

Boletín Jurisprudencial sobre Trata de Personas, Trabajo Forzoso y otras Formas de Explotación

► Número 1 / Marzo 2022



Presentación

Con este primer número sale a la luz nuestro “Boletín jurisprudencial sobre trata de personas, trabajo forzoso y otras formas de explotación”, herramienta trabajada desde la Oficina para los Países Andinos de la OIT y el Grupo de Investigación en Derecho Penal y Corrupción, Lavado de Activos, Trata de Personas y otras formas de criminalidad organizada” (DEPECCO) adscrito al Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP. El propósito de este documento es contribuir con un sistema de justicia penal y tutelar de los derechos de las víctimas de trata de personas y de los principios del debido proceso.

Somos conscientes de la complejidad del tratamiento del delito de trata de personas, la que se expresa, por ejemplo, en la comprensión de un medio de comisión que ha sido extraño al sistema jurídico peruano- el abuso de una situación de vulnerabilidad- o en el entendimiento de conceptos altamente jurídico- normativos, como

la esclavitud -la servidumbre o el trabajo forzoso-. Esta complejidad se agrava sustancialmente con la aparición de diversas modalidades de explotación sexual o laboral o la reforma de los delitos de proxenetismo y favorecimiento a la prostitución, toda vez que hacen difícil el tratamiento del concurso de delitos o de leyes.

Todo ello nos motiva a que, en un afán constructivo, nos avoquemos en cada número de este boletín a realizar comentarios, reconocimientos u observaciones críticas a determinadas piezas procesales -resoluciones judiciales o dictámenes fiscales- que consideremos significativas para, en algunos casos, estimular su seguimiento y fortalecimiento dogmático-penal o procesal penal, así como, en otros casos, cuestionar su fundamentación o evitar su consolidación. Esto último debido a que revelarían una doctrina contraria a los derechos de las víctimas y, por el contrario, podrían significar la promoción arbitraria de lagunas de impunidad.

En este número contamos con los comentarios del equipo de redacción de este Boletín, así como la intervención de un invitado especial. Efectivamente, se han comentado tres resoluciones judiciales.

▶ 1

La primera es la Casación 1190-2018 Cusco, que trata un caso de trata de menores de edad con fines de explotación sexual, específicamente el caso de las adolescentes como damas de compañía. La sentencia nos parece, en general, bastante acertada en diversos aspectos que aborda, así por ejemplo, la naturaleza riesgosa de la actividad de “damas de compañía” de menores de edad en locales de consumo de bebidas alcohólicas o el tema de la prohibición de regreso en el desempeño de funciones como el de una cajera en un local nocturno, entre otros temas relevantes.

▶ 2

La segunda resolución judicial es una cuestionable sentencia emitida por la Sala penal de la Corte Superior de Justicia de Tumbes (N° 00109-2019-33-2602-JR-PE-01), la misma que aborda un caso de trata de menores de edad con fines de explotación laboral. Resultan alarmantes las reflexiones sobre los argumentos de la sentencia para descalificar el testimonio de las menores, la exigencia indebida de la Sala para que se acredite la especial vulnerabilidad de las menores o la ausencia, por parte del tribunal, de valoración de la actividad de dama de compañía en casos de menores edad.

▶ 3

Finalmente, la tercera resolución judicial es la sentencia emitida por el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Madre de Dios - Tambopata, mediante la Sentencia emitida en el Exp. N.º 01047-2017-26-2701-JR-PE-02. Esta sentencia es discutida por nuestro invitado especial, el profesor Héctor Campos, y se enfoca rigurosamente en el extremo de la reparación civil de la sentencia que condenó por trata de personas (mayores de edad) con fines de explotación sexual en agravio de varias víctimas mujeres y estableció el monto de 5000 nuevos soles de reparación civil. Uno de los temas más importantes que comenta Campos es la naturaleza del “salario” que debían percibir las víctimas por los “servicios” prestados y que no fue cumplido por los tratantes.

Esperamos que este primer número sea de interés para todos los magistrados, magistradas y auxiliares del Poder Judicial, el Ministerio Público y, en general, para cualquier operador jurídico peruano interesado en el desarrollo de la justicia con relación a gravísimos delitos de explotación sexual y laboral que afectan especialmente a personas especialmente vulnerables y, dentro de ellas, a los niños, niñas y adolescentes.

Yvan Montoya Vivanco
Coordinador del DEPECCO-PUCP

Oficina para los Países Andinos
Organización Internacional del Trabajo

Análisis de la sentencia emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia recaída en la Casación N° 1190-2018-Cusco



Por:
Yvan Montoya Vivanco

Profesor principal de Derecho penal de la PUCP y Consultor externo de OIT



Daniel Quispe Meza

Profesor contratado de Derecho penal de la PUCP

El 18 de enero de 2018, fueron condenados a trece años de pena privativa de libertad por el delito de trata de personas agravada: J.E.T.C. y C.A.Z.A., en calidad de coautores, y M.A.C.S. como cómplice primaria. La conducta de J.E.T.C. y M.A.C.S. se realizó en perjuicio de las menores N.S.B. (17), P.F.L. (16) y M.Q.G. (14), mientras que en el caso de C.A.Z.A. su conducta se realizó en perjuicio de N.S.B. y P.F.L. La Sala

Superior confirmó esta decisión el 11 de julio de 2018 y, posteriormente, el 03 de septiembre de 2018 fue materia de pronunciamiento por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en la casación N° 1190-2018-Cusco en que se declaró infundado el recurso de casación planteado por C.A.Z.A. y M.A.C.S.

El pronunciamiento en sede casatoria se basó en los siguientes hechos probados:

- ▶ J.E.T.C. era dueño del bar "Manjatan" y se encargaba de captar¹ a las víctimas mediante avisos (es el caso de la menor P.F.L., de 16 años). En ausencia de J.E.T.C., C.A.Z.A. se encargaba del manejo del local, lo cual incluía supervisar el trabajo de fichaje que realizaban las menores de edad. M.A.C.S. realizaba acciones de cajera, pero a pesar de esta condición, tenía la facultad de permitir el ingreso de menores de edad al bar para realizar fichajes.
- ▶ En el caso de la menor N.S.B., de 17 años, se advierte que fue ella quien se acercó al local "Manjatan" a ofertar cosméticos a las chicas que trabajaban ahí, oportunidad en la que J.E.T.C. le ofreció trabajo como mesera. La menor también atendió la barra y realizó labores de cajera, mientras que alternaba con las actividades de dama de compañía en las que realizaba fichajes. Lo mismo ocurrió en el caso de M.Q.G., de 14 años, quien fue llevada al local por la menor P.F.L. J.E.T.C. permitió que ingrese a su local para desempeñarse como dama de compañía. M.A.C.S. también conversó con las menores y permitió que ingresen a trabajar al bar para realizar fichajes.
- ▶ J.E.T.C. y C.A.Z.A. retenían a las víctimas en el local desde las 10 pm hasta las 05 am, debido a que solo en ese momento se les pagaba (es el caso de las menores N.S.B. y P.F.L., puesto que en el caso de M.Q.G. la policía intervino el local el mismo día que empezó a trabajar).

¹ Según la casación, en el caso de la víctima P.F.L., J.E.T.C. la contactó mediante un aviso de trabajo y al encontrarse personalmente con ella -previa comunicación telefónica-, le explicó lo relacionado al trabajo y a las ganancias (pago, porcentajes y actividades).

1. Sobre el Bien jurídico protegido en el delito de trata de personas



En la casación se desarrolló que la ubicación sistemática del tipo penal (antiguamente, Título IV, delitos contra la libertad) llevó a que las y los operadores de justicia consideren a la libertad personal, entendida como la capacidad de autodeterminación,

como el bien jurídico protegido en el delito de la trata de personas. Esta postura se vio reafirmada por el Acuerdo Plenario N° 3-2011.

En contraposición con esta postura, en la casación se asume que el bien jurídico protegido es la dignidad, de conformidad con lo desarrollado por el Acuerdo Plenario N° 6-2019, que, además, guarda relación con la entrada en vigencia de la Ley N° 31146 que reubica el tipo penal en el título I-A del Código Penal, referido a delitos contra la dignidad humana.

Al respecto, se señaló que la dignidad trasciende la libertad personal, puesto que existe un ámbito de lo específicamente humano que puede ser afectado con independencia de otros bienes jurídicos. En estos casos, la víctima es colocada o mantenida en situación de vulnerabilidad permanente y es instrumentalizada como un objeto al servicio de otros, destruyéndole así su autodeterminación y proyecto de vida.

Sin duda alguna, la aplicación del Acuerdo Plenario N° 6-2019 resulta positiva en tanto reconoce a la dignidad como bien jurídico protegido. Esta consideración resultaría incluso más positiva si es que no se hiciera referencia, en el fundamento jurídico vigesimosexto, a que en el delito de trata de personas “no solo [se] comprende la libertad personal, sino que esencialmente se caracteriza por transgredir la dignidad humana, de ahí que incluso se ha cambiado su ubicación sistemática dentro del Código Penal”.

De lo señalado, pareciese que el bien jurídico protegido no fuese únicamente la dignidad humana, sino que se estaría ante una postura pluriofensiva del delito. A pesar de las consideraciones anteriores, en términos materiales, y de cara a la interpretación práctica del delito de trata de personas, en la casación se apela a la dignidad como bien jurídico predominante: se argumentó que carecía de relevancia si las menores podían salir del bar, toda vez que ellas tenían interiorizado que debían regresar, ya que, de no hacerlo, no recibían el pago de los fichajes, desestimando así lo planteado por C.A.Z.A. quien indicó que no afectó la libertad de las víctimas.

Finalmente, en la casación se recurrió a la función sistemática del bien jurídico no solo para justificar que, en su momento, el tipo penal protegía la libertad personal, sino también para justificar la protección de la dignidad humana. Sin embargo, una comprensión trascendente del bien jurídico implica que este sea preexistente e

independiente del reconocimiento por parte del derecho positivo², por lo que recurrir a esta función sistemática -deducida de su posición-, no puede ser considerada del todo adecuada o completa³, ya que pueden ocurrir situaciones en las no se utilizó una adecuada técnica legislativa por parte del legislador, tal como ocurría con este delito.

