de tiempo, se mantendrían ciertos medios o modos de operar que generen una situación de recurrente en las víctimas, mas aun cuando ellas mismas optaron por regresar al circuito de la trata.

Lo anunciado anteriormente es un análisis desde el punto de vista del Derecho Penal; sin embargo, no resta responsabilidad a los Estados, incluido el peruano, de crear políticas que funcionen para la reinserción social de las víctimas y eviten el retorno – casi inevitable – de las víctimas al circuito. Estas suelen ver como única opción para sobrevivir el regresar a un sistema de cosificación, ya sea como tratantes o víctimas.

4. Propuestas de solución

4.1.1. Casos en general: formulación de indicaciones en el código penal, así como protocolos para el estado de necesidad y miedo insuperable.

Como hemos desarrollado, el caso-tipo 1 consiste en peligros reales para bienes esenciales de la víctima (vida, salud o libertad) frente a delitos con bienes supraindividuales y/o de inferior jerarquía. Es así que las víctimas cometen delitos contra bienes supraindividuales y/o de inferior jerarquía para poder salvar sus bienes esenciales en situaciones de peligro. Este peligro al que son sometidas se da mediante la coacción, la amenaza, la violencia. Las situaciones que abarca el caso-tipo 1 pueden solucionarse mediante la aplicación del estado de necesidad justificante de la categoría antijuridicidad.

Cuadro de elaboración propia para explicar la propuestas de solución y eximente de responsabilidad penal para el caso-tipo 1

Clasificación	Descripción	Eximente de responsabilidad aplicable	Elementos y sus características a considerar	
Caso-tipo 1	Las víctimas cometen delitos contra bienes supraindividuales y/o de inferior jerarquía para poder salvar sus bienes esenciales en situaciones de peligro, donde la coacción, la amenaza, la violencia predominan.	Estado de necesidad justificante	Situación de peligro	El peligro es grave si consideramos los medios de la trata que colocan a la víctima en una situación de indefensión y cosificación.
				El peligro es grave si, además, desde una perspectiva de género e interseccional, valoramos el contexto particular de violencia o coacción de la víctima.
				El peligro es permanente, al ser una situación de cosificación que perdura en el tiempo.
			Necesidad de defensa	O, podría catalogarse como inminente, dado que en cualquier momento - al ver otros ejemplos en el contexto de trata- puede considerarse que será agredida o violentada.
				No puede negociar o hacer otra acción más que la que le ordene el tratante o explotador, dado que está en una condición de cosificación.
Preponderancia del interés protegido o proporcionalidad	No se le puede exigir que actúe por otros medios invariables o formales como la denuncia o aviso a la autoridad, dada su condición de indefensión.			
	Relevancia del bien jurídico	Bienes jurídicos colectivos (ej. salud pública, medio ambiente) ceden ante los bienes esenciales (ej. vida, salud, integridad).		
Cláusula de adecuación	Bienes jurídicos de inferior jerarquía (ej. patrimonio) ceden ante bienes esenciales (ej. vida, salud, integridad).			
	Peligro al que se encuentra expuesto	Los medios - como la violencia, amenaza, entre otros - dan cuenta del contexto de peligro y subordinación de la víctima. Este peligro es latente y permanente, ya que, de forma potencial, puede generar una afectación certera a bienes esenciales.		
				El medio adecuado para vencer el peligro en estos casos debe limitarse únicamente a la realización de aquella acción ilícita ordenada por el tratante o explotador.

El caso-tipo 2 consiste en las situaciones donde existen peligros reales para bienes esenciales frente a delitos con bienes esenciales de superior o semejante jerarquía. Es así que se contemplan los casos, donde existen peligros reales para bienes esenciales de la víctima (como la salud, vida, integridad, libertad de la víctima) frente a delitos con bienes esenciales de superior o igual jerarquía de la potencial víctima (como la libertad sexual, vida, dignidad de potenciales víctimas). Ello puede englobar las situaciones

donde la víctima i) capta, transporta, trasladada, entre otros a personas para fines de explotación sexual o laboral, ii) realiza acciones de favorecimiento como la supervisión de las nuevas víctimas de trata u explotación en el lugar, o iii) como parte de las finalidades ilícitas a las que se le destina, se dedica, por ejemplo, al sicariato o al secuestro. En todos estos escenarios, continúa en el contexto de trata de personas, ya sea como víctima en situación de explotación, o aquella que fue cambiada de rol para una mayor funcionalidad del sistema de trata de personas.

Para estos casos, se puede aplicar el estado de necesidad exculpante como eximente completa de responsabilidad. Y, de forma supletoria, al estado de necesidad exculpante, el miedo insuperable.

Cuadro de elaboración propia para explicar la propuestas de solución y eximente de responsabilidad penal para el caso-tipo 2

Clasificación	Descripción	Eximente de responsabilidad aplicable	Elementos y sus características a considerar		
Caso-tipo 2	Las víctimas enfrentan peligros reales para sus bienes esenciales (ej. la salud, vida, integridad, libertad de la víctima) frente a delitos con bienes esenciales de superior o semajante jerarquía de la potencial víctima (ej. la libertad sexual, vida, dignidad de potenciales víctimas).	Estado de necesidad exculpante	Sobre la situación de peligro	El peligro existe hacia bienes jurídicos especificados como la vida, integridad corporal o libertad.	
				El peligro es relevante, al tomarse en cuenta los medios a los que son sometidas, como la amenaza, coacción, para realizar actos ilícitos.	
				Asimismo, es grave si, desde una perspectiva de género e interseccional, valoramos el contexto particular de violencia o coerción de la víctima	
				El peligro es inminente porque, en base a la experiencia de explotación, es seguro que volverá a suceder una situación de perjuicio a la víctima, en caso no se cumpla con lo ordenado.	
				O, el peligro también puede ser calificado de carácter permanente por la condición perenne de explotación.	
		Si la víctima experimentó un cambio de rol; y, desde esa posición, realiza las acciones de trata de personas, de igual forma se encuentra en una situación de subordinación. Para ello, es necesario considerar que esta "liberación" no es más que un cambio de roles funcional al circuito.			
		Miedo insuperable	Sobre la necesidad de defensa	La única forma de superar la situación de peligro a sus bienes jurídicos, como salud, vida, e integridad, es cumpliendo con lo ordenado por los explotadores.	
				No se pueden exigir como medios a opciones inviables y únicamente formales, como el acudir a interponer una denuncia.	
				Sobre "el hecho antijurídico dirigido a alejar el peligro debe ser realizado por el afectado o por una persona con quien tiene una estrecha vinculación".	La víctima, a parte de salvarse así misma, podría ser amenazada de atentar contra familiares o amistades. En ese sentido, puede actuar para proteger sus bienes jurídicos de integridad corporal, vida o libertad.
					Se encuentre otra solución o salida a la afectación del bien.
Se involucren otros bienes jurídicos distintos a los protegidos por el estado de necesidad exculpante.					
Puede ser analizado y aplicado de forma supletoria al cumplirse algunas condiciones:	O, cuando el medio de situación de vulnerabilidad no sea considerado de igual efectividad por parte del juzgador para coaccionar o amenazar de cometer actos ilícitos				

El caso-tipo 3 abarca aquellos casos donde el medio de sometimiento a las víctimas es la situación de vulnerabilidad; y, a partir de ello, se generan peligros a algunos bienes jurídicos específicos. Estos casos pueden resultar complejos porque se puede cuestionar i) la gravedad del peligro, así como ii) la relevancia de los bienes jurídicos que se buscan proteger. Para estos casos, se aplica la eximente de miedo insuperable, donde se cumplen con sus requisitos.

Cuadro de elaboración propia para explicar la propuestas de solución y eximente de responsabilidad penal para el caso-tipo 3

Clasificación	Descripción	Eximente de responsabilidad aplicable	Elementos y sus características a considerar
Caso-tipo 3	Las víctimas cometen delitos, al estar sometidas a una situación de vulnerabilidad, mediante la cual se generan peligros a algunos bienes jurídicos específicos.	Miedo insuperable	<p>La existencia de un mal igual o mayor</p> <p>Actuar por el contexto de miedo; aunque podría no serlo de forma exclusiva.</p> <p>El miedo debe ser insuperable</p> <p>A las víctimas de trata de personas les generaría aflicción, por ejemplo, el no tener una vivienda o alimentación, el retornar a su país de origen con problemas sociales y económicos, o no tener un vínculo romántico-afectivo, del cual son dependientes emocionalmente. Este mal no es aparente ni imaginario.</p> <p>Las víctimas actúan por el miedo (o su posible concreción) que suponen situaciones como sufrir la desprotección social, el desplazamiento migratorio y el quebramiento de vínculos afectivos con los tratantes. Este estado de miedo puede nublar su análisis de la realidad y las alternativas que tienen a su alcance.</p> <p>Desde una perspectiva de género e interseccional, se debe tomar en cuenta las circunstancias específicas de la víctima y su historia de vida (factores sociales, de género, rango etario, entre otros) que pueden intensificar sus temores.</p>

El caso-tipo 4 incluye aquellos casos donde no existen medios, sujeción, y hay desvinculación de tiempo y espacio. Es así que, después de un largo de tiempo de no ser trata o explotada, y no estar bajo la sujeción de terceros, la víctima ingresa nuevamente a dicho contexto u otro para realizar actos de trata de personas o relacionados. En este caso, considero que no puede aplicarse al menos alguna eximente de responsabilidad completa.

Cuadro de elaboración propia para explicar la propuestas de solución y eximente de responsabilidad penal para el caso-tipo 4

Clasificación	Descripción	Eximente de responsabilidad aplicable	Elementos y sus características a considerar
Caso-tipo 4	Después de un largo periodo de tiempo de no ser tratada o explotada, y no estar bajo la sujeción de terceros, la víctima ingresa nuevamente a dicho contexto u otro para realizar actos de trata de personas o relacionados.		No se debe aplicar alguna eximente de responsabilidad penal.

4.1.2. Casos de difícil aplicación: formulación de excusa absolutoria en el código penal.

En los casos de difícil aplicación, se formulará una excusa absolutoria. Por ejemplo, cuando ha transcurrido mucho tiempo desde que cambió de rol de víctima a victimaria, pero no se rompieron los lazos, ya que es probable que se presenten complicaciones a nivel probatorio para aplicar el estado de necesidad exculpante o el miedo insuperable. Asimismo, podría aplicarse cuando el juzgador no considere que el medio de abuso de una situación de vulnerabilidad es lo suficientemente fuerte para obligar a alguien a realizar actos ilícitos.

