

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

► Número 2 / Junio 2022



Presentación

Con este segundo número del “Boletín jurisprudencial sobre trata de personas, trabajo forzoso y otras formas de explotación” queremos cumplir con nuestro compromiso de desarrollar y compartir, de manera trimestral, el análisis de los aspectos más complejos sobre de la trata de personas y otros delitos de explotación regulados en el Código Penal peruano y desarrollados por la jurisprudencia penal peruana más reciente.

En este número, nuestro equipo de redacción ha seleccionado para ustedes las sentencias recaídas en dos casos de trata y explotación de menores de edad. Además, esta entrega contiene la transcripción de una entrevista que sostuvimos con la destacada profesora argentina Patricia Gallo.

- **1** El primero de los comentarios jurisprudenciales versa sobre un caso de trata de menores de edad y trabajo forzoso; específicamente, a una situación de explotación de la mendicidad de niños. En esta oportunidad, el análisis se realizó sobre la base de tres sentencias, dos de primera instancia y una, de segunda, todas recaídas en el expediente 6744-2019 del distrito judicial de Lima. A partir de ellas, Julio Rodríguez Vásquez –oficial de la Oficina para los Países Andinos de la OIT– aborda dos temas importantes: i) el tipo de injusto del delito de trabajo o servicio forzoso (artículo 129 O del Código Penal) y su relación con la comprensión flexibilizada del elemento “amenaza de una pena”, recogido en el Convenio 29 de la OIT; y, ii) la valoración del aparente “consentimiento” de los menores de edad víctimas de trabajo o servicio forzoso.

▶ 2

El segundo comentario jurisprudencial fue trabajado por los especialistas Pamela Morales, David Torres y Daniel Quispe. Este supuso el análisis de los principales argumentos jurídicos contenidos en la Casación N°1351-2019-Cusco. En líneas generales, valoramos esta sentencia como positiva y correcta. Efectivamente, en ella se abordan tres temas relevantes que hemos considerado necesario comentar: i) las distintas acepciones del concepto de vulnerabilidad, que pueden ser complementadas con otros instrumentos o definiciones, como la desarrollada por el Acuerdo Plenario 06-2019/CCJ-116; ii) la interpretación afortunada del error de tipo, específicamente del error sobre la edad del menor de edad, que limita la figura desde una perspectiva normativa y contemporánea; y, finalmente, iii) el desarrollo interpretativo del tipo de relación concursal entre el delito de trata de personas con fines de explotación –sexual o laboral– y el delito de explotación sexual o laboral como tipos de injusto efectivamente consumados.

Además de los comentarios jurisprudenciales, este boletín contiene una interesante entrevista que Daniel Quispe ha sostenido con la reconocida profesora Patricia Gallo, abogada por la Universidad de Buenos Aires y Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid: ella reflexiona sobre aspectos generales de la trata de personas y dilucida con nuestro entrevistador temas relacionados con la explotación laboral, especialmente el caso del trabajo infantil. La profesora Gallo nos ofrece, desde su perspectiva, criterios que resultarán útiles para analizar los casos en los que podemos reconocer supuestos de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso, especialmente cuando estamos ante víctimas menores de edad.

Estamos seguros de que este segundo número no solo será del agrado de todos ustedes sino, sobre todo, será de utilidad para todos y todas las operadoras del sistema de impartición de justicia, así como para todos aquellos y aquellas que tengan interés en el desarrollo de la jurisprudencia penal peruana sobre estos graves delitos.

Yvan Montoya Vivanco
Coordinador del DEPECCO-PUCP

Oficina para los Países Andinos
Organización Internacional del Trabajo

Análisis de las sentencias recaídas en el Expediente 06744-2019-Lima: trabajo forzoso y mendicidad infantil



Por:
Julio Alberto Rodríguez Vásquez¹

Oficial de proyecto en la Oficina para los Países Andinos de la OIT y docente del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).