Resta señalar que la protección de la dignidad humana como bien jurídico protegido guarda relación con la exigencia de los instrumentos internacionales vinculados a la obligación estatal de proteger los derechos humanos. De este modo, según el artículo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, existe la obligación estatal de respetar, garantizar y adoptar medidas vinculadas a la optimización de los derechos humanos⁴. En esa misma línea, en los artículos 1 y 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se establece que los Estados se encuentran obligados a respetar, garantizar, no discriminar y a adoptar disposiciones de derecho interno para garantizar el ejercicio de los derechos humanos.

Considerando lo anterior, en el Plan Nacional de Derechos Humanos⁵ (2018-2021), se señaló que los derechos humanos encuentran su fundamento en la dignidad



² LUZÓN PEÑA, Diego. Lecciones de derecho penal parte general. 3ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. p. 302.

³ Ob. Cit. p. 305.

⁴ La obligación de garantizar y de adoptar medidas en el disfrute de los derechos humanos también se encuentra reconocida en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁵ Apartado II.1. Marco conceptual y definiciones. Los derechos humanos nos pertenecen a todos y todas. p. 17.

humana que tiene reconocimiento constitucional en el artículo 1, de la Constitución Política del Perú, en el que se señala que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Asimismo, según el literal b, del numeral 24, del artículo 2, de la Constitución Política del Perú, se encuentra proscrita la trata de personas, la esclavitud y la servidumbre, por lo que puede afirmarse que esta prohibición encuentra su fundamento en la protección de la dignidad humana que, como se señaló, debe ser garantizada por el propio Estado peruano.

2. Sobre las conductas en el delito de trata de personas



En la casación, siguiendo lo desarrollado por el Acuerdo Plenario N° 6-2019, se delimitan las conductas típicas⁶ y se menciona que se está ante un delito proceso que se constituye en un tipo penal de conductas alternativas en el que se incluye el término “o” al describir las distintas conductas que pueden ser realizadas por el sujeto activo, por lo que la realización de una sola conducta es suficiente para imputar responsabilidad penal.

En esa línea, debe ponerse especial atención a los conceptos de transporte y traslado que se sigue en la casación: el trasladar implica el desplazamiento de la víctima de un lugar a otro, mientras que el transporte implica llevar a una víctima de su área de actividades normales a otro lugar en donde será explotada. Pese a adoptar esta postura, la Corte reconoce que un sector de la doctrina, a la que nos adherimos, propone que el traslado implique el traspaso del control que se tiene sobre la víctima de una persona, mientras que el transporte implica la movilización física de la víctima⁷.

Finalmente, es positivo que se entienda a la conducta típica de retención como la imposibilidad de que la víctima salga de su situación de vulnerabilidad y no como una situación en la que se requiere de violencia o amenaza para limitar su libertad e impedir que salga de un determinado lugar. Tal como se señaló, carecía de relevancia si las menores

6 Captar: atraer a alguien o ganar su voluntad; Trasladar: disponer lo conveniente para procurar el desplazamiento de la víctima de un lugar a otro. Con la anotación de que, en el Perú, la trata de personas no siempre supone el traslado de la víctima, pues muchas de las víctimas no han sido desplazadas de su lugar de origen; Transportar: llevar directamente a la víctima de su área de actividades normales a otro lugar en donde va a ser explotada; Recibir: encontrarse con la víctima trasladada para llevar a su destino final; Acoger: brindar el ambiente físico en el cual la víctima va a permanecer desarraigada; Retener: impedir u obstaculizar que la víctima salga de su situación de desarraigo y vulnerabilidad.

7 En ese sentido, véase: MONTOYA VIVANCO, Yván y RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio. Lecciones sobre el delito de trata de personas y otras formas de explotación. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020. p. 52, DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. El delito de trata de seres humanos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 84.



podían salir del bar, toda vez que ellas tenían interiorizado que debían regresar al local, lo cual impedía romper la dependencia en la que habían sido colocadas⁸ y refuerza la situación de vulnerabilidad que de por sí se manifiesta *iure et de iure* en víctimas menores de edad.

3. Sobre la Autoría y participación en el delito de trata de personas



Se señala en la casación, siguiendo el Acuerdo Plenario N° 6-2019, que en el inciso 5, del delito de trata, se está ante conductas que podrían ser abordadas mediante formas genéricas de participación (complicidad e instigación), pero que el legislador las consideró como autónomas y que, además, tienen las mismas penas que las previstas para el autor⁹.

Además de lo señalado por la casación, es importante mencionar que ya no es necesario recurrir a la parte general del Código Penal para sancionar a quien promueve, favorece, financia o facilita la comisión del delito de trata de personas, puesto que el propio tipo penal recoge estas formas de participación. Siendo esto así, en la casación hubiese sido importante mencionar que el título de imputación de M.A.C.S. debía ser únicamente como autora del favorecimiento o facilitación. Más allá de esta precisión terminológica, en el caso concreto, la variación del título de imputación no varía el *quantum* de la pena a imponerse.

8 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Criminalidad organizada. Parte especial. Lima: Instituto Pacífico, 2016. p. 389.

9 Acuerdo Plenario 06-2019/CJ-116 emitido por la Corte Suprema de Justicia de la República en el XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales y Permanente, Transitoria y Especial, el 10 de septiembre de 2019. Fundamento jurídico 21.

Finalmente, sobre este punto cabe mencionar que en la casación se realiza un intento loable de diferenciar el favorecimiento y la facilitación, entendiéndose por el primero a “cualquier conducta que permita la expansión o extensión de los actos de captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas”, mientras que la segunda implica las distintas maneras de colaboración material o intelectual del delito. En el caso concreto, se señala que M.A.C.S. permitió que sus coimputados se aprovechen del ejercicio de las menores como damas de compañía, por lo que implica una conducta de favorecimiento.

Como es posible advertir, la delimitación de ambos conceptos no resulta ser del todo esclarecedora, por lo que, tal como lo planteó la Sala Superior, ambas conductas parecen ser conceptos intercambiables que consisten en ayudar o colaborar a la realización de la conducta de trata de personas que se constituye en un claro ejemplo de una conducta de complicidad elevada a la categoría de autoría¹⁰.

4. Prohibición de regreso y conductas neutrales: el caso de la cajera del bar



Como se señaló, la imputada M.A.C.S. fue condenada como cómplice del delito de trata de personas, específicamente, por haber facilitado o favorecido la recepción y retención de las agraviadas. Esta imputación

se fundamentó debido a que, además de desempeñarse como cajera, les pagaba a las menores los taxis para llegar al bar, asentía para que las menores ingresen al mismo, anotaba las ventas de bebidas alcohólicas que ellas realizaban como damas de compañía y asentía el fichaje o los pases de las mismas, previo pago a la caja¹¹.

Ante el órgano judicial, la defensa de la imputada invocó la exclusión de imputación objetiva de su conducta alegando que solo se desempeñó como cajera del bar, esto es, “su conducta fue inocua, estereotipada o adecuada a su oficio como encargada de la caja del disco bar”. En la casación se analiza este planteamiento sobre la base de la teoría de las “conductas neutrales”, es decir, aquellas que por desempeñarse dentro del rol que le corresponde a la persona en la sociedad (en este caso la función de cajera) son tratados como un supuesto de riesgo permitido (atipicidad de la conducta).

En la casación se consideró, adecuadamente, que la imputada M.A.C.S. no actuó en el marco de una conducta neutral, ya que “tenía conocimiento de las reglas del local sobre los fichajes y pases y los hacía cumplir. Entonces no era ajena a lo que sucedía el local, sino que con su comportamiento permitió que los dos coautores se aprovechen de las menores como damas de compañía expuestas a la prostitución”.

Sin perjuicio del problema de identificar mecánicamente “las conductas neutrales” y el principio de prohibición

10 MONTOYA VIVANCO, Yván y RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio. Lecciones sobre el delito de trata de personas y otras formas de explotación. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020. p. 70.

11 Sobre el sentido de los términos “fichajes” y “pases” nos remitimos a las notas¹⁸ y ¹⁹, respectivamente.



de regreso¹², consideramos importante realizar algunos comentarios complementarios a los fundamentos de la casación. Para Jakobs, el principio de prohibición de regreso establece que “un acto estereotipadamente inocuo (o dentro del rol) no constituye participación en una organización no permitida, aunque aquel implique un aporte causal o previsible al hecho típico”¹³. Sin embargo, no resulta de aplicación este principio cuando la conducta adquiere un “grado de solidaridad con la futura conducta del autor”¹⁴; es decir, “cuando el acto de favorecimiento trasciende lo socialmente neutro y se “encaja” dentro del contexto delictivo”¹⁵.

De acuerdo con el caso, a pesar de que en la casación se hace referencia a criterios subjetivos (“la recurrente tenía conocimiento”), parece ser que lo que hace es explicar cómo la conducta de la recurrente puede entenderse como “acoplada” o “encajada” en la actividad delictiva de trata de los autores. En ese sentido, no es propio de la conducta de una cajera asentir o permitir el ingreso de menores de edad a un ambiente en el que se las expone a riesgo de explotación sexual o registrar el fichaje¹⁶ de las menores como “damas de compañía” o permitir los pases¹⁷ e estas, previo pago a la caja.

Resaltar que la imputada “tenía conocimiento de las reglas del local sobre los fichajes y pases y los hacía cumplir” es, más que una expresión del conocimiento de la actividad



delictiva de los autores, una atribución del sentido de acoplamiento de la conducta de la imputada en las actividades de trata de menores de los autores del referido delito, por lo que no es de aplicación la prohibición de regreso, lo cual implica la tipicidad de la conducta.

5. El fin de explotación sexual: la situación de “damas de compañía” y la posibilidad de realizar “pases”



La casación objeto de comentario condena a los tres imputados por el delito de trata agravada con fines de explotación sexual en agravio de tres menores de edad. Como se señaló en la descripción de los hechos, las menores

fueron captadas y/o recibidas para desempeñarse como damas de compañía en el disco bar Manjatan y en dicha condición realizaron fichajes y eventualmente pases con los clientes del bar.

Uno de los aspectos interesantes de la casación es que define y califica una de las prácticas más recurrentes y extendidas de explotación a las que son sometidas las menores de edad en el Perú. Por “dama de compañía” se entiende aquella actividad que supone que las víctimas (menores de edad) “beban licor con los clientes del local”, los cuales podían hacerles tocamientos de connotación sexual, comentarios de la misma naturaleza y, eventualmente, realizar pases (que, como anteriormente se indicó implica mantener relaciones sexuales con los clientes).