En ese sentido, plantearemos la redacción de una excusa absolutoria que puede ser incluida - por iniciativa del Legislativo o del Ejecutivo - en el código penal peruano.

“Artículo .- No punibilidad de las víctimas

En caso de no aplicarse una causa de justificación o exculpación, el juez podrá considerar no punir los actos ilícitos que realicen las víctimas en el circuito de la trata de personas y explotación humana, siempre que se cumplan con las siguientes condiciones:

- i) tengan antecedentes de victimización por trata de personas y/o explotación humana
- ii) pese al tiempo transcurrido en el rol de victimaria, no haya un desligamiento de la víctima con el contexto de trata de personas y/o explotación humana.

Por no desligamiento, se podrá entender el compartir el mismo espacio físico, mantener una condición de dependencia o subordinación, no tener capacidad de decisión en los planes delictivos, y/o no tener independencia económica fuera del circuito delictivo”.

4.1.3. Casos de no aplicación

4.1.3.1. Desligamiento en el tiempo y otras variables

El primer caso de no aplicación es cuando hay desligamiento con el circuito de trata de personas, es decir, no se comparta el mismo espacio físico, no se mantenga una condición de dependencia o subordinación, no se tenga independencia económica fuera del circuito delictivo, entre otros.

Lo expuesto corresponde al caso-tipo 4, donde después de un largo de tiempo de no ser tratada o explotada, y no estar bajo la sujeción de terceros, ingresa nuevamente al contexto de trata de personas. A mi criterio, no puede aplicarse ninguna eximente para exonerar por completo la responsabilidad penal. Ello pese a que, como sabemos, las causas de punibilidad están relacionadas con los fines de la pena, y estas podrían verse afectadas si consideramos que la atención que necesitan las personas con antecedentes de victimización de trata de personas y/o explotación humana, no se podrán ver solventadas en un centro penitenciario.

Es importante señalar que lo anunciado anteriormente es un análisis desde el punto de vista del Derecho Penal, pero, como se mencionó con anterioridad, es responsabilidad a los Estados de crear políticas que funcionen para la reinserción social de las víctimas, y evitar su reingreso al circuito de la trata de personas.

4.1.3.2. Calificados como crímenes de lesa humanidad y de guerra bajo el Estatuto de Roma

También, encontramos en los casos de no aplicación a aquellos que son calificados como crímenes de lesa humanidad y de guerra bajo el Estatuto de Roma. Ello en base a la reciente sentencia emitida por la Corte Penal Internacional, donde sienta un importante precedente. El proceso y posterior sanción se estableció contra un ex niño soldado quien fue secuestrado por un grupo armado para cometer crímenes de lesa humanidad y de guerra contra la población de Uganda. Para los estándares establecidos en el derecho internacional de los derechos humanos, este ex niño soldado fue

inicialmente víctima de trata de personas y de explotación humana. Ahora bien, antes de detallar la sentencia, es importante reconocer que i) la Corte Penal Internacional tiene estándares diferentes a los de las jurisdicciones penales comunes, y ii) este caso fue debatido y criticado a nivel internacional por su complejidad.

La Corte Penal Internacional (en adelante, CPI) analizó los hechos cometidos en Uganda, entre el 1 de julio del 2002 y el 31 de diciembre del 2005, por miembros del grupo armado “Lord’s Resistance Army” (en adelante, LRA), entre los cuales se encontraba Dominic Ongwen. El acusado ocupaba un alto cargo dentro de ese grupo, y llevó a cabo una rebelión armada contra el gobierno de Uganda y, particularmente, contra la población civil residente en la zona septentrional de dicho país.

En este contexto, el 4 de febrero de 2021 la CPI le impuso una pena de 25 años, la cual fue confirmada en segunda instancia, al Sr. Ongwen por 61 crímenes calificados de lesa humanidad y de guerra. Específicamente, fue sentenciado como coautor mediato de crímenes como actos inhumanos (matrimonio forzado), tortura, violación, esclavitud sexual y esclavitud; así como del crimen de reclutar a niños menores de 15 años y utilizarlos para participar en hostilidades. También, fue sentenciado como autor directo de crímenes de actos inhumanos (matrimonio forzado), tortura, violación, esclavitud sexual, esclavitud, embarazo forzado y ultrajes contra la dignidad personal.

Para analizar su responsabilidad penal, la defensa del acusado pidió que se considere su historia de vida. En la Sentencia de fecha 6 de Mayo de 2021, se reconoce que Ongwen fue secuestrado por la LRA en 1987 cuando era un niño, y experimentó sufrimientos durante su infancia y juventud, dado que fue sometido a métodos violentos por parte de este grupo armado⁶². Su defensa, además, aseveró que aproximadamente tenía entre 9 a 11 años cuando ocurrió el secuestro, por lo que se desarrolló en un ambiente desfavorable. Argumentan que esto debió ser considerado un factor eximente,

⁶² Sentencia de fecha 6 de mayo de 2021. Revisar los fundamentos 82-84 . Página 33.

dado que si no fuera por sus circunstancias particulares, no hubiera cometido los crímenes por los que se le acusaba⁶³.

Sin embargo, tanto la Sala de Primera Instancia como la de Apelación, centraron su atención en los crímenes cometidos por el Sr. Ongwen en la edad adulta y en su calidad de comandante de batallón de la Brigada Sinia de la LRA. Cabe destacar que ambas salas dividen la historia de Ongwen en dos etapas: i) la etapa de su secuestro y ii) cuando cumple la mayoría de edad. Esta última etapa es el comienzo del período pertinente a las acusaciones, específicamente, el 1º de julio de 2002 en el LRA. En esta fecha, Ongwen tenía aproximadamente de 24 a 27 años de edad.

Ahora bien, para considerar la historia del acusado, su defensa propuso dos eximentes de responsabilidad que están reconocidas en el Estatuto de Roma: i) circunstancias eximentes por de enfermedad o deficiencia mental⁶⁴, y ii) coacción⁶⁵. Para la defensa, en el periodo donde sucedieron los hechos, el Sr. Ongwen padecía de una enfermedad mental y cometió los crímenes como consecuencia de coacción. Al respecto, la Sala de Primera Instancia desistió estas eximentes. Sobre el motivo de enfermedad mental, señaló que faltaron pruebas que corroborasen un diagnóstico; también, hubo un dictamen pericial de profesionales de la salud mental, quienes no identificaron enfermedad o deficiencia mental durante el período de los hechos imputados. Sobre la coacción, aseveraron que tampoco existían pruebas que la sustentaran, es decir, que producto de la amenaza inminente de muerte o lesiones físicas continuadas para él u

⁶³ Sentencia de fecha 6 de mayo de 2021. Revisar el fundamento 67. Página 27.

⁶⁴ El Artículo 31 del Estatuto de Roma dice lo siguiente sobre las eximentes de responsabilidad penal: “1. Sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente Estatuto, no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta: a) Padeciere de una enfermedad o deficiencia mental que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley”;

⁶⁵ El Artículo 31, inciso 1, d) sobre el eximente de responsabilidad relativo a la coacción dice: “d) Hubiere incurrido en una conducta que presuntamente constituya un crimen de la competencia de la Corte como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza de muerte inminente o de lesiones corporales graves continuadas o inminentes para él u otra persona, y en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar. Esa amenaza podrá: i) Haber sido hecha por otras personas; o ii) Estar constituida por otras circunstancias ajenas a su control”.

otra persona en el momento de los hechos. Por todo ello, en primera instancia, señalaron que la culpabilidad de Ongwen quedaba establecida más allá de toda duda razonable.

No obstante lo anterior, la Defensa presentó una apelación donde alegó que hubieron “presuntos errores relacionados con las circunstancias eximentes de responsabilidad penal”. Sobre la eximente por enfermedad o deficiencia mental, la Defensa criticó, entre varios argumentos, que aparentemente no se había tomado en cuenta el testimonio de la Dra. Catherine Abbo relativo al entorno adverso de la LRA y su impacto en el desarrollo moral del Sr. Ongwen⁶⁶. Al respecto, tanto la Sala de Primera Instancia como la de Apelaciones, restacaron que la Dra. Abbo había aseverado que no había una relación directa entre algunas de las enfermedades mentales - diagnosticadas por otros expertos - y los crímenes cometidos por el acusado.

Sobre la exoneración de responsabilidad penal fundada en la coacción, la Sala de Apelaciones concluyó que la Sala de Primera Instancia interpretó debidamente el apartado d) del párrafo 1 del artículo 31 del Estatuto cuando sostuvo que los términos “inminente” y “continuada” se refieren a la naturaleza de la amenaza del daño, y que la amenaza de daño en cuestión consiste en perder la vida inmediatamente o padecer lesiones corporales graves o de manera continuada. La Sala de Apelaciones consideró que no habían pruebas para aseverar que hubo la posibilidad de un castigo o daño generalizado a las familias y comunidades secuestradas, lo que incluía a Ongwen. Asimismo, recogiendo lo que dijo la Sala de Primera Instancia, consideraron que si hubo un ataque a las viviendas de los fugitivos, fue en un periodo anterior a los hechos de relevantes para el caso⁶⁷.

Aunado lo anterior la Sala de Apelaciones, evaluó el presunto poder espiritual que tenía Joseph Kony, principal dirigente de LRA, sobre otros miembros como Ongwen. Sobre esto, la Sala de Primera Instancia y de Apelaciones, concluyeron que había un patrón:

⁶⁶ Sentencia de primera instancia de fecha 4 de febrero de 2021. Revisar los fundamentos 2482, 2483, y 2484.

⁶⁷ Sentencia del 4 de febrero de 2021. Revisar los fundamentos 2642.

las creencias sobre el poder espiritual era más firme en los jóvenes y los recién secuestrados, pero luego desaparecía conforme pasaba el tiempo. Asimismo, aseveran que no existían pruebas que indicaran que la creencia en los poderes espirituales de Joseph Kony desempeñara una función principal en el caso del Sr. Ongwen⁶⁸.