En este comentario jurisprudencial se analizarán tres sentencias recaídas en el expediente 6744-2019. Con este fin se evaluarán críticamente los argumentos jurídicos desarrollados en las siguientes resoluciones:

- (i) Sentencia del 22 de mayo de 2020, emitida por el Cuadragésimo Cuarto Juzgado Penal – Reos en Cárcel de Lima, que absuelve a C.Y.M.M y J.L.R.C por el delito de trabajo forzoso en agravio de un niño de 3 años, una niña de 5 años, y la hija de ambos, de 11 años, y los condena por el delito de trata de personas con fines de trabajo forzoso.
- (ii) Sentencia del 30 de junio de 2021, emitida por la Cuarta Sala Penal con Reos en Cárcel, que confirmó la sentencia antes mencionada en el extremo que condenó a los acusados por el delito de trata de personas y declaró nula la misma en el extremo que los absolvió por el delito de trabajo forzoso.
- (iii) Sentencia del Vigésimo Cuarto Juzgado Penal Liquidador de Lima, del 2 de diciembre de 2021, que condenó a los acusados como coautores del delito de trabajo forzoso en concurso real con el delito de trata de personas.

De acuerdo con la base fáctica de las sentencias, los acusados C.Y.M.M y J.L.R.C convencieron a la madre de dos niños –de 3 y 5 años– para que los entregue bajo la promesa de que recibirían cuidado y educación. Además, los acusados abusaron de la situación de vulnerabilidad de la madre de los menores de edad, toda vez que se habrían aprovechado de la pobreza extrema en que se encontraba, la afectación a la salud que padecía y la intensa carga familiar que afrontaba. Luego de haberlos captado, los acusados los emplearon para generar lástima mientras vendían golosinas y pedían limosna en una intersección vial ubicada en el distrito de Surco. Para estos fines también habrían empleado a su menor hija. Posteriormente, el Ministerio Público y la Policía Nacional del Perú tomaron

conocimiento y procedieron a rescatar a las víctimas y detener a los ahora condenados.

En este escenario, en el caso materia de análisis se produjeron diversos que provocaron la divergencia entre el *A-quo* y la sentencia de la Sala Penal de segunda instancia. El presente focalizará en el siguiente problema: hacer, promovido por fines económicos, que un niño realice actividades de mendicidad en la calle, ¿constituye un supuesto de explotación laboral asimilable al trabajo forzoso?.

1. Los argumentos de las sentencias en torno a la aplicación del delito de trabajo forzoso



Como se ha dicho, un primer problema jurídico de este caso versó sobre la calificación de los hechos como un supuesto de trabajo forzoso. La sentencia emitida por el Cuadragésimo Cuarto Juzgado Penal - Reos en Cárcel de Lima señaló que

los hechos calzan virtualmente dentro de este delito (2020, p. 17). Sin embargo, y lamentablemente, este no explicó detalladamente su razonamiento. En esta línea, el Ministerio Público resaltó que la sentencia de primera instancia no se pronunció sobre la situación de la hija de los acusados respecto de este delito. Como efecto, la defensa de los acusados apeló la sentencia bajo el argumento de que la pareja no empleó engaños u amenazas y que, por el contrario, alimentó y cuidó a los niños, con autorización de su madre. En este orden de ideas, la defensa consideró que no se habría producido un supuesto de trabajo forzoso, ya que no se produjeron dos elementos requeridos por el concepto clásico contenido en el Convenio 29 de la OIT: la amenaza de una pena cualquiera y la ausencia de consentimiento.

Ante esto, la Cuarta Sala Penal con Reos en Cárcel y, posteriormente, el Vigésimo Cuarto Juzgado Penal Liquidador de Lima, sostuvieron –con una argumentación más acorde con los parámetros internacionales sobre la materia–, que:

- ▶ El trabajo forzoso, efectivamente, requiere de tres elementos: el servicio o trabajo realizado por la víctima, el empleo de una amenaza de una pena cualquiera y la ausencia de voluntariedad. Sin embargo, la sala penal resaltó dos precisiones relevantes para el caso. En primer lugar, indicó que el elemento *ausencia de voluntariedad* debe ser matizado cuando la víctima es un niño o una niña, toda vez que en estos casos “no interesa la voluntad” (Cuarta Sala Penal con Reos en Cárcel de Lima, 2021, p.4). En segundo lugar, el elemento “amenaza de una pena” incluye el uso de violencia e intimidación, así como de otros “medios más sutiles” (Cuarta Sala Penal con Reos en Cárcel de Lima, 2021, p.4). Sobre esta base, el Vigésimo Cuarto Juzgado Penal Liquidador de Lima resaltó que el trabajo forzoso se habría cometido a través del aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la madre y de la edad de las víctimas quienes, por su condición de niños, no se podían resistir a los requerimientos de los acusados. Asimismo, el juzgado penal liquidador indicó que el consentimiento del menor es absolutamente impertinente (2021, pp. 20-21).
- ▶ La evaluación del trabajo forzoso exige tomar en cuenta la naturaleza del servicio realizado. En el caso que nos ocupa, la sala penal resaltó que el “alto grado de peligrosísimo” del trabajo era realizado por niños y



en la vía de tránsito vehicular (Cuarta Sala Penal con Reos en Cárcel de Lima, 2021, p. 4). Por su parte, el Vigésimo Cuarto Juzgado Penal Liquidador de Lima destacó, además, el hecho de que las actividades de mendicidad fueron realizadas por varias horas y que los niños eran privados de recibir una buena alimentación (2021, p. 22).