A diferencia de la desafortunada sentencia recaída en el Recurso de Nulidad N° 2349-2014/Madre de Dios¹⁸, en esta

12 Como se aprecia, Jakobs utiliza como concepto y también como ejemplos recurrentes de prohibición de regreso supuestos de conductas estereotipadas o neutras (Jakobs, Gunter. La imputación objetiva en Derecho penal, Madrid, 1996). Sin embargo, como señala Maraver las conductas neutras constituyen el principal campo de aplicación de la prohibición de regreso pero no se identifica con éste. La prohibición de regreso constituye un principio que, a través del principio de autorresponsabilidad, permite la delimitación negativa de ámbitos de posición de garante. Es decir, existen determinados riesgos que no se encuentran dentro del ámbito de control de un sujeto dada la ausencia de su posición de garante de ese riesgo, sino dentro del ámbito de control de otra persona que asume responsabilidad por ese riesgo. Los casos de conductas neutras o estereotipadas son casos típicos de ausencia de posición de garante del riesgo y, debido a esa condición, no tienen ninguna relevancia típica ni como autores ni como partícipes. En cambio, en otro tipo de supuestos, de conductas no estereotipadas o de sentido neutral, en la medida que el primer sujeto mantiene una inicial relación con el riesgo, (aunque no como garante) puede fundamentar una imputación a título de partícipe. Como se aprecia, el principio de prohibición de regreso es una categoría más amplia que la de “conductas neutras” (Maraver. El principio de confianza en Derecho penal, p. 364 y 365).

13 MONTOYA VIVANCO, Yván y RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio. Lecciones sobre el delito de trata de personas y otras formas de explotación. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020. p. 72.

14 FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Límites de la participación criminal. ¿Existe una prohibición de regreso como límite general del tipo en derecho penal? Bogotá: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad del Externado de Colombia. 1999. p. 60.

15 MONTOYA VIVANCO, Yván y RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio. Lecciones sobre el delito de trata de personas y otras formas de explotación. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020. p. 73.

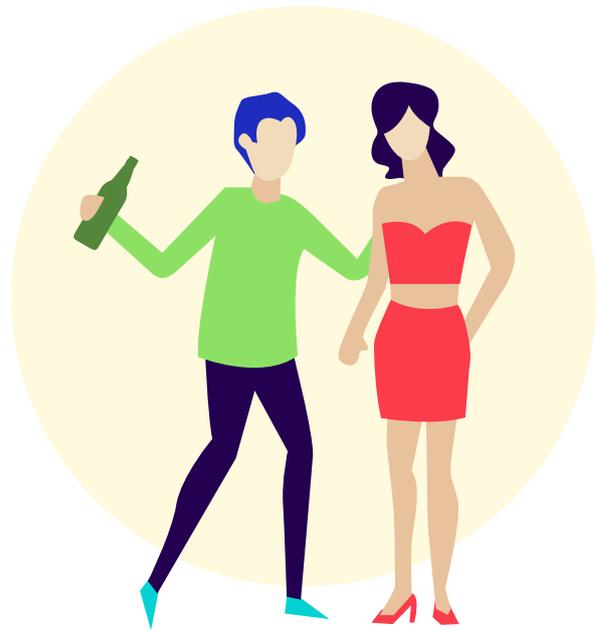
16 En este contexto “el fichaje” implica que las víctimas reciben unas fichas en el bar o night club por las cervezas que logran vender o hacer consumir a los clientes de una mesa.

17 En este contexto, el “pase” implica la prestación de servicios sexuales a los clientes del bar.

18 Esta ejecutoria suprema no sólo apela al cuestionable criterio del “agotamiento de la fuerza de trabajo” para descalificar la condición de dama de compañía como una situación de explotación laboral, sino que la descarta por completo como un supuesto de explotación sexual.



No obstante, es preciso mencionar que el hacer desempeñar a las menores de edad conductas de “dama de compañía”, aunque dicha condición no se materialice en la efectiva realización de “pases”, entiéndase, ejercicio de la prostitución, ya constituye en sí misma una situación de explotación sexual sin que ello implique dejar considerar ese hecho también como explotación laboral.



casación se califica la condición de “dama de compañía” como una situación que expone a las menores a una situación de riesgo, próxima a la explotación sexual. Desde esa perspectiva, se trataría de una actividad que muestra la suficiente idoneidad de proyectarse como un fin de explotación sexual y calificar las conductas de captación o recepción como trata de personas.

Si bien la casación que comentamos nos parece un avance importante al superar el errático mensaje que había dejado el recurso de nulidad anteriormente citado, creemos pertinente, sin embargo, hacer algunas precisiones a las valoraciones que realiza. En primer lugar, en la casación se considera que el desempeño como “damas de compañía” de las menores no constituye en sí una situación de explotación sexual sino una situación que las coloca en situación próxima a ser explotadas sexualmente. Ello se aprecia en virtud de que, según la casación, no se probó la realización de “pases” por parte de las menores, esto es, de práctica sexual con los clientes a cambio de un pago.

Se argumentó que el hecho de desempeñarse como damas de compañía las exponía al riesgo de ser explotadas sexualmente, pero que el desempeñarse como damas de compañía aún no implicaba la materialización de la explotación sexual. Además de ello, resulta particularmente interesante que esta valoración le permite a la Sala adecuar esos hechos a la naturaleza del delito de trata de personas como delito de peligro concreto que no requiere la efectiva explotación de la víctima.

No obstante, es preciso mencionar que el hacer desempeñar a las menores de edad conductas de “dama de compañía”, aunque dicha condición no se materialice en la efectiva realización de “pases”, entiéndase, ejercicio de la

prostitución, ya constituye en sí misma una situación de explotación sexual sin que ello implique dejar considerar ese hecho también como explotación laboral¹⁹.

De hecho, que las menores se tengan que sentar con los clientes a beber licor, con vestimenta ajustada o que exponga partes de su cuerpo y ser objeto de tocamientos ya constituyen conductas de connotación sexual susceptibles de configurar el fin de explotación sexual que exige el delito de trata o un delito de explotación sexual de menores (art. 129- H)²⁰.

Respecto a ello, debe precisarse que la expresión “connotación sexual” constituye un concepto normativo-valorativo que exige del juez una previa valoración de su sentido. En este punto, es una herramienta hermenéutica relevante es la Casación N° 790-2008/San Martín la cual, en un caso de actos contra el pudor, señaló que son conductas de carácter sexual aquellas que recaen sobre zonas erógenas (genitales, glúteos, senos boca, muslos, entre otros) o sus proximidades.

De ahí que el desempeño de actividades de dama de compañía suponga en sí misma conductas de connotación sexual y, por lo tanto, en el caso concreto, se debe sancionar únicamente por el delito de explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (artículo 129-H), toda vez que posee una circunstancia agravante de segundo grado en el que se incluye el injusto de la trata de personas (la conducta se deriva de una situación de trata).

19 En nuestra consideración, la actividad de coadyuvar a beber licor por parte de las menores de edad o beber licor en sí mismo, además de permanecer expuestas sexualmente, constituye claramente una de las peores formas de trabajo infantil dado que expone a riesgo de su salud y su moralidad (Convenio 182 OIT).

20 Debe recordarse que el delito de explotación sexual (art. 129-H) se define como la conducta que implica hacer ejercer a un menor de edad actos de connotación sexual.

Breves apuntes sobre la noción de daño emergente y lucro cesante derivados del delito de trata de personas: a propósito de la defensa de una actora civil en el proceso penal que concluyó con la Sentencia emitida en el Exp. N.º 01047-2017-26-2701-JR-PE-02



Por:
Héctor Campos García

Profesor contratado de Derecho civil
de la PUCP

En el caso materia de comentario, luego de una valoración individual y conjunta de la prueba, se llegaron a establecer los siguientes hechos:

- (i) A inicios del año 2017, D.T.F., pareja de Z.S.C.C., se puso en contacto con C.M.G.M. y le ofreció trabajo vendiendo cerveza en la modalidad de fichaje en un local ubicado en la zona minera de Mazuko, distrito de Inambari, provincia de Tambopata, departamento de Madre de Dios. Le ofrecieron pagarle tres soles por cada cerveza vendida, y le prometieron que la participación en esta actividad le reportará excelentes ganancias.
- (ii) Ante el ofrecimiento de D.T.F., C.M.G.M. contacta a S.E.PY., quien tenía necesidades económicas, y juntas viajan, desde Lima a la ciudad de Cusco, acompañadas de Z.S.C.C. Una vez en Mazuko son recibidas por D.T.F. y son dirigidas, por la pareja, al Bar Éxtasis Disco Club en el que les proporcionan una habitación para que permanezcan durante todo el tiempo que vayan a trabajar en el local.
- (iii) Las agraviadas comenzaron a trabajar como damas de compañía en la venta de bebidas en el local. Z.S.C.C. era la encargada de realizar los pagos a las agraviadas. Como parte de los medios probatorios valorados se encontró un cuaderno en el que se llevaba el registro de las ventas realizadas por las agraviadas, el monto que efectivamente se les había pagado, así como el saldo adeudado a pesar que el dinero, efectivamente, había ingresado a la caja del Bar.
- (iv) Se estableció que Z.S.C.C. no solo participó en el transporte y en la acogida de las agraviadas en el lugar de destino, sino que las expuso a que sean explotadas laboral y sexualmente, abusando de la situación de vulnerabilidad en que se encontraban, tal como fue constatado con las pericias actuadas en el proceso.

Ante los hechos descritos, el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Madre de Dios - Tambopata, mediante la Sentencia emitida en el Exp. N.º 01047-2017-26-2701-JR-PE-02 (en adelante, la Sentencia) declaró culpable a Z.S.C.C. -D.T.F. tiene la calidad de reo contumaz- y le impuso una pena de doce (12) años por la comisión del delito de trata de personas en su forma agravada (pluralidad de víctimas

y hecho cometido por dos o más personas). Asimismo, estableció una reparación civil a favor de las agraviadas ascendente a S/. 5,000 (cinco mil con 00/100 Soles). Finalmente, se inhabilita a la acusada para el ejercicio, por cuenta propia o por cuenta de un tercero, de la conducción de un negocio dedicado a la venta de bebidas alcohólicas por el plazo de cinco (05) años.

1. Delimitación del comentario: los daños materiales derivados del delito de trata de personas



El objetivo del presente comentario es realizar un juicio crítico con relación a la forma en que se ha planteado y resuelto el debate alrededor de la reparación civil derivada del presente caso. En específico, el análisis se limitará a los alcances que se han reconocido al daño emergente y al lucro cesante, como tipos de de daños materiales, que se generan en la víctima del delito de trata de personas para el caso concreto.