En conclusión, la Sala de Apelaciones confirmó los cargos contra el Sr. Ongwen, centró su análisis en el periodo donde ocurrieron los crímenes y desestimó las eximentes de responsabilidad penal alegadas. No obstante lo anterior, la Sala de Apelaciones señaló que la Sala de Primera Instancia sí tomó en consideración elementos probatorios relativos a los primeros años de la infancia del Sr. Ongwen; por ello, los analizó como eximente de responsabilidad penal aquella basada en enfermedad o deficiencia mental, y aplicó un atenuante al establecer 25 años de pena.

Como es de conocimiento del lector, la presente tesis no es sobre derecho penal internacional; no obstante, este caso podría ser equiparable al caso-tipo 3, ya que i) hay un cambio de rol de víctima a victimario, y ii) podríamos estar ante una situación de vulnerabilidad (que no fue alegada con estas palabras en la Corte). No obstante lo anterior, vemos complicaciones a nivel probatorio y estamos ante crímenes contra la humanidad por la gravedad y magnitud de los mismos.

En conclusión, la sentencia expuesta ha sido muy criticada y debatida a nivel mundial⁶⁹; ello debido a los antecedentes de victimización del Sr. Ongwen y la supuesta falta de consideración de estos sucesos como eximentes de responsabilidad. Por ello, es aún un tema en debate, aunque sienta un precedente a nivel del derecho internacional penal.

⁶⁸ Sentencia del 4 de febrero de 2021. Revisar los fundamentos 2644 y 2645.

⁶⁹ Para mayor información:: [https://www.coalitionfortheicc.org/es/news/20210208/la-sala-de-primera-
instancia-ix-declara-dominic-ongwen-culpable-de-61-cargos-de](https://www.coalitionfortheicc.org/es/news/20210208/la-sala-de-primera-instancia-ix-declara-dominic-ongwen-culpable-de-61-cargos-de) ,
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/24800> ,
<https://revistas.uns.edu.ar/disc/article/view/3338/1959>

5. Consecuencias adicionales de la aplicación de los eximentes de responsabilidad penal

Es importante tomar en cuenta que la aplicación de eximentes de responsabilidad penal trae consigo algunas consecuencias adicionales que deben ser tomadas en consideración.

En primer lugar, hablaremos de la responsabilidad civil cuando se aplican las diferentes eximentes de responsabilidad penal. En el artículo 1971 del Código Civil Peruano, se dice lo siguiente sobre la exoneración de responsabilidad civil:

No hay responsabilidad en los siguientes casos:

1. En el ejercicio regular de un derecho.
2. En legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno.
3. En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de la pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro.

El inciso 3 podría equipararse a los casos de estado de necesidad justificante de la categoría de antijuridicidad; no obstante, los términos que utilizan para referirse a un “bien” hacen referencia a un objeto de valor o que es pasible de ser intercambiado comercialmente. En ese sentido, solo podría ser aplicable cuando la víctima afectó, por ejemplo, el patrimonio de alguien al hurtarle víveres o comente un delito de daños en su condición de servidumbre, pero no para los casos donde la víctima, por ejemplo, afectó el proyecto de vida de otras personas al captarlas para que sean nuevas víctimas del circuito de la trata.

Es así que ni en la aplicación de todas las causas de justificación, de exculpación o de no punibilidad se podría exonerar de responsabilidad civil a la víctima de trata de personas. Ahora bien, el motivo de ello es que la reparación civil se sustenta en el daño ocasionado, el cual corresponde a una acción realizada por una persona. En esta línea, si un hecho no es delictivo, no tiene efectos en la responsabilidad civil, dado que esta es independiente de la calificación penal; en realidad, de lo que depende la indemnización es de la efectiva producción de un daño reparable en sentido amplio (San Martín, 2015, p. 267).

Sin perjuicio de la independencia de la acción civil, la reparación puede determinarse por un juez penal cuando se esté investigando un hecho delictivo. Es así que el artículo 92 del Código Penal peruano señala que “la reparación civil se determina conjuntamente con la pena y es un derecho de la víctima que debe efectivizarse durante el tiempo que dure la condena. El juez garantiza su cumplimiento”. Y, en atención a los criterios de imputación de la acción civil, el artículo 12, inciso 3 del Nuevo Código Procesal Penal señala que la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impide que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre la acción civil derivada del hecho punible.

Cabe destacar que esta reparación comprende, siguiendo el artículo 93, “1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y 2. La indemnización de los daños y perjuicios”. En los casos que hemos esbozado, generalmente, las víctimas tendrían que cubrir el segundo concepto que es la indemnización; y, aunque no sean halladas como responsables penalmente por estar ante una causa de justificación, ello no impedirá que el juez pueda pronunciarse sobre la reparación civil a cubrir.

Debido a lo expuesto, para la presente tesis, planteamos que, en los casos de aplicación de una causa de justificación, exculpación o de no punibilidad, haya un cambio legislativo, donde se incluya como causa exoneración de responsabilidad civil los casos de causas justificación, de exculpación o de no punibilidad que involucren a los daños ocasionados por las víctimas en el circuito de la trata de personas. Una solución alternativa a esta y para evitar que la víctima responda - en su totalidad o parcialmente -

por los daños causados es el establecimiento de responsabilidad solidaria entre la víctima instrumentalizada para la comisión de delitos, y el tratante o explotador. Ello es posible, siguiendo el artículo 95 del Código Penal peruano, que dice que “La reparación civil es solidaria entre los responsables del hecho punible y los terceros civilmente obligados”, así como al artículo 1983 del Código Civil peruano que señala lo siguiente:

Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales.

En ese sentido, el juez puede obligar a que, de forma solidaria, también responda el autor mediato, es decir, el tratante o explotador.

En segundo lugar, hablaremos de la responsabilidad penal de los tratantes y/o explotadores para las causas de justificación, exculpación y punibilidad. En las causas de justificación, debido a que la justificación de una conducta niega la configuración del tipo penal, no se puede imputar responsabilidad penal a algún sujeto involucrado, ya se como autor o cualquier modalidad de partícipe (García, 2012, p. 582). Sobre esto último, en palabras de Roxin, “la participación en una conducta justificada tiene que siempre ser impune, pues cuando el hecho mismo está permitido y cumple con las exigencias jurídicas impuestas a la conducta, cualquier otra contribución con este hecho tiene que estar sometida a la misma valoración” (2013, p. 235). Lo descrito anteriormente corresponde con principio de accesoriedad limitada, que dice que, para establecer la responsabilidad penal al partícipe, el autor del delito debe haber realizado un acto, que al menos sea típico y antijurídico. Por todo ello, no responde la víctima, quien realizó las acciones en una situación de justificación, ni tampoco quienes hayan contribuido con sus acciones.

Es así que uno de las consecuencias positivas que encontramos al solucionar la mayoría de casos presentados, mediante la aplicación de causas de justificación, es que, si bien no responde la víctima ni las personas que hallan participado o contribuido con sus acciones, sí se pueden señalar como penalmente responsables a los tratantes o explotadores, ya que son catalogados como autores mediatos. En los casos expuestos, las víctimas son instrumentos que obran en causas de justificación, específicamente, en los casos de estado de necesidad justificante agresivas.

Siguiendo a Günter Jakobs, un contexto justificante puede no ser producto del azar, sino haber sido organizada por una persona. En esa línea, “al remitir a la situación simultáneamente se inculpa al responsable de la organización. Dado que es responsable de la situación que posibilita un comportamiento justificado, responde también por este comportamiento” (1997, p.771). Ello ocurre, precisamente, en los casos esbozados que reúnen los elementos del estado de necesidad justificante. En estos, el peligro grave y actual es creado por los tratantes o explotadores que usan a la víctima como un instrumento para realizar acciones ilícitas como la microcomercialización de drogas, hurtos, tala ilegal de formaciones boscosas, entre otros.

Ahora bien, Jakobs esboza una situación que podría ser problemática para uno de los casos planteados: Responsabilidad por una situación que justifica un hecho en estado de necesidad defensivo. Dentro de esta situación, encontramos que “falta la responsabilidad predominante del hombre de atrás cuando al ejecutor directo no se le recortan alternativas y tampoco se le quita la responsabilidad por la elección entre las posibilidades de acción (...)” (Jakobs, 1997, p.774). Como habíamos mencionado, el caso-tipo 1 consiste en situaciones donde las víctimas son destinadas a fines ilícitos como la servidumbre. En los casos donde las víctimas tienen una deuda que subsanar, se les podría obligar a realizar algunas acciones ilícitas como el hurto de víveres. En estos casos, no necesariamente el explotador le indicará a la víctimas “hurtar” víveres, pero sí conseguirlos. Es por ello que se vuelve necesario, como lo habíamos detallado en la situación 1, que, para cumplir con el requisito de necesidad de defensa del estado de necesidad justificante, exista una orden específica de robar o hurtar, o un sistema ya

implementado por el explotador donde se den este tipo de órdenes ilícitas. Caso contrario, no estaríamos ante esta eximente de responsabilidad.

En el caso de las causas de no punibilidad, específicamente, la excusa absolutoria, esta se basa en las características o relaciones particulares de un sujeto activo, por ende, solo se aplicaría la no punibilidad a él y no a todo aquel que participa o colabora en los actos delictivos. En el caso de las causas de exculpación, si bien a la víctima no se le impondría una pena privativa de la libertad por los hechos ilícitos, sí lo sería para los partícipes o autores mediatos. Siguiendo a Roxin, la participación en una acción inculpable no debe ser de ninguna manera impune; “lo es solamente cuando los fundamentos que llevan a la liberación de pena en el autor también se presentan en el partícipe o cuando otros argumentos adicionales condicionan su punibilidad” (2007, p. 235). Además, generalmente, cuando alguien colabora con una acción exculpada, actúa a título de autor mediato (2007, p. 236).