2. La flexibilización del concepto tradicional de trabajo forzoso



Como se ha expuesto, el concepto tradicional de trabajo forzoso – consignado en el Convenio 29 de la OIT– exige tres elementos: el servicio o trabajo realizado por la víctima, la amenaza de pena y la ausencia de voluntariedad. Sobre el primer punto, es destacable que la sala penal y el Vigésimo Cuarto Juzgado Penal Liquidador hayan presentado una interpretación amplia del elemento *amenaza de una pena cualquiera* requerido por el concepto tradicional de trabajo forzoso. Esto se condice con la interpretación evolutiva del trabajo forzoso que la jurisprudencia reciente de los tribunales internacionales de derechos humanos ha desarrollado. Así, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el TEDH) ha señalado –en el caso *Chowdry contra Grecia*, de 2017– que el concepto de *amenaza de una pena* incluye no solo la violencia física sino también formas más sutiles de coerción, como aquella de carácter psicológico¹.

1 GARCÍA, Tania. “El concepto de Trabajo Forzoso en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. Revista Internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del empleo, Volumen 6, núm. 4, (octubre-diciembre de 2018), p. 176.



Si se toma en cuenta nuestra legislación, es posible afirmar que, en todo caso, el medio empleado por el perpetrador en estos supuestos es el aprovechamiento de la vulnerabilidad que se genera con la edad de la víctima; supuesto que es perfectamente subsumible en la conducta de “someter a través de cualquier medio a realizar un trabajo o prestar un servicio” que el precepto penal peruano de trabajo forzoso incluye.

El criterio antes esbozado también ha sido adoptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH) en los casos *de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, de 2006, y de *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, de 2016: esta Corte señaló que la amenaza de pena puede asumir formas y graduaciones heterogéneas^{2,3}.

De otro lado, el TEDH indicó –en el caso *Siliadim contra Francia*, de 2005– que el concepto de *amenaza* no debe estar supeditado a la existencia de una sanción efectiva sino que debe ser evaluado desde un enfoque subjetivo centrado en la percepción de la víctima⁴ (2018, p.177). Como menciona la profesora Tania García Sedano, la valoración subjetiva de amenaza será especialmente relevante cuando se esté frente a una persona vulnerable, como sucede en el caso de una víctima menor de edad.

De modo que podemos concluir que el elemento *amenaza de una pena* ha sido matizado en dos niveles: i) mediante la inclusión de formas sutiles como la coerción psicológica; y, ii) mediante la no exigencia de una sanción efectiva y la identificación desde un enfoque centrado en la percepción de la víctima.

En un sentido similar, el elemento *ausencia de voluntariedad* también ha sido matizado por los tribunales internacionales de derechos humanos. Así, el TEDH señaló – en el caso *Chowdry contra Grecia*, antes citado– que este elemento se produce cuando el perpetrador “abusa de su poder o toma ventaja de la vulnerabilidad de sus trabajadores”⁵. En una línea similar, la Corte IDH ha señalado que la falta de voluntad se produce cuando se emplea privación de libertad, engaño, coacción psicológica u otro medio^{6,7}. Vemos, entonces, que la ausencia de voluntariedad no solo se produce cuando la víctima se niega a realizar el trabajo o labor sino también cuando el supuesto consentimiento es brindado luego de que el explotador ha empleado un medio para doblegar su voluntad.

Se ha señalado líneas arriba que el concepto tradicional de trabajo forzoso ha sido flexibilizado por la jurisprudencia evolutiva de los tribunales internacionales de derechos humanos. En este orden de ideas, conviene preguntarnos cuál es el núcleo de este crimen. La concepción actual del elemento *amenaza de pena* indica que esta debe ser idónea para colocar a la víctima en un estado que la lleve a



2 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia de 1 de julio de 2006. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, fundamento 293.

3 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia del 20 de octubre de 2016. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, fundamento 161.