La formulación del debate alrededor de la reparación civil en la defensa de la actora civil C.M.G.M.

La defensa de C.M.G.M., agraviada en el presente caso, tal como se puede apreciar en el alegato inicial y final, sustentó la pretensión de reparación civil, desde un enfoque basado en la responsabilidad civil, alegando que se ha producido daño emergente, lucro cesante y daño moral como consecuencia del delito de trata de personas.

El monto total de la reparación civil que se solicita asciende a la suma de S/.10,000 (diez mil con 00/100 Soles), siendo el monto por los daños materiales (daño emergente y lucro cesante) de S/.4,420 (cuatro mil cuatrocientos veinte con 00/100 Soles). Este último monto se justificó de la siguiente manera:

“Respecto a los daños patrimoniales, el daño emergente se ha probado, porque mi patrocinada ha trabajado desde el veinticuatro de febrero al treinta de marzo, treinta y seis días incluso sin descanso, teniendo en cuenta que el monto acordado era de tres mil soles, resulta cien soles diarios, y por los treinta y seis días de trabajo se le debía pagar la suma de tres mil seiscientos nuevos soles, que solo se le dio un adelanto de doscientos soles, quedaría pendiente de pago la suma de tres mil cuatrocientos nuevos soles, por otro lado, respecto al lucro cesante esa interrupción de los ingresos que no ha podido percibir mi patrocinada en caso no hubiera ido a trabajar hasta Mazuko ha dado lugar, a que ella pierda la suma que ella antes percibía, de veinticinco soles diarios o incluso más, cuando trabajaba con su mamá, en esa fecha la remuneración mínima vital era de ochocientos cincuenta soles y por los treinta y seis días que ha dejado de trabajar ha perdido la suma de mil veinte nuevos soles; (...)” (Numeral 1.11 de la Sentencia) (el énfasis es agregado).

Si nos enfocamos en aquello que ha sido considerado por la defensa de la actora civil como daño emergente y como lucro cesante, se tiene lo siguiente:

El daño emergente estaría constituido por el saldo de los salarios impagos derivados de la actividad realizada por la actora civil mientras era víctima del delito de trata de personas; y,

El lucro cesante estaría constituido por el salario que venía percibiendo la actora civil antes de ser víctima del delito de trata de personas y que dejó de percibir como consecuencia del delito.

Bajo estas coordenadas argumentativas se ha formulado el debate en torno a la reparación civil, en lo que a responsabilidad civil se refiere, de la actora civil para el caso concreto. No obstante que se alude a una situación particular, no se puede negar que los hechos que están siendo considerados como manifestaciones del daño emergente o de lucro cesante pueden ser replicados en casos similares. De ahí la importancia de establecer un debate alrededor de la corrección o no de considerar tales hechos dentro de la tipología de daños propuesta.

2. El restringido aporte de la judicatura en la determinación de la reparación civil



Ante la pretensión de reparación civil presentada por la defensa de la actora civil, lo ideal hubiese sido que la judicatura analice si los conceptos que fueron catalogados como daño emergente o lucro cesante, realmente podían ser calificados como tales. Ello con la finalidad de establecer criterios que tengan pretensión de generalidad para futuros casos, contribuyendo con ello no solo a la solución del caso concreto, sino a la evolución del tratamiento de la reparación civil para este tipo de delitos. Sin embargo, la posición que asumió la judicatura fue del todo diferente. Veamos en concreto qué fue lo que se resolvió con relación a la reparación civil:

“El artículo 92 del Código Penal establece que la reparación civil se determina conjuntamente con la pena. El artículo 93 del mismo cuerpo legal, señala que la reparación comprende: 1 La restitución del bien o, si no es posible el pago de su valor; y la indemnización de los daños y perjuicios. En el presente caso la representante del Ministerio Público para la agraviada S.E.P.Y., quien no se ha constituido en actor civil solicita una reparación civil de diez mil soles, sin embargo, no ha ofrecido medio probatorio para probar el daño. De igual forma la defensa del Actor Civil de la acusada C.M.G.M. ha solicitado una reparación civil de diez mil soles, por daños patrimoniales lucro cesante, daño emergente, teniendo en consideración solo el dicho de su patrocinada, sin presentar medio probatorio alguno, y también por daño moral, siendo así el Juzgado Penal Colegiado, teniendo en cuenta el tiempo que han laborado las agraviadas, considera que es razonable imponer como reparación civil a favor de las agraviadas la suma de CINCO MIL SOLES, que debe pagar la acusada Z.S.C.C. en forma solidaria” (Numeral 2.39 de la Sentencia) (el énfasis es añadido).



(...) los salarios no percibidos por la víctima del delito de trata de personas no califican como un supuesto de daño emergente. La razón es simple: los salarios dejados de percibir no forman parte del patrimonio de la víctima al momento en que se produce el daño derivado del delito de trata de personas.

Se aprecia un aporte limitado de la judicatura en el presente caso. No se puede pasar por alto que constituye un aporte el reforzar la idea que en el marco de un proceso penal es tan importante el material probatorio para demostrar las alegaciones referidas a la comisión o no del delito, como el material probatorio necesario para establecer la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios, así como su cuantificación.

En lo que al daño material (daño emergente y lucro cesante) se refiere, el Juzgado decidió no conceder monto alguno atendiendo a que los conceptos solicitados no se encontraban debidamente acreditados. A partir de un reparo probatorio, se declaró infundada esta pretensión. Sin embargo, la judicatura no llegó a realizar un análisis de fondo con relación a si los hechos alegados configuraban, realmente, un daño emergente o un lucro cesante; aspecto de importancia central, dada su recurrencia en situaciones similares.



2.1. Los problemas conceptuales en los daños materiales derivados del delito de trata de personas: un catálogo por construir

Desde un análisis de la responsabilidad civil, se puede afirmar que no es exacta la posición de la defensa de la actora civil C.M.G.M. con relación a los hechos calificados como daño emergente o como lucro cesante. Veamos cada hipótesis por separado.

Los salarios impagos a la víctima como consecuencia de la trata de personas no son una manifestación del daño emergente

En primer lugar, se debe considerar que el daño emergente, en el marco de la responsabilidad extracontractual, puede ser concebido como la eliminación o el menoscabo (actual o futuro) de un componente del patrimonio de la víctima como consecuencia del evento dañoso (lesión de un interés)¹. De este modo, puede existir tanto un “daño emergente actual” (devengado al momento de la emisión de la sentencia), como un “daño emergente futuro”² (que se devengará luego de emitida la sentencia). Ahora bien, sea “actual” o “futuro”, el daño emergente está sujeto a

¹OSTERLING PARODI, Felipe, “La valuación judicial de los daños y perjuicios”, Themis, n. 26, 1968, p. 95: “El daño emergente es el empobrecimiento del patrimonio del acreedor”; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, vol. IV, t. II, Biblioteca para leer el Código Civil, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990, p. 36: “La indemnización del daño emergente es la que pretende restituir la pérdida sufrida”; TABOADA CORDOVA, Lizardo, *Elementos de la responsabilidad civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la responsabilidad contractual y extracontractual*, Grijley, Lima, 2013, p. 73: “Se entiende por daño emergente la pérdida patrimonial efectivamente sufrida”; ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la responsabilidad civil*, Instituto Pacífico, Lima, 2016, pp. 300-301: “Es la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato (...)”; LEÓN HILARIO, Leysser, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual. Material autoinstruccion*, Academia de la Magistratura, Lima, 2016, p. 59: “(...) la pérdida monetaria o financiera o como el deterioro de bienes que pertenecen al damnificado, que muchas veces es contablemente determinable, inclusive”; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, “La dimensión omnicompreensiva del daño no patrimonial y la reclasificación de los daños”, En *Daño corporal. Nuevas orientaciones en la experiencia jurídica francesa y peruana*, Lima, Instituto Pacífico, 2017, p. 137: “(...) el empobrecimiento que sufre el damnificado en su patrimonio como consecuencia directa y súbita del daño (...). Se trata entonces de la sustracción de una utilidad económica ya existente en el patrimonio del sujeto al momento de verificarse el daño”.

² Sobre el particular: MOISSET, Luis; TINTI, Guillermo y Maximiliano, CALDERÓN, “Daño emergente y lucro cesante”. pp .5-8 (de la versión en pdf). Disponible en: http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/dano-emergente-y-lucro-cesante/at_download/file. Esto ha sido advertido por doctrina peruana, solo a título de ejemplo: DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, Ob. Cit. p. 36: “Esta pérdida puede presentarse como consecuencia directa y súbita del daño (...). Pero a continuación de tales pérdidas inmediatas, encontramos otras que solo se manifestarán posteriormente; algunas de ellas las podemos prever desde ahora (...) y otras quizá ni siquiera las sospechamos al momento del accidente, tampoco al tiempo de demandar y quizá ni aun al momento en que el juez expida sentencia (...). Sin embargo, todos estos daños entran dentro de la categoría de daño emergente: su emergencia se produce en distintas épocas, pero siempre como consecuencia del acto dañino primitivo y siempre se expresan en una pérdida de lo que la víctima tenía. por consiguiente, el daño emergente comprende tantos daños inmediatos como daños futuros”.

que sea un daño cierto³. En ningún caso, por la vía de los “daños futuros” se puede terminar indemnizando “daños eventuales” o “daños inciertos”.

En segundo lugar, y en función de lo anterior, se puede advertir que los salarios no percibidos por la víctima del delito de trata de personas no califican como un supuesto de daño emergente. La razón es simple: los salarios dejados de percibir no forman parte del patrimonio de la víctima al momento en que se produce el daño derivado del delito de trata de personas. El hecho que dichos salarios no preexisten en el patrimonio de la víctima al momento de la generación del daño impide que conceptualmente puedan ser considerados como una manifestación del daño emergente.



Cuando el responsable del delito de trata retiene el salario de la víctima, precisamente, se genera un escenario de tutela restitutoria como el descrito, ya que aquella se está enriqueciendo a costa de la víctima.

En tercer lugar, hay que precisar que la situación es distinta si quien comete el delito de trata de personas priva a la víctima de parte del patrimonio (ahorros o bienes, por ejemplo) que pueda tener al momento en que es captada para esta actividad delictiva. Esto sí constituye una manifestación del daño emergente (actual). En la misma línea, se encuentran los costos que demande el tratamiento médico, psiquiátrico o psicológico de la víctima; así como, los costos de rehabilitación física, social u ocupacional, ya que también constituyen escenarios de daño emergente (actual o futuro).