En esta misma línea, Jakobs señala que la inimputabilidad o exigibilidad excluida, por un lado, exonera a quien actúa sin culpabilidad; y, por otro lado, inculpa al que es responsable de estas condiciones de culpabilidad excluida. Esta responsabilidad no se sigue por las reglas de la participación y de la coautoría porque estas no abarcan la responsabilidad predominante. Es así que, quien actúa en posición de superioridad, responde como autor mediato (1997, p.777). Para esto, el mismo autor brinda algunos ejemplos que considero también son aplicables a los casos esbozados en la presente investigación. Primero, observamos el “aprovechamiento de la autoridad”, coloca el ejemplo de un padre y un hijo, donde no es lo suficiente maduro o no conoce la norma (1997, pp.779). Segundo, encontramos la “responsabilidad predominante por una situación de necesidad o por el error inevitable del ejecutor del hecho sobre que se dé tal situación”, ejemplifica los casos donde “el autor mediato fuerza al instrumento, mediante amenazas de muerte, a matar a otra persona, o crea una situación de la que el instrumento solo puede escapar con vida matando a otra persona, o engaña al instrumento, haciéndole creer, de modo que no se puede entrever la falta de seriedad de la amenaza, que un tercero va a matarle si se niega” (1997, p.780). Tercero, tenemos la

“responsabilidad predominante por un error de prohibición inevitable en el ejecutor del hecho”, para estos casos, “el superior dominio sobre la decisión no puede sólo consistir en que al instrumento se le recorten alternativas fácticamente, sino que basta que el instrumento, para la elección entre las posibilidades de acción existentes, pueda remitirse a la responsabilidad predominante del autor mediato, es decir, cuando por su parte ya no elige responsablemente” (1997, p.779).

Analogando ello a los casos expuestos, sobre el primer y tercero ejemplo, el circuito de trata de personas busca que las víctimas carezcan de autonomía, precisamente, en el estado de necesidad exculpante, las órdenes son impuestas por la autoridad, es decir, el tratante o explotador. Para el segundo ejemplo, tenemos los casos de estado de necesidad exculpante o miedo insuperable, donde la víctima tiene una situación de necesario, recibe amenazas y/o se encuentra subordinada.

En tercer lugar, desarrollaremos las medidas de seguridad. En la aplicación de una causa de justificación, exculpación o no punibilidad, no se impone ningún tipo de medida de seguridad a la víctima. Ello debido a que estas u otras formas de sanción solo pueden imponerse si una conducta es típica, el sujeto es inimputable y aún cuando la medida no sea antijurídica (García, 2012, p. 582; Villavicencio, 2006, p. 533). No sería lógico aplicar algún tipo de sanción para quienes han sido utilizadas para fines ilícitos. Para evitar su revictimización, lo razonable es que puedan acceder a los servicios públicos para su pronta atención por los hechos de trata o explotación de los que han sido víctimas.

6. Conclusiones preliminares del capítulo III

- El caso-tipo 1 consiste en peligros reales para bienes esenciales de la víctima (vida, salud o libertad) frente a delitos con bienes supraindividuales y/o de inferior jerarquía. Las situaciones que abarca el caso-tipo 1 pueden solucionarse mediante la aplicación del estado de necesidad justificante de la categoría antijuridicidad. Ello debido a que cumplen con los elementos que requiere esta eximente.

- La situación de peligro es grave por encontrarse en una situación de indefensión y sometimiento por los medios de violencia, amenaza, entre otros. Y, desde un enfoque de género e interseccional aplicado al término “hombre medio”, es esperable que esta situación de trata y/o explotación sea considerada de grave riesgo. Asimismo, este peligro es permanente porque perdura en el tiempo el daño.
- No se puede evitar el peligro de otra manera, ya que, la víctima no puede negociar y/o decidir en conjunto con su tratante. La única forma de evitar el peligro es realizando la acción concreta que se le ordena.
- El interés es preponderante de los bienes esenciales frente a los bienes supraindividuales y/o de menor jerarquía, siguiendo la clasificación de Roxin, así como la situación de intensidad del peligro.
- Se cumple con la cláusula de adecuación. Ello debido a que la víctima debe limitarse únicamente a realizar lo ordenado por el tratante y/o explotador.
- El caso-tipo 2 aborda las situaciones donde existen peligros reales para bienes esenciales frente a delitos con bienes esenciales de superior o igual jerarquía. Dentro de estos casos, encontramos situaciones donde la víctima i) capta, transporta, traslada, entre otros a personas para fines de explotación sexual o laboral, ii) realiza acciones de favorecimiento como la supervisión de las nuevas víctimas de trata u explotación en el lugar, o iii) como parte de las finalidades ilícitas a las que se le destina, se dedica, por ejemplo, al sicariato o al secuestro. En todos estos escenarios, continúa en el contexto de trata de personas, ya sea como víctima en situación de explotación, o aquella que fue cambiada de rol para una mayor funcionalidad del circuito.
- Para estos casos, se puede aplicar el estado de necesidad exculpante como eximente completa de responsabilidad. Y, de forma supletoria, el miedo insuperable.

Con respecto al estado de necesidad exculpante, se cumplen con los elementos propios del mismo.

- La situación de peligro es grave y relevante hacia determinados bienes jurídicos como la vida o integridad, debido a que se encuentra en un estado

de indefensión por medio de la amenaza, coacción, entre otros. Desde un enfoque de género e interseccional, es esperable que considere a esta situación como una de peligro grave por ser equiparable a los casos de violencia intrafamiliar.

- El peligro es permanente, ya que se encuentra en una condición de explotación perenne por externos. Ello es independiente de si la víctima continua siendo explotada o no. Como hemos desarrollado, con el paso del tiempo, las víctimas ya no son útiles para los tratantes en el eslabón de explotación por lo que son cambiadas a otros roles en el circuito.
- En tercer lugar, tenemos al elemento de la necesidad de defensa. La víctima solo puede hacer aquello que se le ordene, dado que no está en condiciones de negociar. No se le pueden exigir opciones inviables y únicamente formales como el acudir a interponer una denuncia.
- El hecho debe ser realizado por el afectado o por una persona cerca a él.
- Se puede aplicar el miedo insuperable de forma supletoria al estado de necesidad exculpante, siempre y cuando i) se prevea otra solución o salida a la afectación de un bien, ii) se involucren otros bienes jurídicos distintos a los protegidos por el estado de necesidad exculpante, y/o ii) cuando el medio de situación de vulnerabilidad no sea considerado de igual efectividad por parte del juzgador para coaccionar o amenazar de cometer actos ilícitos. Este último supuesto es abarcado en el caso-tipo 3.
- El caso-tipo 3 abarca aquellos casos donde el medio de sometimiento a las víctimas es la situación de vulnerabilidad; y, a partir de ello, se generan peligros a algunos bienes jurídicos específicos. Estos casos pueden resultar complejos porque se puede cuestionar i) la gravedad o realidad del peligro, así como ii) la relevancia de los bienes jurídicos que se buscan proteger.

Para estos casos, se aplica la eximente de miedo insuperable, donde se cumplen con sus requisitos.

- El mal amenazante lo es para el propio sujeto y le genera una aflicción interna al, por ejemplo, perder su hogar o vínculos afectivos.

- El agente debe actuar por el contexto de miedo. En los casos propuestos, es real que las situaciones de riesgo involucren la desprotección social y de vínculos afectivos de la víctima.
- Esta situación interna de miedo debe ser insuperable. Desde los enfoques de género e interseccional, factores sociales, familiares, de género, diversidad, rango etario, oportunidades laborales intensifican los temores de las víctimas.
- El caso-tipo 4 involucra situaciones donde, después de un largo de tiempo de no ser trata o explotada, y no estar bajo la sujeción de terceros, la víctima ingresa nuevamente a dicho contexto u otro para realizar actos de trata de personas o relacionados. En estos casos, no existen medios, sujeción, y hay desvinculación de tiempo y espacio. Por ello, consideramos que no puede aplicarse alguna eximente de responsabilidad completa.
- En los casos de difícil aplicación, se formulará una excusa absolutoria. Esta versa lo siguiente:

Artículo .- No punibilidad de las víctimas

En caso de no aplicarse una causa de justificación o exculpación, el juez podrá considerar no punir los actos ilícitos que realicen las víctimas en el circuito de la trata de personas y explotación humana, siempre que se cumplan con la siguientes condiciones:

- i) tengan antecedentes de victimización por trata de personas y/o explotación humana
- j) pese al tiempo transcurrido en el rol de victimaria, no haya un desligamiento de la víctima con el contexto de trata de personas y/o explotación humana.

Por no desligamiento, se podrá entender el compartir el mismo espacio físico, mantener una condición de dependencia o subordinación, no tener capacidad de decisión en los planes delictivos, y/o no tener independencia económica fuera del circuito delictivo”

- A parte de situaciones del caso-tipo 4, también, tenemos casos de no aplicación por ser calificados como crímenes de lesa humanidad y de guerra bajo el Estatuto de Roma. Ello en razón de un precedente de la Corte Penal Internacional sobre el caso de Dominic Ongwen, quien fue niño soldado.
- Las consecuencias de la aplicación de los eximentes de responsabilidad penal son diversas: i) la evaluación de la responsabilidad civil, ii) la responsabilidad penal de los tratantes y/o explotadores, iii) la no aplicación a terceros de la excusa absoluta, y iv) la no aplicación de medidas de seguridad a las víctimas.

CONCLUSIONES GENERALES

- La trata de personas tiene su base normativa en acuerdos e instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos. Inicialmente, en algunas de estas normativas no se identificaba a la trata como un delito de conductas, medios y finalidades. Ello es muy importante, dado que, entre otros motivos, los medios son las formas en las que una víctima es sometida para cometer ilícitos.
- Desde el derecho penal, la trata de personas es un delito de medios alternativos y de tendencia interna trascendente. Desde la criminología, es un delito proceso. Estos conceptos son complementarios, ya que explican desde el sistema penal integral cuándo se consuma y cómo se desarrolla el delito. Precisamente, el concepto de “delito proceso” nos permite explicar cómo se desarrolla este fenómeno, la intervención de los distintos agentes y la conexión que, a veces, tiene con la criminalidad organizada. Ello es sobre todo útil cuando estamos hablando de la realización de fines delictivos (tala ilegal, tráfico de drogas), o de víctimas que captan a otras para que se integren a una red.
- El bien jurídico protegido en la trata de personas es la dignidad humana-no cosificación. En el circuito de la trata, precisamente se busca cosificar a las víctimas, despersonalizarlas. Es así que, en este camino de pérdida de autonomía, puede estar expuesta a cometer delitos, al encontrarse sometidas frente al sujeto activo.