4 GARCÍA, Tania. Ob. cit. p. 177.

5 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANO. Sentencia del 30 de marzo de 2017. Asunto Chowdry y otros v. Grecia, fundamento 94.

6 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia de 1 de julio de 2006. Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, fundamento 293.

7 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia del 20 de octubre de 2016. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, fundamento 164.

aceptar un trabajo⁸. Así, la amenaza de pena y la falta de voluntariedad se fusionan y evidencian que el núcleo del trabajo forzoso yace en el hecho de que el explotador se aprovecha del control que ejerce sobre la víctima para hacerla realizar un trabajo o servicio en su beneficio⁹.

En coherencia con lo antes dicho, el tipo penal peruano de trabajo forzoso no exige el elemento de amenaza de pena y, por el contrario, indica que el delito se puede cometer “a través de cualquier medio o contra su voluntad”. Más aún, el delito de trabajo forzoso es un tipo de actos alternativos que no necesariamente se comete a través del “obligar”, sino que también puede ser producto del acto de *someter*. Como señala Sánchez Málaga, *someter* alude a la conducta de subordinar la decisión de la víctima, a través de cualquier medio, incluido el abuso de una vulnerabilidad¹⁰. Esto se corresponde con el hecho de que, en la práctica actual, el trabajo forzoso no se expresa en contextos de privación de libertad o de amenaza grave sino en situaciones en las que los perpetradores se aprovechan de la situación de vulnerabilidad de una persona¹¹.



8 VALVERDE, Ana. “It’s all about control: el concepto de trabajos forzosos”. Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª Época, (julio de 2019), p.287.

9 VALVERDE, Ana. Ob. cit., p.188.

10 SÁNCHEZ MÁLAGA, Armando. “Análisis de los delitos de trabajo forzoso y de Esclavitud y otras formas de explotación”, 2017 pp.6-8. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-americas/---ro-lima/---sro-lima/documents/genericdocument/wcms_542576.pdf

11 RODRÍGUEZ, Julio Alberto y MONTROYA, Yvan. Lecciones sobre el delito de trata de personas y otras formas de explotación. Lima: CICAJ/OIT/PJ, 2020, p.128. Disponible en: <https://departamento.pucp.edu.pe/derecho/cicaj/publicaciones/lecciones-sobre-el-delito-de-trata-de-personas-y-otras-formas-de-explotacion-dirigido-a-juezas-y-jueces-penales/>



Así, el TEDH señaló – en el caso *Chowdry contra Grecia*, antes citado– que este elemento se produce cuando el perpetrador “abusa de su poder o toma ventaja de la vulnerabilidad de sus trabajadores”. En una línea similar, la Corte IDH ha señalado que la falta de voluntad se produce cuando se emplea privación de libertad, engaño, coacción psicológica u otro medio.

3. El trabajo forzoso infantil y la no exigencia de consentimiento



En los párrafos anteriores se ha visto cómo el concepto de trabajo forzoso se ha flexibilizado, al punto de que el precepto penal peruano no exige la presencia de una *amenaza de pena* ni, necesariamente, que se obligue a la víctima a través de los medios coercitivos tradicionales. Sin embargo, este precepto no se pronuncia sobre la situación de las víctimas niñas y niños ni sobre los efectos de un eventual consentimiento presunto.

En este escenario, es importante plantearnos la siguiente pregunta: ¿qué sucede con las niñas y niños víctimas de trabajo forzoso?, ¿pueden ellos y ellas consentir esta situación? Como bien lo reconoció el Vigésimo Cuarto Juzgado Penal de Lima, el aparente consentimiento de una víctima de trabajo forzoso menor de 18 años es inválido¹². Esta regla dogmática está de acuerdo con la vocación de la Convención de Palermo, en cuyo artículo 3 se establece que el consentimiento dado por una víctima niño o niña de trata de personas para su explotación no será tomado en cuenta. Más aún, es coherente con la doctrina de los tribunales internacionales de derechos humanos, que acepta la inclusión de medios sutiles y que los analiza a la luz de la subjetividad de las víctimas. De este modo, tiene sentido que el consentimiento de un niño o niña no tenga efectos jurídicos cuando la víctima se encuentra

12 Ídem, p.133.

bajo el pleno dominio de los perpetradores, como sucede en el caso que nos ocupa. Y es que un niño o niña que se encuentra en una relación de dependencia y control frente a un adulto, no tiene otra alternativa real y aceptable más allá de someterse a la voluntad de quien los domina.