³ Sobre la certeza del daño, FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, *La cláusula penal. Tutela contra el incumplimiento vs. tutela resarcitoria*. Lima, Ara, 2017, p. 37, ha señalado: “(...) que esta abarca el análisis de dos ocurrencias: (i) acaecer fáctico, que lleva a la comprobación causal del daño como evento (daño evento) que es el resultado del hecho generador que lo produjo; y, (ii) acaecer lógico, que determina una doble comprobación, tanto a nivel de la causalidad puramente material entre el hecho generador y el *daño evento*, como de la causalidad material económica entre éste último y el *daño consecuencia*”. La certeza del daño también puede ser comprendida, en su perspectiva material, como la corroboración fáctica que se ha producido un menoscabo en la esfera de la víctima.

En cuarto lugar, con lo previamente indicado no se está sugiriendo que los salarios impagos no puedan ser recuperados por la víctima del delito de trata de personas. De hecho puede recuperarlos. Es más, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 31146 (Ley que modifica el Código Penal, el Código Procesal Penal y la Ley 28950, Ley contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, con la finalidad de sistematizar los artículos referidos a los delitos de trata de personas y de explotación, y considerar estos como delitos contra la dignidad humana) dicho concepto expresamente ha sido considerado como parte del contenido mínimo de la reparación civil.

Finalmente, el hecho que los salarios impagos puedan ser recuperados por la víctima, no significa que los mismos puedan considerarse como una manifestación de daño emergente, ya que tal como se ha visto no es compatible con el alcance de este tipo de daño. Es más, su fundamento no se encuentra en la tutela resarcitoria, sino en otro mecanismo de tutela civil. Nos referimos a la tutela restitutoria. Si bien la explicación de los por menores de este mecanismo de tutela requiere un desarrollo autónomo, basta por ahora reconocer que antes que resarcir un daño, la tutela restitutoria busca reequilibrar una situación en la que un sujeto se ha enriquecido a costa de otro, sin que haya alguna razón para ello. Cuando el responsable del delito de trata retiene el salario de la víctima, precisamente, se genera un escenario de tutela restitutoria como el descrito, ya que aquella se está enriqueciendo a costa de la víctima.

2.2. Los ingresos dejados de percibir de la actividad laboral previa a la trata de personas no son una manifestación del lucro cesante

En primer lugar, hay que convenir que el concepto detrás de la categoría “lucro cesante”⁴ en la responsabilidad extracontractual está compuesto por la utilidad o rédito que, según el curso normal de los acontecimientos, ingresaría en el patrimonio de la víctima en un horizonte determinable de tiempo, pero que, como consecuencia del evento dañoso (lesión de un interés), no se llega a percibir. Esta noción de lucro cesante abarca, también, los escenarios de “lucro cesante actual” (devengado desde la ocurrencia de la privación de la ganancia hasta la emisión de la sentencia) y “lucro cesante futuro” (a devengarse después de la emisión de la sentencia que determine la responsabilidad civil).

⁴ Esto es pacífico en la doctrina civilista peruana: OSTERLING PARODI, Felipe, “La valuación judicial de los daños y perjuicios”, Ob. Cit., p. 95; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, Ob. Cit., p. 37; TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Elementos de la responsabilidad civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a la responsabilidad contractual y extracontractual*, Ob. Cit. p. 73; ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la responsabilidad civil*, Ob. Cit., p. 301; LEÓN HILARIO, Leysser, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual. Material autoinstructivo*, Ob. Cit. pp. 60-61; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, “La dimensión omnnicomprensiva del daño no patrimonial y la reclasificación de los daños”, Ob. Cit. p. 137.

En segundo lugar, y bajo el alcance previo, aquellos ingresos que la víctima venía percibiendo y que se interrumpen al ser captada para ser explotada en la actividad delictiva bajo análisis no califican como lucro cesante. Al respecto se debe recordar que la noción de lucro (cesante) es diferente a la de ingreso (cesante). En efecto, el lucro es la utilidad; es decir, ingresos menos gastos. De ahí que no se pueda considerar que aquellos ingresos dejados de percibir sean una manifestación de lucro cesante, ya que para ello, en todo caso, se debería descontar los gastos vinculados a la generación de dichos ingresos.

En tercer lugar, asumiendo que únicamente las utilidades dejadas de percibir pueden ser calificadas como lucro cesante, no debe obviarse que, para fines probatorios, se tendrá que acreditar que la privación de dichas utilidades, causalmente, se ha debido de forma directa a la captación que los responsables del delito de trata de personas hayan realizado respecto de la víctima; por ejemplo, cuando haya meditado el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad.

En cuarto lugar, y como consecuencia de lo anterior, para este tipo de casos se tendrá que establecer que dicha privación de utilidades no ha provenido de algún otro evento, como puede ser la renuncia voluntaria del trabajador o trabajadora, sino que dicha privación se debió; por ejemplo, al abandono de la actividad laboral que se venía desarrollando motivado por la promesa de mayores ingresos en una actividad que conlleva la realización de prácticas delictivas propias de la trata de personas.

Finalmente, los salarios impagos tampoco pueden ser considerados como una manifestación del lucro cesante, ya que ello implicaría reconocer a la fuente de ingresos que determina la utilidad dejada de percibir como una actividad legal, lo cual es un requisito para la indemnización de este tipo de daño⁵. En efecto, reconocer que se podría computar un lucro cesante derivado de una actividad ilícita, como es el delito de trata de personas, no sería otra forma que incentivar la realización de este tipo de actividades y restar relevancia a la dignidad humana como bien jurídicamente tutelado en este delito.

⁵ GARNICA, Juan, "La prueba del lucro cesante", *Revista de responsabilidad civil y seguro*, 2007, p. 53 señala lo siguiente: "Un sector de la doctrina estima que no procede el resarcimiento del lucro cesante procedente de actividades ilegales. No obstante, no faltan voces que propugnan que debe distinguirse entre los ingresos procedentes de actividades ilícitas de aquellas otras simplemente inmorales. En ningún caso se pueden reparar las pérdidas de ganancias que deriven de actividades sancionadas por el ordenamiento penal y la misma suerte deberían correr las procedentes de una actividad sancionada administrativamente (...)"

3. Conclusiones



Sobre la base de las consideraciones expuestas a lo largo del presente comentario de la Sentencia, se pueden arribar a las conclusiones siguientes:

En primer lugar, los daños materiales pueden ser daños emergentes o lucros cesantes. El primero vinculado a la desaparición (actual o futura) de un bien del patrimonio de la víctima. El segundo relacionado con la privación de utilidades (actuales o futuras) que normalmente habrían ingresado al patrimonio de la víctima de no ser por la aparición de un evento dañoso.

En segundo lugar, los salarios impagos de las víctimas del delito de trata de personas no constituyen una manifestación de daño emergente ni de lucro cesante. Sin embargo, es posible su recuperación, pero no sobre las reglas de la responsabilidad civil, sino a partir de la tutela restitutoria.

En tercer lugar, solamente las utilidades dejadas de percibir de la actividad laborativa que la víctima venía realizando antes de ser captada para la práctica delictiva de la trata de personas pueden ser consideradas como lucro cesante, en tanto la privación de dicha utilidad haya sido debida a la incursión de la víctima por parte del tratante en el mencionado delito.

Finalmente, el material probatorio alrededor de la determinación de la existencia de los daños, así como para su cuantificación o estimación, son determinantes al momento de fijar la reparación civil. Ello implica que el Ministerio Público o la defensa de los actores civiles deban tomar las previsiones del caso para incorporar al proceso los medios probatorios necesarios para tales fines.



Análisis de la sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes recaída en el Expediente N° 00109-2019-33-2602-JR-PE-01



Por:
Pamela Morales Nakandakari

Becaria Fulbright y Candidata a LLM por la Universidad de Chicago (EEUU).



David Torres Pachas

Investigador senior del IDEH-PUCP

La presente sentencia aborda el caso de las menores de iniciales T.A.F.LL. y J.R.L., quienes habrían sido captadas con fines de explotación laboral por E.L.G. y su esposa, S.R.J. Según la tesis de la fiscalía, la pareja acogió a las menores para que trabajen en el Bar Picantería “El Rinconcito Cervecero”, propiedad de E.L.G., ubicado en el departamento de Tumbes¹. El trabajo consistía en acompañar, durante horas de la noche, a los clientes que iban al local a consumir bebidas alcohólicas.

El 10 de febrero del año 2019, la policía y la fiscalía realizaron un operativo en el bar, y encontraron a las menores en compañía de dos señores mayores. La fiscalía inició una investigación en contra de E.L.G. y S.R.J., quienes fueron acusados por la comisión del delito de trata de personas en agravio de las menores T.F.A.LL. y J.R.L. El Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Tumbes (en adelante, “el Juzgado”) absolvió a los procesados y la decisión fue posteriormente ratificada por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tumbes (en adelante, “la Sala”). A continuación, analizaremos los aspectos más relevantes de la sentencia emitida por la Sala.

1. Aspectos procesales

1.1. Presunta debida motivación



En la sentencia bajo comentario, la Sala concluyó que la decisión de primera instancia cumplió con el requisito de debida motivación debido a que en ella “*se recogen en forma coherente y detallada los hechos, las pretensiones*

postuladas, sus argumentos, la prueba que ha sido actuada, realiza un análisis y contrasta con el ordenamiento jurídico y, finalmente emite una decisión que guarda coherencia con los fundamentos que la preceden” (fundamento jurídico N° 4.2).

Consideramos que este análisis es incompleto. En primer lugar, además de lo señalado por la Sala, la debida motivación implica que los órganos judiciales deban emitir decisiones congruentes con las pretensiones deducidas por las partes.² El principio de congruencia exige que los jueces no omitan, alteren o se excedan de las peticiones formuladas.³ Sin embargo, la Sala no se pronuncia al respecto. En segundo lugar, la debida motivación requiere que los jueces expresen las razones objetivas que los llevaron a tomar una determinada decisión, las cuales deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico -como señala la Sala-, sino también de los hechos debidamente acreditados durante el proceso.⁴

La exigencia de que las resoluciones judiciales sean motivadas garantiza que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa.⁵ Y es que, si las partes involucradas no tienen claro cuáles fueron las razones que llevaron a los jueces a tomar determinada decisión, será muy difícil impugnarla. Por tanto, para afirmar que la decisión impugnada estuvo debidamente motivada, la Sala debió analizarla tomando en consideración todos los aspectos que forman parte de dicha garantía constitucional. No basta señalar que la sentencia es coherente con los fundamentos que la

¹ Caserío Nuevo Progreso, localidad de Matapalo, provincia de Zarumilla, departamento de Tumbes.

² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 4729-2007-HC/TC, fundamento 2.

³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0896-2009-PHC/TC, fundamento 7.

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1480-2006-AA/TC, fundamento 2.

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 4729-2007-HC, fundamento 2.

preceden, sino que se debe señalar en qué radica dicha coherencia.

1.2. Presunta indebida valoración de la prueba

Otro aspecto para tomar en cuenta es el referido a la valoración de la prueba. Al respecto, la sentencia contiene una relación de medios de prueba que fueron actuados en juicio, entre los cuales destacan testimonios, pericias (certificados médicos, pericias psicológicas), actas de intervención policial, de constatación, de visualización, lectura y transcripción de mensajes (texto, whatsapp y galería de fotos) y entrevistas en cámara gessel (fundamento jurídico 4.3).

En ese sentido, la Sala de Apelaciones confirma que las menores de edad fueron acogidas en el local "Rinconcito Cervecero", siendo éste un punto no controvertido:

4.5. "No encontramos mayor inconveniente para señalar que – desde un punto de vista formal – la vinculación de los acusados con los hechos postulados – esto es, que acogieron a las menores y que estas trabajaron en el local "Rinconcito Cervecero" de su propiedad – se encuentra suficientemente probada. – Ello constituye, inclusive un punto no controvertido, pues no ha sido negado por los acusados, quienes si rechazan el contenido penal de su conducta" (fundamento jurídico N° 4.4)

En ese sentido, el caso exigiría corroborar que la captación y acogida de las menores para realizar trabajos en el local tienen contenido penal. De esta manera, la sentencia niega las conductas de trata de personas en cada caso



particular. Por un lado, niega la captación de la menor T. F. A. LL. por haber mentado en su edad. Así, la Sala indica que "si la menor es capaz de mentir o decir cosas no acordes a la verdad para lograr algo, entonces su testimonio no es fiable, no puede tomarse como cierto en todo su contenido" (fundamento jurídico N° 4.4). Mientras que, en el caso de la menor J.R.J., se indica que existen lazos de familiaridad con las personas procesadas; que es una tradición visitar a familiares y que "ayudar en los quehaceres a la familia donde uno se encuentra de visita, ello es una tradición ancestral que no puede pasar desapercibida al analizar el tema en cuestión" (fundamento jurídico N° 4.4).

No obstante lo anterior, conforme a la doctrina, las pruebas de la captación deben enfocarse en identificar, entre otros aspectos, "cómo la víctima fue contactada, la existencia de amigos, familiares o terceras personas involucradas en dicho contacto, así como la existencia de avisos de trabajo o prestación de servicio, tipo de trabajo o acuerdo propuesto, rentabilidad del empleo ofertado, etcétera".⁶ Valoración que se deja de lado en el presente caso, al concentrarse en aspectos como la identificación de una falsa declaración con respecto a la edad de una de las menores y el vínculo de familiaridad que tendría la otra menor.

2. Aspectos sustantivos

2.1. Bien jurídico protegido en el delito de trata de personas



La posición de la Sala no es clara en este punto. Primero señala que existen dos posturas respecto a cuál es el bien jurídico protegido por el delito de trata de personas: i) la libertad personal en su variante de la autodeterminación; y, ii) la dignidad, entendido como el derecho humano de no ser instrumentalizado por otro individuo. Luego señala que este delito "restringe el derecho a la libertad –bien jurídico protegido–, en la cual se menoscaba también otros derechos fundamentales como son la dignidad, la vida y la integridad personal lo que nos permite inferir que nos encontramos ante un tipo penal pluriofensivo."

La Sala parece mezclar ambas posturas, pues termina afirmando que el delito de trata de personas afecta tanto la libertad como la dignidad. Esta posición es contraria a lo señalado en el Acuerdo Plenario N° 06-2019, en el cual la Corte Suprema concluyó que el bien jurídico protegido comprende los atributos de la dignidad de la persona, entendida como el respeto de su condición como tal y de su autonomía moral e igualdad. La dignidad se quebranta

⁶ MONTTOYA, Yvan y otros. Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de trata de personas. (2° ed.). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Democracia y Derechos Humanos, 2017. P. 169.

cuando se cosifica, instrumentaliza o mercantiliza al ser humano.⁷

Esta postura permite entender por qué, en relación a las víctimas adultas, las conductas de la trata de personas no se dirigen, necesariamente, contra la voluntad de la víctima, sino que pueden desplegarse a través del aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad en la que esta se encuentra.⁸ De ahí la incorporación del medio de abuso de situación de vulnerabilidad; y, el motivo por el cual el Protocolo de Palermo y el precepto penal de trata de personas no brindan validez al consentimiento dado por una víctima menor de 18 años.⁹

Asumir que la trata de personas trasciende la libertad y consiste en reducir a la víctima a una cosa, resulta fundamental para interpretar adecuadamente el precepto penal y brindar protección a las víctimas que se encuentren en condición de vulnerabilidad, independientemente del consentimiento que hayan podido brindar.

2.2. Elementos objetivos

(i) Sobre las conductas del delito de trata de personas

La fiscalía sostiene que los acusados captaron y acogieron a las menores en su vivienda (lugar donde también funciona el “Rinconcito Cervecero”), a efectos de explotarlas laboralmente y para lo cual se aprovecharon de la situación de vulnerabilidad en la que se encontraban.

Para la Sala, en el caso concreto no se configuró captación o acogimiento en el sentido y contexto que exige el tipo penal:

Captar

La menor T.F.A.LL., originalmente de Piura, declaró que viajó a Tumbes porque una amiga, que era prima del acusado, le dijo que su tío buscaba chicas para trabajar en su negocio. Al respecto, la Sala concluyó que el testimonio de la menor no era fiable porque: (i) no hay otro elemento probatorio que lo respalde; (ii) mintió sobre su edad al momento en que los procesados le ofrecieron trabajo.

La Sala descarta que hubo captación únicamente en base a un aspecto probatorio, sin analizar si la conducta de los imputados calza o no en el tipo penal de trata de personas. Al respecto, consideramos que ello no es adecuado por dos motivos. En primer lugar, el juez debe determinar si la conducta imputada es típica y, solo después de ello, analizar si ha sido probada o no. La Sala no sólo no respeta este orden, sino que en ningún extremo de la sentencia analiza si la conducta desplegada por los imputados constituye o no “captación” según lo dispuesto en el art. 153 del Código Penal (vigente en ese momento).

En segundo lugar, que la menor haya mentido a los procesados al momento en que le ofrecieron trabajo -posiblemente por temor a que no la contraten-, no implica que haya mentido a las autoridades que investigan la comisión de un delito¹⁰. Estos son escenarios diferentes y no guardan relación entre sí. En ese sentido, la decisión de descartar el testimonio de la menor debió estar fundamentada, cuando menos, en base al Acuerdo Plenario N° 2-2005, que establece los requisitos para que la sola declaración del agraviado enerve la presunción de inocencia del imputado.¹¹ Por lo tanto, el argumento de la Sala no fue suficiente para desacreditar la declaración de la menor.

Con respecto a la menor J.R.J., se comprobó que es hermana de la acusada S.R.J. La menor, originalmente de Yamango – Morropón, viajó con su mamá a Tumbes, a la casa de los procesados por motivo de las fiestas de navidad. De acuerdo con la Sala, esto es suficiente para enervar la imputación de que fue reclutada por los acusados, pues considera que es tradición que las personas de la sierra visiten a sus familiares de la costa, y que ayuden en los quehaceres de la casa que visitan.

Discrepamos de lo señalado por Sala. Según el Ministerio Público, los medios de captación más usados por los tratantes en el Perú son las ofertas de trabajo y el convencimiento de conocidos, amigos o familiares.¹² Al existir una relación de parentesco entre la menor J.R.J. y los acusados, la Sala debió descartar que estos últimos no recurrieron a dicha relación para convencer a la menor de que trabaje en su negocio -y, en esta medida, descartar

7 MONTOYA, Yvan. “El delito de trata de personas como delito complejo y sus dificultades en la jurisprudencia peruana”. Lima: Revista Derecho PUCP, Núm.76, 2016, p. 407.

8 RODRIGUEZ, Julio e Yvan MONTOYA. “Los delitos de explotación laboral: bases para una interpretación sistemática de sus diversas tipificaciones en el Código Penal peruano”. En: V Congreso Internacional Jurídico sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud. La trata de personas 20 años después del Protocolo de Palermo, 2021, en imprenta.

9 RODRIGUEZ, Julio e Yvan MONTOYA. “Los delitos de explotación laboral: bases para una interpretación sistemática de sus diversas tipificaciones en el Código Penal peruano”. En: V Congreso Internacional Jurídico sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud. La trata de personas 20 años después del Protocolo de Palermo, 2021, en imprenta.

10 La Sala señaló lo siguiente: “Es más, la propia versión de dicha menor no genera certeza, pues, según ha señalado, incluso le dijo a Lesli, que tenía 18 años de edad. Lo cual -evidentemente- no es conforme a la verdad; y si la menor es capaz de mentir o decir cosas no acordes a la verdad para lograr algo, entonces su testimonio no es fiable, no puede tomarse como cierto en todo su contenido. -”

11 El Acuerdo Plenario N° 2-2005 establece tres garantías de certeza respecto a la declaración del agraviado: (i) que entre el agraviado y el imputado no existan relaciones que puedan incidir en la parcialidad de la declaración (incredibilidad subjetiva); (ii) que la declaración sea sólida, coherente y corroborable (verosimilitud); y, que la víctima persista en sus afirmaciones durante el proceso.

12 OFICINA DE ANÁLISIS ESTRATÉGICO CONTRA LA CRIMINALIDAD. “Informe de Análisis N° 1: La respuesta del Ministerio Público frente a la Trata de Personas. Evidencia de mercados, uso de tecnologías y delitos conexos”. Lima: Ministerio Público – Fiscalía de la Nación, 2018, p. 22.



Ayudar en las tareas diarias no puede interpretarse como acompañar a señores que consumen bebidas alcohólicas en un bar. Menos aun cuando se trata de menores de edad, pues tienen menos posibilidades de reaccionar o de oponerse a situaciones de abuso sexual.

un posible “traslado” de dominio-. Sin embargo, ningún extremo de la sentencia se pronuncia al respecto.