- La trata es un delito tripartito, al tener conductas, medios y fines. Al interrelacionar estos, se pueden observar situaciones donde la víctima está más propensa a cometer delitos en el circuito de su cosificación.
- La presente tesis propone cuatro casos-tipo, donde las víctimas cometen ilícitos en el circuito de la trata de personas. Para su diseño, se han tomado en consideración algunos criterios como i) la concepción criminológica de la trata: es un delito proceso, ii) clasificaciones realizadas por la doctrina internacional, iii) la lógica de la teoría tripartita del delito, iv) los instrumentos internacionales de derechos humanos sobre el principio de no punibilidad, y v) casos judiciales y códigos penales de Estados del marco comparado.
- Los 4 casos-tipo donde las víctimas de trata de personas podrían cometer delitos en el circuito de la trata son los siguientes:
 - i) Caso-tipo 1: Peligros reales para bienes esenciales de la víctima frente a delitos con bienes supraindividuales y de inferior jerarquía
 - ii) Caso-tipo 2: Peligros reales para bienes esenciales frente a delitos con bienes esenciales de superior o igual jerarquía
 - iii) Caso-tipo 3: Aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad subjetivo/personal
 - iv) Caso-tipo 4: Inexistencia de medios, no sujeción, y desvinculación de tiempo y espacio.
- Para guiar nuestras soluciones sobre los caso-tipo propuestos, se puede recurrir a los siguientes elementos. Primero, tenemos los enfoques transversales para abordar la trata como la perspectiva de derechos humanos, de género, interseccional y victimocéntrica. Segundo, observamos los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos que protegen a las víctimas que delinquen. Estos los hemos englobado desde el Sistema Universal de Derechos Humanos, Sistema Europeo de Derechos Humanos, el Derecho de la Unión Europea y Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Tercero, encontramos los marcos jurídicos comparados sobre la aplicación del principio de no punibilidad y de categorías dogmático-penales en los Estados de Alemania, España, Argentina y Perú.

- Con respecto a los enfoques transversales, estos son relevantes para establecer parámetros y guiar la aplicación de las categorías de la teoría del delito y sus eximentes de responsabilidad.
- El enfoque de derechos humanos es importante debido a que nos exige concentrarnos en la víctima de actos de violación de derechos humanos, que fue sometida a la trata o explotación. Desde una visión negativa, esto no se cumpliría si después de sobrevivir a la trata, ahora la víctima debe ser sometida al juzgamiento y condena por parte de la jurisdiccional estatal. Desde una visión positiva, el Estado debe emprender acciones positivas como la implementación de programas para su rehabilitación.
- El enfoque de género nos permitirá abordar aquellos factores que condicionan la prevalencia de víctimas mujeres. También, nos ayuda a identificar a aquellas que no cumplen con los imaginarios de la víctima ideal, y que, de igual forma, merecen ser reconocidas y protegidas por el Estado.
- El enfoque interseccional debe tener en cuenta que la experiencia de cada víctima es diferente, ya que no solo se toman en cuenta factores sociales, económicos, políticos generales, también su propia historia de vida. Esta confluencia nos indica el mayor grado de vulnerabilidad y las situaciones a las que una víctima puede estar expuesta como la comisión de ilícitos.
- El enfoque victimocéntrico es una forma de relacionarse con las víctimas, donde se busca priorizarlas para evitar su revictimización. Asimismo, tiene como una de sus manifestaciones al principio de no punición o de no penalización de las víctimas de trata de personas. Para cumplirlo a cabalidad, tiene múltiples principios como la no discriminación, confidencialidad y consentimiento informado, entre otros.
- Sobre los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, estos nos permiten observar que, en diferentes sistemas internacionales, se reconoce el principio de no punibilidad, ya sea como *soft-law* o *hard-law*.
- En el sistema universal, europeo e interamericano, observamos dos situaciones donde se coincide en la no criminalización: i) víctimas que se encuentren en el

país con una situación migratoria o laboral irregular, y ii) víctimas que fueron tratadas para fines ilícitos, siempre que sean obligadas o coaccionadas.

- Particularmente, en los instrumentos del sistema universal, también se abarca casos de manera general, donde se hayan visto involucradas en actos ilícitos porque i) es consecuencia directa de su situación, ii) fueron obligadas, coaccionadas, y/o iii) corresponden a los fines ilícitos (trabajo o servicio forzoso) para los que fueron tratadas. Estos instrumentos, pueden ser considerados como *soft-law*, y aplicados al realizar un análisis pro persona y sistemático.
- Los instrumentos del Sistema Europeo de Derechos Humanos sí son vinculantes para los Estados partes de Europa que los ratificaron. Asimismo, dejan un amplio margen para que, tanto desde el derecho penal material y procesal, no se criminalice a las víctimas. Dentro de sus instrumentos, se incluyen supuestos donde i) la víctima haya sido obligada a cometer el ilícito, y ii) los ilícitos sean consecuencia directa de su situación.
- El Derecho de la Unión Europea tiene instrumentos de *hard-law* que buscan la no penalización ni procesamiento de las víctimas. Estos son vinculantes para los Estados que forman parte de la Unión Europea.
- En el sistema interamericano, encontramos las Conclusiones y Recomendaciones de la Segunda reunión de autoridades nacionales en materia de trata de personas de la Organización de los Estados Americanos. En esta, se recomienda que no se detengan, acusen o sancionen penalmente a las víctimas que hayan cometido ilícitos como consecuencia directa de su situación, y se hayan visto forzadas o coaccionadas a ello.
- Los mencionados instrumentos del derecho internacional de derechos humanos han sido tomados en consideración para eximir de responsabilidad penal a las víctimas de trata de personas en algunos casos. Para ello, se analizaron los marcos jurídicos penales de los Estados de Alemania, España, Argentina y Perú.
- En Alemania, se reconoce explícitamente en su código penal que, en los tipos penales de trata de personas y explotación, una víctima puede cometer ilícitos bajo una situación de trata; en estos casos, se responsabiliza al tratante. Asimismo, en un informe realizado por el Estado mencionan, sobre el “principio

de no sanción”, que cada caso se analiza en particular para aplicar o no una eximente de responsabilidad en su derecho material o procesal penal.

- En España, se ha incluido el artículo 177, inciso 11 en su código penal como una excusa absolutoria. No obstante, existen críticas sobre su redacción, ya que, entre varios motivos, i) contempla la excusa para la fase de explotación del delito, lo que excede la configuración del tipo penal de trata, ii) señala que los delitos que haya cometido la víctima deben ser consecuencia directa de los medios de trata, pero estos no tienen la misma intensidad conforme pasa el tiempo y las fases de sometimiento, y iii) se resalta que debe de haber una proporcionalidad entre la situación en la que se encontraba y el hecho realizado, lo que llevaría a problematizar la excusa absolutoria, y recurrir a la teoría del delito y al derecho constitucional.
- En Argentina, existe una cláusula de no punibilidad para los casos donde las víctimas cometen delitos, los cuales solo deben ser consecuencia de la situación de trata. Esta cláusula permite un parámetro amplio, distinto al de España, y ha sido aplicada, por ejemplo, en la Causa n° 15,554 ante la Cámara Federal de Casación Penal.
- En Perú, no se cuenta con una excusa absolutoria general para estos casos. No obstante, los protocolos para la atención de víctimas de la Policía Nacional del Perú y del Ministerio Público si hacen referencia al principio de no criminalización de las víctimas de trata. Asimismo, se ha ratificado un convenio de la OIT que aplicaría para los casos donde se consuman las actividades ilícitas para las que fueron tratadas.
- Tomando en cuenta los enfoques transversales, instrumentos internacionales de derechos humanos y marcos comparados, se han planteado soluciones desde la dogmática-penal, principalmente, aplicando algunas eximentes de responsabilidad penal.
- Como hemos desarrollado, el caso-tipo 1 consiste en peligros reales para bienes esenciales de la víctima (vida, salud o libertad) frente a delitos con bienes supraindividuales y/o de inferior jerarquía. Es así que las víctimas cometen delitos contra bienes supraindividuales y/o de inferior jerarquía para poder salvar sus

bienes esenciales en situaciones de peligro, mediante la coacción, la amenaza, la violencia.

- Las situaciones que abarca el caso-tipo 1 pueden solucionarse mediante la aplicación del estado de necesidad justificante de la categoría antijuridicidad. Ello debido a que cumplen con los elementos que requiere esta eximente.
- Primero, la situación de peligro es grave por encontrarse en una situación de indefensión, que se intensifica por los medios de violencia, amenaza, entre otros. Y, desde un enfoque de género e interseccional aplicado al término “hombre medio”, es esperable que esta situación de trata y/o explotación sea considerada de grave riesgo. Asimismo, este peligro también será calificado de permanente porque perdura en el tiempo el daño que podrían sufrir en cualquier momento.
- Segundo, es imposible de evitar el peligro de otra manera, ya que, en su situación de explotación, no es capaz de negociar y/o decidir en conjunto con su tratante. Es así que solo realiza la acción concreta que se le ordena. Cabe destacar que no se pueden exigir opciones formales como denunciar o acudir a un organismo estatal, ya que, en la situación de indefensión, ello no se dará.
- Tercero, el interés es preponderante de los bienes esenciales frente a los bienes supraindividuales y/o de menor jerarquía, siguiendo los criterios de bienes jurídicos de Roxin. Asimismo, en un segundo análisis, donde se considera la situación de peligro en el contexto de trata y/o explotación, también destacan los primeros sobre los segundos por el riesgo permanente en el que se encuentran los bienes jurídicos esenciales como la vida, salud, integridad, entre otros.
- Cuarto, se cumple con la cláusula de adecuación, ya que la víctima debe limitarse a realizar lo ordenado por el tratante y/o explotador y no salirse de ello.
- El caso-tipo 2 consiste en las situaciones donde existen peligros reales para bienes esenciales frente a delitos con bienes esenciales de superior o igual jerarquía. Es así que se contemplan los casos, donde existen peligros reales para bienes esenciales de la víctima (como la salud, vida, integridad, libertad de la víctima) frente a delitos con bienes esenciales de superior o igual jerarquía de la potencial víctima (como la libertad sexual, vida, dignidad de potenciales víctimas).

- Ello puede englobar las situaciones donde la víctima i) capta, transporta, traslada, entre otros a personas para fines de explotación sexual o laboral, ii) realiza acciones de favorecimiento como la supervisión de las nuevas víctimas de trata u explotación en el lugar, o iii) como parte de las finalidades ilícitas a las que se le destina, se dedica, por ejemplo, al sicariato o al secuestro. En todos estos escenarios, continúa en el contexto de trata de personas, ya sea como víctima en situación de explotación, o aquella que fue cambiada de rol para una mayor funcionalidad del sistema de trata de personas.
- Para estos casos, se puede aplicar el estado de necesidad exculpante como eximente completa de responsabilidad. Y, de forma supletoria, el miedo insuperable.
- Con respecto al estado de necesidad exculpante, se cumplen con los elementos propios del mismo. En primer lugar, la situación de peligro es grave y relevante hacia determinados bienes jurídicos como la vida o integridad corporal. Asimismo, se encuentra sometida y en estado de cosificación por medio de la amenaza, coacción, entre otros. En caso de no cumplir con los ilícitos que se le requieran, podría verse expuesta a otras vulneraciones, como a su integridad corporal o vida. Ello es independiente de si la víctima continúa en situación de explotación, o fue cambiada de rol para una mayor funcionalidad del sistema de trata de personas. Es así que los ilícitos mencionados pueden realizarse desde ambas posiciones, donde es más evidente la subordinación en la condición vigente de víctima explotada. Asimismo, desde un enfoque de género e interseccional, es esperable que considere a esta situación como una de peligro grave por asemejarse a los casos de violencia intrafamiliar.
- En segundo lugar, otra característica es que este peligro es de carácter permanente, dado que se encuentra en una condición de explotación perenne por externos. Ello es independiente de si la víctima continua siendo explotada o no. Como hemos desarrollado, con el paso del tiempo, las víctimas ya no son útiles para los tratantes en el eslabón de explotación, sino en otros roles, donde, a partir de su experiencia, puedan contribuir con el circuito al realizar acciones de trata de

personas o conexas, lo que comprende captación, transporte, supervisión de otras víctimas.

- En tercer lugar, tenemos al elemento de la necesidad de defensa. La víctima solo puede hacer aquello que se le ordene, dado que no está en condiciones de negociar. Tampoco, se le pueden exigir opciones inviables y únicamente formales como el acudir a interponer una denuncia, dado que la víctima se encuentra en una situación de indefensión. En cuarto lugar, es importante recordar que el hecho debe ser realizado por el afectado o por una persona cerca a él.
- Se puede aplicar el miedo insuperable de forma supletoria al estado de necesidad exculpante. El miedo insuperable puede ser aplicado cuando i) se prevea otra solución o salida a la afectación de un bien, ii) se involucren otros bienes jurídicos distintos a los protegidos por el estado de necesidad exculpante, y/o ii) cuando el medio de situación de vulnerabilidad no sea considerado de igual efectividad por parte del juzgador para coaccionar o amenazar de cometer actos ilícitos. Este último supuesto es abarcado en el caso-tipo 3.
- El caso-tipo 3 abarca aquellos casos donde el medio de sometimiento a las víctimas es la situación de vulnerabilidad; y, a partir de ello, se generan peligros a algunos bienes jurídicos específicos. Estos casos pueden resultar complejos porque se puede cuestionar i) la gravedad o realidad del peligro, así como ii) la relevancia de los bienes jurídicos que se buscan proteger.
- Para estos casos, se aplica la eximente de miedo insuperable, donde se cumplen con sus requisitos.
- Primero, el mal amenazante lo es para el propio sujeto y le genera una aflicción, no necesariamente antijurídica, desde su propia concepción. En el caso la víctima de trata de personas, en situación de vulnerabilidad, la aflicción puede verse representada por perder su hogar, vínculos afectivos o sustancias estupefacientes.
- Otro requisito es que el agente debe actuar por el contexto de miedo. En los casos propuestos, es real que las situaciones de riesgo sobre desprotección social y de vínculos afectivos posiblemente se concreten. Si bien el miedo es un estado interno, para determinarlo objetivamente, deben realizar pericias sociales y

antropológicas que permitan determinar que estamos en situaciones de dependencia emocional o familiar, lo que pueden culminar en afectaciones a bienes jurídicos como la salud mental.

- Esta situación interna de miedo debe pasar por el filtro normativo de la insuperabilidad. Desde una perspectiva convencional, es en base al término “hombre promedio”; no obstante, en el caso de las víctimas, es necesario el enfoque de género e interseccional. Es así que se debe tomar en cuenta su historia de vida, lo que incluye factores sociales, familiares, de género, diversidad, rango etario, oportunidades laborales, posibilidad de arraigo, riesgo por su origen o procedencia, entre otros. Todo ello podría intensificar, siguiendo su propio contexto, los temores que puedan tener previamente o desarrollar.
- El caso-tipo 4 incluye aquellos casos donde no existen medios, sujeción, y hay desvinculación de tiempo y espacio. Es así que, después de un largo de tiempo de no ser trata o explotada, y no estar bajo la sujeción de terceros, la víctima ingresa nuevamente a dicho contexto u otro para realizar actos de trata de personas o relacionados. En este caso, considero que no puede aplicarse alguna eximente de responsabilidad completa.
- Considero que los criterios expuestos anteriormente deberían de ser discutidos y adoptados en un acuerdo plenario o resolución fiscal con el objetivo de cumplir con el principio de no punibilidad de las víctimas, brindar mayor protección a las mismas, así como seguridad jurídica para los casos donde se presenten los contextos expuestos anteriormente.
- En los casos de difícil aplicación, se formulará una excusa absolutoria. Esta versa lo siguiente:

Artículo .- No punibilidad de las víctimas

En caso de no aplicarse una causa de justificación o exculpación, el juez podrá considerar no punir los actos ilícitos que realicen las víctimas en el circuito de la trata de personas y explotación humana, siempre que se cumplan con la siguientes condiciones:

- i) tengan antecedentes de victimización por trata de personas y/o explotación humana
- j) pese al tiempo transcurrido en el rol de victimaria, no haya un desligamiento de la víctima con el contexto de trata de personas y/o explotación humana.

Por no desligamiento, se podrá entender el compartir el mismo espacio físico, mantener una condición de dependencia o subordinación, no tener capacidad de decisión en los planes delictivos, y/o no tener independencia económica fuera del circuito delictivo”

- También, encontramos casos de no aplicación. El primer caso de no aplicación es cuando existe un desligamiento del contexto de trata de personas, es decir, no se mantenga un condición de dependencia, no se comparta un espacio física, entre otros. Lo expuesto corresponde al caso-tipo 4, donde después de un largo de tiempo de no ser trata o explotada, y no estar bajo la sujeción de terceros, ingresa nuevamente al contexto de trata de personas. A nuestro criterio, no puede aplicarse ninguna eximente para exonerar por completo la responsabilidad penal.
- El segundo caso no aplicación a aquellos que son calificados como crímenes de lesa humanidad y de guerra bajo el Estatuto de Roma. Ello en base a la reciente sentencia emitida por la Corte Penal Internacional sobre situaciones ocurridas en Uganda, donde sienta un importante precedente al sentenciar a Dominic Ongwen, quien fue niño soldado.
- Las consecuencias de la aplicación de los eximentes de responsabilidad penal son diversas. En primer lugar, tenemos a la responsabilidad civil. Para exonerar de responsabilidad civil a las víctimas, proponemos que haya un cambio legislativo, donde se incluya como causa exoneración los casos de causas justificación, de exculpación o de no punibilidad que involucren a los daños ocasionados por las víctimas en el circuito de la trata de personas.
- En segundo lugar, encontramos a la responsabilidad penal de los tratantes y/o explotadores para las causas de justificación, exculpación y punibilidad. Mediante

la aplicación de causas de justificación, no responden la víctima ni las personas que hallan participado o contribuido con sus acciones. Pero, sí responden penalmente los tratantes o explotadores responsables, ya que son catalogados como autores mediatos. En los casos expuestos, las víctimas son instrumentos que obran en causas de justificación, específicamente, en los casos de estado de necesidad justificante agresivas.

- En el caso de las causas de no punibilidad, específicamente, la excusa absolutoria, esta se basa en las características o relaciones particulares de un sujeto activo, por ende, solo se aplicaría la no punibilidad al sujeto y no a todo aquel que participa o colabora en los actos delictivos. En el caso de las causas de exculpación, si bien a la víctima no se le impondría una pena privativa de la libertad por los hechos ilícitos, sí lo sería para los partícipes o autores mediatos.
- La inimputabilidad o exigibilidad excluida, por un lado, exonera a quien actúa sin culpabilidad; y, por otro lado, inculpa al que es responsable de estas condiciones de culpabilidad excluida. Por ello, sí responderían los tratantes o explotadores de las víctimas que delinquen.
- En tercer lugar, observamos las medidas de seguridad. En la aplicación de una causa de justificación, exculpación o no punibilidad, no se impone ningún tipo de medida de seguridad a la víctima. No sería lógico aplicar algún tipo de sanción para quienes han sido utilizadas para fines ilícitos.

BIBLIOGRAFÍA

Aparicio, M. y Gerardo, P. (2008). Los derechos humanos y sus garantías: nociones básicas. En J. Bonet., y V. Sanchez (Coord.), *Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios* (pp. 140-161). Huygens.

Association for Women's Rights in Development. (2004). Interseccionalidad: una herramienta para la justicia de género y la justicia económica. *Derechos de las mujeres y cambio económico*, (9), 1-8.
<https://www.awid.org/sites/default/files/atoms/files/nterseccionalidad> -

[una herramienta para la justicia de genero y la justicia economica.pdf](#)

Berdugo, I. y Rodríguez, A. C. (2010). *Curso de derecho penal. Parte general* (2.^a ed. rev., adaptada a la reforma de 2010 del Código penal). Ediciones Experiencia.

Bregaglio, R. (2013). Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos. En G. Bandeira; R. Urueña y A. Torres (Coords.), *Protección Multinivel de Derechos Humanos, Red Derechos Humanos y Educación Superior* (pp. 91-129). Universitat Pompeu Fabra.

Bustos, J. y Larrauri, E. (1993). *Victimología: presente y futuro (Hacia un sistema penal de alternativas)*. Promociones y Publicaciones Universitarias, PPU.