Asimismo, nos parece desafortunado el argumento de la Sala respecto a que no existió reclutamiento pues habría un motivo justificado para que la menor estuviese en casa de los imputados -por las fiestas de navidad- y ayudara en los quehaceres de la casa. Es necesario señalar que no es equiparable visitar a la familia por una fiesta determinada que quedarse luego de la celebración para desempeñar un trabajo no compatible con su edad. Ayudar en las tareas diarias no puede interpretarse como acompañar a señores que consumen bebidas alcohólicas en un bar. Menos aun cuando se trata de menores de edad, pues

tienen menos posibilidades de reaccionar o de oponerse a situaciones de abuso sexual.

Finalmente, consideramos que sí se configuró la conducta típica de captación. El Acuerdo Plenario N° 06-2019 define captar como atraer a alguien o ganar su voluntad. Así, presupone el reclutamiento de la víctima y atraerla para controlar su voluntad para los fines de la explotación; siendo común la captación a través de ofertas de trabajo.¹³ En este caso, los procesados atrajeron a las menores, ofreciéndoles trabajo y alojamiento. Así, por un lado, la menor T.F.A.LL. viajó de Piura a Tumbes porque el acusado buscaba jóvenes para trabajar en su bar; mientras que la menor J.R.J., si bien inicialmente fue a la casa de los procesados por motivo de las fiestas de navidad, luego se quedó para trabajar en el bar.

Acoger

De acuerdo con la Sala, si bien del análisis de los medios de prueba -acta de constatación, tomas fotográficas y protocolo de pericia psicológica- se comprobó que los imputados acogieron a las menores en su vivienda, indica que no se configura el acogimiento en el sentido que exige el tipo penal, esto es con la finalidad de explotarlas. La Sala no señala las razones que llevaron a dicha decisión, vulnerando el derecho a la debida motivación. Solo se limitó a afirmar que los procesados acogieron a las

¹³ GARCIA, Tania. El delito de trata de seres humanos: el artículo 177 bis del Código Penal. Madrid: Reus, 2000, p. 44.



menores, pero no conforme a lo establecido en el artículo 153 del Código Penal (vigente en dicho momento).

Por otro lado, afirmar que las menores habitaban la casa de los imputados es suficiente para que se configure la conducta típica de acogimiento. Según el Acuerdo Plenario N° 06-2019, acoger supone brindar el ambiente físico en el que la víctima va a permanecer desarraigada, con la finalidad de colocarla en el contexto idóneo para ser explotada.¹⁴ Acoger significa, por tanto, proporcionar refugio, acogida o aposento a alguien, por un largo o breve periodo de tiempo, pues no se exige una duración determinada.¹⁵

En el caso concreto, los procesados brindaron su casa para que las víctimas permanezcan en el lugar, lejos de sus familias, lo cual implica desarraigo. Esto reduce las posibilidades de las víctimas de oponerse a las condiciones que la pareja les imponía, como trabajar en el bar en horas de la noche, en compañía de adultos que consumen alcohol. Por tanto, la conducta calza en el supuesto típico del precepto penal de trata de personas.

(ii) Sobre los medios del delito de trata de personas

Con respecto a este punto, la sentencia reconoce como medios comisivos del delito de trata de personas “el uso de: violencia, amenaza, fraude, engaño a la víctima; el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad de la víctima; y, concesión o recepción de beneficios; que constituyen los medios para realización del tipo” (fundamento jurídico N° 4.4). Resaltando además que, conforme al Protocolo de Palermo y el artículo 153 del Código Penal (vigente al momento de ocurridos los hechos), la trata de menores de edad no requiere la presencia de ninguno de los medios. En otras palabras, ante casos de menores de edad, bastaría con la existencia de las conductas y fines del delito de trata de personas para afirmar su configuración.

No obstante lo anterior, la sentencia hace referencia al medio abuso de *una situación de vulnerabilidad*, indicando que “la vulnerabilidad de una persona no puede ser determinada solamente en función a su edad – este es, en rigor, uno de los indicadores de dicha condición – sino también deberán ser evaluados otros elementos o circunstancias que se presenten en un determinado momento” (fundamento jurídico N° 4.4). De esta manera, a criterio de la Sala, la condición de vulnerabilidad (incluso en casos de menores de edad) debe alegarse (indicando cuáles son las circunstancias vinculadas con la vulnerabilidad) y probarse (ofreciendo medios pertinentes).

En ese sentido, la Sala evalúa y niega la existencia de una situación de vulnerabilidad, indicando que las menores no han dejado de lado sus estudios; que no tienen a su

14 Acuerdo Plenario N° 06-2019, fundamentos 15 y 16.

15 GARCÍA, Tania. El delito de trata de seres humanos: el artículo 177 bis del Código Penal. Madrid: Reus, 2000, p. 48.



De esta forma, en el presente caso la Sala exige la existencia y prueba de uno de los medios (abuso de una situación de vulnerabilidad) en el caso de menores de edad, lo cual no resulta válido “no solo porque el Código Penal así lo establece, sino también porque existe una regla de rango constitucional que así lo impone” (Montoya y Rodríguez, 2020, p. 69).

cargo la manutención de sus padres o familiares directos, ni que estos se encuentren con alguna enfermedad o discapacidad; por lo que no se encontraban en una situación de urgencia o necesidad que las obligara a trabajar.

Resulta importante recordar que, conforme al artículo 55 de la Constitución Política del Perú, “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” y que los tratados de derechos humanos (como el Protocolo de Palermo) tienen rango constitucional¹⁶. Si ello es así, la implementación del contenido de un tratado requiere distinguir entre normas autoaplicativas y no autoaplicativas. Las primeras serán aquellas que son de aplicación obligatoria e inmediata por los operadores del sistema de justicia y que no requieren un desarrollo posterior por el legislador nacional¹⁷. En el caso particular del Protocolo de Palermo, un ejemplo de norma autoaplicativa sería el artículo 3 inciso d referido a la no necesidad de medios (como el abuso de una situación de vulnerabilidad) para la trata de personas en contra de menores de edad.

En esa misma línea, el inciso 3 del artículo 153 del Código Penal (vigente al momento de ocurridos los hechos) también recoge similar prohibición cuando indica que

16 MONTOYA, Yván y otros. *Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de trata de personas*. (2° ed.). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Democracia y Derechos Humanos, 2017. PP. 54-56. Así también lo ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia N° 0047-2004-AI del 24 de abril de 2006, fundamento 61.

17 BREGAGLIO, Renata. La implementación de las convenciones internacionales para la lucha contra la corrupción. Un análisis de las normas autoejecutivas en el derecho penal. En Y. Montoya Vivanco (Ed.), *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012. PP. 173-174.

en caso de menores de edad “se considera trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios previstos en el inciso 1”. Lo cual se condice con lo señalado por el Acuerdo Plenario N° 06-2019-CJ/116 de la Corte Suprema de Justicia, cuando indica que “los medios para los actos de trata no requieren ser probados, tratándose de niños. De este modo se presume que toda pretensión probatoria del consentimiento del menor es absolutamente impertinente” (fundamento jurídico N° 18). Cabe resaltar que, si bien el Acuerdo Plenario hace referencia a “niños”, este deberá ser entendido como toda persona menor a los dieciocho años, conforme a lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño (artículo 1) y al Protocolo de Palermo (artículo 3, literal “d”).

De esta forma, en el presente caso la Sala exige la existencia y prueba de uno de los medios (abuso de una situación de vulnerabilidad) en el caso de menores de edad, lo cual no resulta válido “no solo porque el Código Penal así lo establece, sino también porque existe una regla de rango constitucional que así lo impone” (Montoya y Rodríguez, 2020, p. 69).



La Sala además señala que: *“También debe tenerse en cuenta que una de las menores mintió respecto a la edad, aspecto que objetivamente, escapa del ámbito del control de los acusados, lo cual –en estricta justicia- les favorece.”*. Si bien es cierto que la Sala no abunda posteriormente en este aspecto, parecería sugerir que en el caso de la menor T.F.A.LL., sería de aplicación la figura del error de tipo (artículo 14 del Código Penal).

Conforme a nuestra legislación, si el error sobre uno de los elementos del tipo penal o sobre una agravante es

invencible, la conducta es atípica; si es vencible, la infracción será considerada como culpable. Para la Sala el error habría recaído sobre la edad de la víctima (circunstancia agravante). Sin embargo, no todo error puede calificarse como un error de tipo, siendo además que dentro de las “circunstancias personales del autor que permiten identificar la relevancia del error, se ubica la profesión u oficio como fuente de atribución de conocimientos”¹⁸. Si ello es así, tenemos que a los dueños del Bar Picantería “El Rinconcito Cerveceros” se les exigía agotar los mecanismos para conocer la edad de su personal. Más aun tomando en cuenta que, según lo reconoce la Sala, se trataba de un local formal, reconocido por la municipalidad distrital y en donde, conforme a los hechos del caso, incluso se respetaba el sueldo mínimo.

Por tanto, se exigía a los procesados conocer la edad de las menores que contrataron para trabajar en el bar, a efectos de respetar los estándares mínimos que garantizan el adecuado funcionamiento del local, entre los cuales está que su personal sea mayor de edad. Conforme ha señalado el Tribunal Constitucional, la sola presencia de menores de edad en una discoteca atenta contra la moral y no es coherente con una respetuosa libertad de empresa.¹⁹ Ningún tipo de actividad económica, con mayor razón las que se realizan con fines de lucro, pueden poner en riesgo la vida e integridad de los niños y adolescentes.²⁰ La especial protección que la Constitución le otorga a los niños y adolescentes radica en la situación en la que estos se encuentran: en plena etapa de formación integral en tanto persona.²¹

(iii) Sobre la finalidad de explotación laboral

En relación con este punto, la sentencia señala que el delito de trata de personas es un delito de tendencia interna trascendente que exige “una finalidad o resultado ulterior perseguido por la conducta del agente” (fundamento jurídico N° 4.4). Tomando en cuenta que en el caso se discute la finalidad de explotación laboral, la Sala indica que esta se configura obligando a la víctima “a realizar trabajos o servicios forzados, bajo la amenaza de una pena cualquiera, y para el cual el agraviado no se ofrece voluntariamente, o cuando se da la figura de la esclavitud o prácticas análogas, servidumbre, entre otras formas más” (fundamento jurídico N° 4.4).

Así pues, en la sentencia se presentan un conjunto de circunstancias que, a criterio de la Sala de Apelaciones, no le permiten advertir una efectiva explotación laboral.

18 RODRIGUEZ, Julio e Yvan MONTOYA. Lecciones sobre el delito de trata de personas y otras formas de explotación. Dirigido a juezas y jueces penales. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Centro de Investigación Capacitación y Asesoría Jurídica, 2020. P. 75.

19 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 3330-2004-AA/TC del 11 de julio de 2005. Caso Ludesminio Loja Mori.

20 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 3330-2004-AA/TC del 11 de julio de 2005. Caso Ludesminio Loja Mori.

21 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 3330-2004-AA/TC del 11 de julio de 2005. Caso Ludesminio Loja Mori.



Así pues, tenemos la Convención de los Derechos del Niño que protege a menores de edad “contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social”

Entre tales circunstancias menciona (fundamento jurídico N° 4.4): i) que las menores se encontraban acompañando a los clientes; ii) que su labor era la de entregar bebidas alcohólicas a la clientela; iv) que la actividad no significó una afectación física o psicológica (lo cual además se constataría con las pericias psicológicas efectuadas); v) que no se ha verificado que realizaban actividad de damas de compañía; vi) que recibían un sueldo superior al sueldo mínimo y vii) que el local contaba con licencia de funcionamiento otorgada por la autoridad competente.

No obstante lo anterior, cabe mencionar que el tipo penal señala que las conductas y medios de la trata se realizan “con fines de explotación”. En ese sentido bien podemos afirmar que la explotación efectiva de una persona no es un requisito para la consumación del delito²². Sobre todo tomando en cuenta que el Código Penal peruano ya prevé tipos penales específicos de explotación sexual y laboral, por ejemplo. Y que, además, estos cuentan con agravantes que desvaloran la explotación cuando proviene de conductas de trata de personas.

Por otro lado, tenemos que la trata de personas es un delito de tendencia interna trascendente. Así, conforme al Acuerdo Plenario N° 6-2019-CJ/116: “La trata de personas es un delito doloso y de tendencia interna trascendente pues para su concreción a nivel del tipo subjetivo se exige tanto el conocimiento potencial de los elementos del tipo objetivo como un elemento subjetivo distinto al dolo: el fin de explotación en cualquier modalidad” (fundamento N° 20). En ese sentido, en este caso concreto de víctimas menores de edad, al sujeto activo se le exigirá conocer que con su comportamiento está realizando alguna de las conductas; sumado al conocimiento de que coloca a la

víctima en un contexto de potencial explotación (laboral, en el caso concreto).

Finalmente, y a contrario de lo señalado por la Sala, consideramos que las circunstancias que menciona para negar la situación de explotación laboral, en realidad son condiciones que la acreditan. En ese sentido, advertimos que el trabajo nocturno realizado por las menores en el “Bar Picantería Rinconcito Cerveceros”, las ha expuesto a una situación de potencial afectación de su desarrollo, integridad y seguridad. Y ello más allá de que no hayan realizado actividad de damas de compañía; que recibieron un salario superior al mínimo o que el local contara con la autorización municipal.

Aquí será importante tomar en cuenta las obligaciones internacionales en materia de protección de niños, niñas y adolescentes. Así pues, tenemos la Convención de los Derechos del Niño que protege a menores de edad “contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social” (artículo 1); y el Convenio N° 182 de la OIT sobre Peores formas de trabajo infantil, el cual prohíbe en su artículo 3, literal d, “el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños”. Ya en el marco de nuestra legislación nacional, el Código de Niños y Adolescentes “(...) reconoce el derecho de los adolescentes a trabajar, con las restricciones que impone este Código, siempre y cuando no exista explotación económica y su actividad laboral no importe riesgo o peligro, afecte su proceso educativo o sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social” (artículo 22).

3. Comentarios adicionales



La Sala carece de un enfoque de niñez. La decisión atenta contra lo establecido por la Constitución Política, respecto a la especial protección de la que gozan niños, niñas y adolescentes; al Protocolo de Palermo, que establece que los Estados Parte deben establecer

políticas, programas y medidas destinadas a proteger a las víctimas de trata de personas, especialmente las mujeres y los niños (artículo 9, numeral 1); y, lo dispuesto en la Declaración de los Derechos del Niño, que señala que los niños tienen el derecho a recibir una protección especial para su desarrollo físico, mental y social (Principio N° 2).

La Sala interpreta de manera equivocada cuáles son los alcances de una licencia de funcionamiento. Al respecto, señala lo siguiente: “Si bien la declaración testimonial de los indicados ratifica que ellas trabajaban en dicho lugar, empero, no puede asumirse dicha labor como un acto de trata de personas ni una forma de explotación laboral, máxime si tenemos en cuenta que el local contaba con la

22 PRADO, Víctor. Trata de personas y minería ilegal. En: Criminalidad organizada. Parte especial. Lima: Instituto Pacífico, 2016. P. 393.

respectiva licencia de funcionamiento vigente, expedida por la Municipalidad Distrital de Matapalo [...]” (fundamento jurídico N° 4.4).

Que un local cuente con licencia de funcionamiento no legitima, automáticamente, todas las actividades que se realicen en su interior. Como señala Laguna de Paz, la autorización es un acto declarativo de derechos, que confiere a su titular una situación jurídicamente protegida, sin perjuicio de su necesaria adaptación a las cambiantes exigencias del interés general.²³ Que un local tenga licencia de funcionamiento solo implica que, según el análisis que realizó una determinada Municipalidad, existe un correlato entre los fines del establecimiento y los derechos de la comunidad.²⁴ Además, la licencia de funcionamiento otorgado por una municipalidad no puede contravenir tratados internacionales como el Convenio 182 de la OIT, el cual proscribiera el trabajo peligroso como una de las peores formas de trabajo infantil -como el realizado por adolescentes que promueven la venta de bebidas alcohólicas hasta altas horas de la noche y con clientes alcoholizados-.

Si bien la autorización habilita a su titular para ejercer una actividad determinada, no le otorga un derecho absoluto: su ejercicio solamente se permite en las condiciones fijadas por la normativa, que concreta la decisión jurídico-política a través de la que se hace efectiva la composición entre el interés público y privado.²⁵ La licencia no implica, bajo ningún supuesto, que las actividades que efectivamente se lleven a cabo dentro del local queden protegidas bajo un manto de impunidad.

La finalidad de la autorización es servir como un instrumento para contrastar la conformidad de la iniciativa privada con el interés público.²⁶ Sin embargo, una vez que se comprueba que la actividad que el establecimiento realizaba no era acorde al interés público, la autoridad administrativa se encuentra en la facultad de cancelar dicha licencia, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y/o penales en las que el administrado pueda incurrir.

23 LAGUNA DE PAZ, José Carlos. La autorización administrativa. Navarra: Thomson, 2006, p. 37.

24 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 3330-2004-AA/TC. Caso Ludesminio Loja Mori, 11 julio 2005.

25 LAGUNA DE PAZ, José Carlos. La autorización administrativa. Navarra: Thomson, 2006, p. 263.

26 LAGUNA DE PAZ, José Carlos. La autorización administrativa. Navarra: Thomson, 2006, p. 263.



Sobre los autores de esta edición



Yvan Montoya Vivanco

Profesor Principal de Derecho Penal en el Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Consultor Externo de la Oficina para los Países Andinos de la OIT y Coordinador del Grupo de Investigación en Derecho Penal y Corrupción, Lavado de Activos, Trata de Personas y otras formas de criminalidad organizada (DEPECCO) adscrito al IDEH-PUCP. Autor de “Manual de formación para operadores de justicia durante la investigación y proceso penal en casos de trata de personas” (2012), “El delito de trata de personas como delito complejo y sus dificultades en la jurisprudencia peruana” (2016) y coautor de “Lecciones sobre el delito de trata de personas y sus formas de explotación” (2020). Es Doctor en Derecho Penal y Derechos Humanos por la Universidad de Salamanca (España) y Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).



Héctor Campos García.

Profesor contratado de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Coordinador de la Clínica de Derecho Privado (PUCP) y Asociado Senior de Linares Abogados. Candidato a doctorado en Derecho (Persona e Ordinamento Giuridici) en la Università Cattolica del Sacro Cuore (Milán). LL.M en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Estudios de Postgrado en Contratos y Responsabilidad Civil en la Universidad de Salamanca (España).



David Torres Pachás.

Investigador Senior del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP (IDEH-PUCP) y miembro del Grupo de Investigación en Derecho Penal y Corrupción, Lavado de Activos, Trata de Personas y otras formas de criminalidad organizada” (DEPECCO) adscrito al IDEH-PUCP. Es candidato a Doctor en Estado de Derecho y Gobernanza Global en la Universidad de Salamanca (España), de donde también posee una Maestría en Estrategias Anticorrupción y Políticas de Integridad. También es abogado de la PUCP, donde ha sido adjunto de docencia de diversos cursos en el área de Derecho Penal de la Facultad de Derecho.



Pamela Morales Nakandakari.

Ha sido asistente de Investigación en la Harris School of Public Policy de la Universidad de Chicago. Becaria Fullbright. Candidata a LL.M por la Universidad de Chicago (EE.UU.) y abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Penal y Criminología (GRIPEC) de la PUCP. Ha sido adjunta de docencia de diversos cursos en el área de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la PUCP y abogada asociada de Hernández y Cía Abogados.



Daniel Quispe Meza.

Profesor contratado de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), ha sido Secretario de Confianza de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia y miembro del Grupo de Investigación en Derecho Penal y Corrupción, Lavado de Activos, Trata de Personas y otras formas de criminalidad organizada” (DEPECCO) adscrito al IDEH-PUCP. Es Candidato a Doctor en Responsabilidad Jurídica, Estudio Multidisciplinar en la Universidad de León (España), Máster en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca (España) y Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Forma parte del proyecto de investigación “la progresiva relajación de garantías penales en la elaboración del sistema y en diversos sectores. Vindicación del refuerzo de los límites al ius puniendi (PID-2019-108567RB-C21) (Ministerio de Ciencia e Innovación/Agencia Estatal de Investigación -AEI-), en el que es investigador principal Miguel Díaz y García Conlledo y María Anunciación Trapero Barreales (España).

Esta publicación ha sido desarrollada por el proyecto “Alianzas en Acción para Terminar con la Trata de Niños en el Perú” implementado por la Organización Internacional del Trabajo en el marco de la Alianza Compacto para la Protección de la Niñez y con el apoyo de la Oficina de Seguimiento y Combate a la Trata de Personas de la Estados Unidos Departamento del Estado.