Caro, J.A.; Salazar, M.; del Pino, M.; Medianero, A.; Tafur, A.; Castañeda, Y.; Polo, L.; Taboada; A. y Tapia, D. (2018). *Amicus curiae. Aportes sustantivos y procesales a la persecución del delito de trata de personas*. Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico.

https://www.up.edu.pe/vida-en-el-campus/centro-cultural/exposiciones/Lists/Exposiciones/Attachments/2/AMICUS_CURIAE_FINAL.pdf

Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2009). *Working Group on Trafficking in Persons, Report on the Meeting of the Working Group on Trafficking in Persons (CTOC/COP/WG.4/2009/2)*. Hecho en Viena del 14 al 15 abril de 2009.

Consejo de Derechos Humanos (6 de junio 2012). *Informe de la Relatora Especial sobre trata de personas, especialmente mujeres y niños, Joy Ngozi Ezeilo (Resolución A/HCR/20/18)*.

Council of Europe. (2005). *Explanatory Report on the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*.
<https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/193590/20100607ATT75644EN-original.pdf>

Council of Europe. (2005). *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*. <https://rm.coe.int/16800d3812>

Council of Europe. (2020). *Report submitted by the authorities of Germany on measures taken to comply with Committee of the Parties Recommendation CP/Rec (2019).06 on the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*. <https://rm.coe.int/cp-2020-10-germany/1680a09ae3>

Craig, P. y De Búrca, G. (2015). *EU law: Text, cases, and materials* (6.^a ed.). Oxford University Press.

Daunis, A. (2013). *El delito de trata de seres humanos*. Tirant lo Blanch. <https://latam-tirantonline-com.ezproxybib.pucp.edu.pe/cloudLibrary/ebook/show/9788490335888?showPage=1>

D’Cunha, J. (2002). *Trafficking in persons: a gender and rights perspective* (Report N° EGM/TRAF/2002/EP.8). Expert Group Meeting on “Trafficking in women and girls” of the United Nations. <https://www.un.org/womenwatch/daw/egm/trafficking2002/reports/EP-DCunha.PDF>

Demetrio, E. (2011). La culpabilidad. Elementos de la culpabilidad. La imputabilidad. En I. Berdugo (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal* (pp. 339-357) (Tomo II). Iustel.

Díaz, I. (2002). El delito de explotación sexual en el ordenamiento jurídico peruano: apuntes para su comprensión y abordaje desde la relación entre dignidad, libertad sexual y enfoque de género. En J. Rodríguez Vásquez (Coord.), *V Congreso Jurídico Internacional Sobre Formas Contemporáneas De Esclavitud, Tomo I* (pp. 103-132). Pontificia Universidad Católica del Perú.

<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/187574/V%20Congreso%20Jur%c3%addico%20Tomo%20I.pdf?sequence=6&isAllowed=y>

European Union. (2021). Introduction to EU law. https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/introduction-to-eu-law_en.pdf

European Union's Migration, Asylum and Integration Fund. (2021). *Guide: Victim-Centered Approach. For Front-Line Professionals Working With Trafficking In Human Beings*. <https://www.cyrefugeecouncil.org/guide-victim-centered-approach/>

Feijoo, B. (2017). *Derecho penal, neurociencias y bien jurídico*. ARA.

García, P. (2012). *Derecho penal: Parte general*. Jurista Editores.

Global Programme Against Trafficking in Human Beings. (2006). *Toolkit to Combat Trafficking in Persons* (1st edition). United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). <https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/HT-toolkit-en.pdf>

Global Programme Against Trafficking in Human Beings. (2008). *Toolkit to Combat Trafficking in Persons* (2nd edition). United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). [https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Toolkit-files/07-89375_Ebook\[1\].pdf](https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Toolkit-files/07-89375_Ebook[1].pdf)

Gutmann, T. (2019). Dignidad y autonomía. Reflexiones sobre la tradición kantiana. *Estudios de Filosofía*, (59), 233-254. https://revistas.udea.edu.co/index.php/estudios_de_filosofia/article/view/334877/pdf

Herdegen, M. (2005). *Derecho Internacional Público* (2.^a ed.). Universidad Nacional Autónoma de México. <http://metabase.uaem.mx/handle/123456789/1847>

Hörnle, T. (2015). *Teorías de la Pena*. Universidad del Externado de Colombia.

Hurtado Pozo, J. (2005). *Manual de derecho penal* (3a ed.). Grijley.

Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal - Parte General - Fundamentos y teoría de la imputación*. (2da. ed. corregida). (J. Cuello Contretas, y J. L. Serrano Gonzales de Murillo. Trad.). Marcial Pons. (Obra original publicada en 1991).

Kant, I. (2008). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Espasa Calpe.

Landa, C. (2017). *Los Derechos Fundamentales*. Fondo Editorial PUCP.

López Guerra, L. (2013). El sistema europeo de protección de derechos humanos. En G. Bandeira, R. Urueña, y A. Torres Pérez (Coords.), *Protección Multinivel de Derechos Humanos* (165-186). Red de Derechos Humanos y Educación Superior.

Luzón, D. (2012). *Libertad, culpabilidad y neurociencias*. InDret.

Maqueda, M. (2000). El tráfico de personas con fines de explotación sexual. *Jueces para la democracia*, (38), 23-29.

Mateus, A., Varón, A., Londoño, B., Luna De Aliaga, B., y Vanegas, M. (2009). *Aspectos Jurídicos del delito de trata de personas en Colombia. Aportes desde el Derecho Internacional, Derecho Penal y las Organizaciones No Gubernamentales*. (Convenio Interinstitucional 045-2009). Ministerio del Interior y de Justicia de la República de Colombia. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Universidad del Rosario. https://www.unodc.org/documents/colombia/2013/septiembre/Investigacion_U_Rosario.pdf

Medina, C. (1996). El derecho internacional de los derechos humanos. En C. Medina Quiroga y J. Mera Figueroa (Eds.), *Sistema Jurídico y Derechos Humanos: El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos*

(pp. 1-19). Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales.

Meini, I. (2014). *Lecciones de derecho penal parte general: Teoría jurídica del delito*. Fondo Editorial PUCP.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y CHS Alternativo. (2017). *Trata de Personas en el Perú. Criminología de actores y perfiles penitenciarios*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. <https://chsalternativo.org/recurso/trata-de-personas-en-el-peru-criminologia-de-actores-y-perfiles-penitenciarios/>

Ministerio Público – Fiscalía de la Nación. (2019). *Protocolo del Ministerio Público para la atención de víctimas del delito de trata de personas, personas en situación de tráfico ilícito de migrantes y víctimas de delitos en el contexto de la migración* (Resolución de la Fiscalía de la Nación n° 2291-2019-MP-FN). Oficina de Análisis Estratégico Contra la Criminalidad. Ministerio Público – Fiscalía de la Nación. Organización Internacional del Trabajo.

Mir, S. (2008). *Derecho penal, parte general*. (8.^a ed.). Reppertor.

Mir, S. (2016). *Derecho penal. Parte general*. (10.^a ed.). Reppertor.

Molina, F. (2009). *Estado de necesidad y justificación penal: ¿es lícita la tortura en situaciones extremas?*. Grupo Editorial Ibáñez.

Montoya, Y. (2011). Derecho penal y métodos feministas. En M. Fernandez y F. Morales (Coods), *Métodos feministas en el derecho: Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana* (pp. 145-182). Palestra.

Montoya, Y. (2012). *Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de trata de personas*. OIM/IDEHPUCP.

Montoya, Y., Novoa, Y., Rodríguez Vásquez, J., Torres Pachas, D., y Guimaray, E. (2015). *Manual sobre delitos contra la administración pública*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Democracia y Derechos Humanos.

Montoya, Y. (2016). El delito de trata de personas como delito complejo y sus dificultades en la jurisprudencia peruana. *Derecho PUCP*, (76), 393-419. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201601.016>

Montoya, Y., Quispe, F., Blouin, C., Rodríguez, J., Enrico, A. y Gómez, T. (2017). *Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de trata de personas*. (2.ª ed.). Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Democracia y Derechos Humanos.

Morillas, D.; Patró, R. M.; y Aguilar, M. M. (2011). *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización*. Dykinson.

National Human Rights Commission, UNIFEM New Delhi, e Institute of Social Sciences Project. (2004). *A report on trafficking in women and children in India 2002-2003*. New Delhi

Nussbaum, M. C. (1995). Objectification. *Philosophy & Public Affairs*, 24(4), 249–291. <http://www.jstor.org/stable/2961930>

Pateman, C. (1988). *The sexual contract*. Stanford University Press.

Pérez Manzano, M. (2012). El tiempo de la consciencia y la libertad de decisión: bases para una reflexión sobre neurociencia y responsabilidad penal. *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (35), 471–498. <https://doi.org/10.14198/DOXA2012.35.20>

Policía Nacional del Perú. (2016). *Protocolo para la Atención y Protección de Víctimas y Testigos del Delito de Trata de Personas por parte de la Policía Nacional del Perú*

(Actualizado por la Resolución Ministerial 0430-2016-IN).

Pomares, E. (2011). El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, (13), 15:1-11:31.

Prado, V. (2016). *Criminalidad organizada. Parte Especial*. Instituto Pacífico.

Roa Avella, M. (2012). Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante. *Nova et Vetera*, 21 (65), 49-70.

Rodríguez, J. y Montoya, Y. (2020). *Lecciones sobre el delito de trata de personas y otras formas de explotación. Dirigido a juezas y jueces penales*. CICAJ-DAD. <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/172209/Lecciones%20sobre%20trata%20de%20personas%20VF%20web.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Rodríguez, J. y Montoya, Y. (2002). Los delitos de explotación laboral: bases para una interpretación sistemática de sus diversas tipificaciones en el Código Penal Peruano. En J. Rodríguez Vásquez (Coord.), *V Congreso Jurídico Internacional Sobre Formas Contemporáneas De Esclavitud, Tomo I* (pp. 271-326). Pontificia Universidad Católica del Perú.

<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/187574/V%20Congreso%20Jur%c3%addico%20Tomo%20I.pdf?sequence=6&isAllowed=y>

Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general*. (Tomo I). Civitas Ediciones.

Roxin, C. (2007). *La teoría del delito en la discusión actual*. Grijley.

Roxin C. (2013). *La teoría del delito en la discusión actual*. (2.^a reimpresión). Grijley.

Salinas, R. (2019). *Derecho penal: parte especial*. (8.^a ed.). Iustitia, Editorial Grijley.

San Martín, C. (2015). *Derecho procesal penal lecciones*. Fondo Editorial INPECC.

Santana, D. M. (2011). El nuevo delito de trata de seres humanos (LO 5/2010, 22-6). *Cuaderno de Política Criminal*, (104). 79-108.

Schloenhardt, A., y Markey-Towler, R. (2016). Non-Criminalisation of Victims of Trafficking in Persons - Principles, Promises, and Perspectives. *Groningen Journal of International Law*, 4(1), 10-38.

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2810148

Organización de los Estados Americanos. (2009). *Segunda Reunión de Autoridades Nacionales en Materia de Trata de Personas realizada del 25 al 27 de marzo en Buenos Aires, Argentina*. Consejo Permanente de la OEA/Ser.K/XXXIX.2
https://cdn.educ.ar/dinamico/UnidadHtml_get_afbb1d5b-2237-4e3b-9ffc-7aada5b59548/2da-reunion-consejo-permanente-oea.pdf

United Nations Office on Drugs and Crime (2012). Issue Paper. *Abuse of a position of vulnerability and other “means” within the definition of trafficking in persons*. United Nations.

https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC_2012_Issue_Paper_-_Abuse_of_a_Position_of_Vulnerability.pdf

United Nations Office on Drugs and Crime (2020). *Female victims of trafficking for sexual exploitation as defendants*. United Nations. United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC).

https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2020/final_Female_victims_of_trafficking_for_sexual_exploitation_as_defendants.pdf

United Nations Office on Drugs and Crime (2022). *Global Report on Trafficking in Persons*. United Nations.
https://www.unodc.org/lpomex/uploads/documents/Publicaciones/Crimen/GLOTiP_2022_web.pdf

United Nations High Commissioner for Refugees (2020). *Policy on a Victim-Centred Approach in UNHCR's response to Sexual Misconduct. Sexual Exploitation and Abuse and Sexual Harassment*. United Nations High Commissioner for Refugees.
<https://www.unhcr.org/sites/default/files/legacy-pdf/5fdb345e7.pdf>

Valle, M. (2019). La víctima de trata como autora de delitos. Dificultades para la exención de su responsabilidad penal. *Crítica Penal y Poder*, (18), 124-133.
<https://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/30418/30691>

Ventura, M. (s/f). El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. *Cultura Política y Ejercicio Ciudadano Especial: Referencia a su Impacto en la Prevención de Delito*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34041.pdf>

Villacampa, C. (2010). El delito de trata de personas: Análisis del nuevo artículo 177 bis CP desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, (14), 819-865.
<https://core.ac.uk/download/pdf/61902925.pdf>

Villacampa, C. (2011). *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*. Thomson Reuters.

Villacampa, C., y Torres, N. (2016). Trata de seres humanos para explotación criminal: ausencia de identificación de las víctimas y sus efectos. *Estudios penales y criminológicos*, 36, 771-829.

Villacampa, C. (2022). El principio de no punición o no penalización de las víctimas de trata de seres humanos: reconocimiento normativo y aplicación. *Diario La Ley*, (10101), 1-12.

Villacampa, C. (2023). La trata de seres humanos para explotación criminal y la cláusula de exención penal. En J. Rodríguez Vásquez (Coord.), *V Congreso Jurídico Internacional Sobre Formas Contemporáneas De Esclavitud, Tomo II* (p. 177-204). Pontificia Universidad Católica del Perú.

https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/190895/V_Congreso_Juridico_Internacional_T_II.pdf?sequence=5&isAllowed=y

Villavicencio, F. (2006). *Derecho penal: parte general*. Grijley.

Villavicencio, F. (2011). Tratamiento penal de la diversidad cultural por la justicia estatal del Perú. *Revue internationale de droit pénal*, 82(3), 559-573.
<https://doi.org/10.3917/ridp.823.0559>

Villavicencio, F., y Meini, I. (2016). Versus: ¿Es posible hablar de error? El error culturalmente condicionado en el Perú. *THEMIS Revista De Derecho*, (68), 53-59. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/15581>

Welzel, H. (2011). *El nuevo sistema del derecho penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. BdeF.

JURISPRUDENCIA, NORMATIVAS Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Acuerdo internacional para asegurar una protección eficaz contra el tráfico criminal denominado trata de blancas - París, Francia. 18 de mayo de 1904.

Asamblea General de las Naciones Unidas (2008). *A/RES/63/156. Resolución 63/156 sobre la trata de mujeres y niñas*.

Cámara Federal de Casación Penal, Sala II (2014). *Causa 15.554, "Sanfilippo José y otros s/ recurso de casación"*. 13 de mayo de 2014. https://sherloc.unodc.org/cld/uploads/res/case-law-doc/traffickingpersonscrimetype/arg/2014/sanfilippo_jose_et_al_html/Sanfilippo_-_Casacion_revoca_absolucion.pdf

Código Penal Peruano. Decreto Legislativo N° 635. 08 de abril de 1991.

Código Penal Alemán (Strafgesetzbuch – StGB). Código Penal en la versión publicada el 13 de noviembre de 1998 (BGBl. I p. 3322), que fue modificado por última vez por el artículo 4 de la ley de 4 de diciembre de 2022 (BGBl. I p. 2146)" https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/index.html

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (20 de noviembre de 2020). *General recommendation No. 38 (2020) on trafficking in women and girls in the context of global migration*. <https://www.refworld.org/docid/6006fa354.html>

Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Constitución Política del Perú de 1993*.

Congreso de Nación Argentina (2008). *Ley 26.364, La Ley de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus víctimas de Argentina*.

Congreso de la República del Perú (2015). *Ley n° 30364. Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar*.

Consejo de Europa (2002). *Decisión marco n° 2002/629/JAI: Decisión marco del Consejo relativa a la lucha contra la trata de seres humanos*. Bruselas. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32002F0629>

Consejo de Europa (2005). *Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos*. Varsovia.

Consejo de Europa (2011). *Directiva 2011/36/UE 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. Hecho en Estrasburgo.* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0036&from=ES>

Convención sobre la Esclavitud. Firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926.

Convención sobre los derechos del niño de las Naciones Unidas. 20 de noviembre de 1989.

Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud - Convención de Ginebra. 7 de septiembre de 1956.

Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas - Paris, Francia. 18 de mayo de 1910.

Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad. 11 de octubre de 1933.

Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena. 2 de diciembre de 1949.

Convención Internacional para la Supresión del Tráfico de Mujeres y Niños. 30 de septiembre de 1921.

Convención Suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud. 7 de septiembre de 1956.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988). *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009). *Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. Sentencia del 16 de noviembre de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). *Caso Artavia Murillo y Otros ("Fecundación In Vitro") Vs. Costa Rica*. Sentencia del 28 de noviembre de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016). *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*. Sentencia de 20 de octubre de 2016.

Corte Superior de Justicia del Cusco (2012). *Expediente 0384-2012-48-1001-JR-PE-04*. 13 de diciembre de 2012.

Corte Suprema de Justicia de la República (2005). *Acuerdo Plenario n° 4-2005/CJ-116. Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria*. 30 de septiembre de 2005.

Corte Suprema de Justicia de la República (2011). *Acuerdo Plenario n° 01-2011/CJ-116*. 06 de diciembre de 2011.

Corte Suprema de Justicia de la República (2011). *Acuerdo Plenario n° 3-2011/CJ-116. VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria*. 06 de diciembre de 2011.

Corte Suprema de Justicia de la República (2015). *Acuerdo Plenario n° 1-2015/CIJ-116*. 2 de octubre de 2015.

Corte Suprema de Justicia de la República (2016). *Acuerdo de Sala n° 141-2016*. 21 de julio de 2016.

Corte Suprema de Justicia de la República (2017). *Acuerdo Plenario n° 001-2016/CJ-116*. 12 de junio de 2017.

Corte Suprema de Justicia de la República (2019). *Acuerdo Plenario n° 06-2019/CJ-116. XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial*. 10 de septiembre de 2019.

Corte Suprema de Justicia de la República (2021). *Casación n° 1459-2019-Cuzco*. 27 de octubre de 2021.

Corte Suprema de Justicia de la República (2021). *Recurso de Apelación n° 20-2018 Sullana*. 17 de diciembre de 2021.

Jefatura del Estado de España (2000). *Ley Orgánica 4/2000. Sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (última reforma aprobada por LO 2/2009).

Ministerio del Interior. (18 de mayo de 2016). *Resolución Ministerial n° 0430-2016-IN. Protocolo de la Policía Nacional del Perú para la Atención y Protección de Víctimas y Testigos del Delito de Trata de Personas por parte de la Policía Nacional del Perú*. <https://www.mininter.gob.pe/sites/default/files/RM-Nro-0430-2016-IN.pdf>

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. (2002). *Principios y Directrices Recomendados sobre Derechos Humanos y Trata de Personas: Adición al Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, E/2002/68/Add.1. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Traffickingssp.pdf>

Organización Internacional del Trabajo. (1930). *Convenio sobre el Trabajo Forzoso (núm. 29)*. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CO DE:C029

Organización Internacional del Trabajo. (1999). *Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil (núm. 182)*.

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CO DE:C182

Organización Internacional del Trabajo. (2014). *P029 - Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930*.

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CO DE:P029

Organización Internacional del Trabajo. (2014). *R203 - Recomendación sobre el trabajo forzoso (núm. 203)*.

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:3174688

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 16 de diciembre de 1966.

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. 15 de diciembre de 2000.

Tribunal Constitucional (2004). *Expediente n°. 2868-2004-AA/TC*. 24 de noviembre de 2004.

Tribunal Constitucional (2005). *Expediente n°. 0019-2005*. 05 de marzo de 2019.

Tribunal Constitucional (2018). *Expediente n°. 05121-2015-PA/TC*. 24 de enero de 2018.

Tribunal Constitucional (2019). *Expediente n°. 01479-2018-PA/TC*. 24 de noviembre de 2004.

Tribunal Europeo de Derecho Humanos. (2021). *Sentencia V.C.L. y A.N. vs. Reino Unido*. 16 de febrero de 2021.

<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22sort%22:%22EMPTY%22,%22itemid%22:%22001-207927%22>

XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (2008). *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad*.

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