Si se toma en cuenta nuestra legislación, es posible afirmar que, en todo caso, el medio empleado por el perpetrador en estos supuestos es el aprovechamiento de la vulnerabilidad que se genera con la edad de la víctima; supuesto que es perfectamente subsumible en la conducta de “someter a través de cualquier medio a realizar un trabajo o prestar un servicio” que el precepto penal peruano de trabajo forzoso incluye.

Lo hasta aquí dicho no quiere decir que todo trabajo o servicio realizado por un niño o niña en favor de un adulto supone un caso de trabajo forzoso. Si se emplearon medios coactivos como la violencia, el engaño o la amenaza, el trabajo forzoso será evidente, sin importar la naturaleza de la actividad. Sin embargo, los casos en los que las víctimas niñas y niños hayan brindado su aparente consentimiento requieren tomar en cuenta la naturaleza y condiciones de la labor realizada¹³. Esta afirmación es coherente con lo dicho por el TEDH (en *Chowdry contra Grecia*): la naturaleza y el volumen de la actividad desarrollada son criterios especialmente importantes para visualizar la situación de trabajo forzoso de personas en situación de vulnerabilidad¹⁴.

Más aún, la naturaleza de la actividad realizada tiene que ser analizada a la luz de la edad de las víctimas. En este orden de ideas, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema identificó, en el recurso de nulidad 1610-2018, una situación de explotación laboral sobre la base de que las actividades y horarios de trabajo realizados por la víctima no eran acordes con su edad¹⁵. Un criterio similar fue el acogido por la Sala Penal Permanente, en la casación 1351-2019-Puno¹⁶. Además, esto concuerda con el Convenio 182 de la OIT que exige al Estado peruano tomar las medidas necesarias para prohibir y eliminar las peores formas de trabajo infantil, incluido el trabajo que –por su naturaleza y condiciones– hace probable el daño a la salud, seguridad o moralidad de los niños y niñas.

En el caso que se está analizando, la mendicidad callejera es una actividad de peligro para la dignidad de las



niñas y niños, porque los expone a sufrir lesiones físicas devenida de accidentes de tránsito, así como a ser más fácilmente violentadas y violentados por extraños. A esto se suma el hecho de que esta labor de mendicidad estaba acompañada de mala alimentación y presunta restricción al derecho a la educación.

En virtud de los argumentos antes señalados, se puede afirmar que, en este caso, la sala penal y el Vigésimo Cuarto Juzgado Penal de Lima acertaron en identificar que se trataba de una situación de servicio forzoso, ya que por tratarse de niños y niñas que realizaban actividades peligrosas bajo el control de los perpetradores, el consentimiento de las víctimas no debería ser tomado en cuenta.

13 RODRÍGUEZ V, Julio Alberto y MONTOYA, Yvan. “Los delitos de explotación laboral: Bases para una interpretación sistemática de sus diversas tipificaciones en el código penal peruano”, s/p. En: V Congreso Internacional sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud. Lima: CICAJ/OIT, 2022 (en edición).

14 GARCÍA, Tania. El trabajo forzoso, la esclavitud y sus prácticas análogas como finalidades del delito de trata de seres humanos. Madrid: Reus Editorial, 2020, p.50.

15 SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA. Sentencia del 17 de mayo de 2019. Recurso de Nulidad N°1610-2018-Lima, fundamento vigésimo séptimo.

16 SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA. Sentencia de casación del 20 de julio de 2021. Casación N°1351-2019-Puno, fundamento vigésimo tercero.



Análisis de la sentencia emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, recaída en la Casación N° 1351-2019-Cusco



Por:
Pamela Morales Nakandakari

Becaria Fullbright y Candidata a LL.M por la Universidad de Chicago (EEUU).



David Torres Pachas

Investigador senior del IDEH-PUCP



Daniel Quispe Meza

Profesor contratado de Derecho penal de la PUCP



El 30 de agosto de 2015, la menor de iniciales Y.V.Q. fue a la calle Moquegua, en la ciudad de Juliaca, para buscar un trabajo como mesera. Al no encontrarlo, empezó a llorar. Candelaria Elizabeth Umiña Coila (en adelante, “la acusada”) se le acercó y le ofreció un puesto como dama de compañía en el bar Pecados, del que era dueña.

La menor aceptó la propuesta y se trasladó con la acusada a Puno, porque no tenía dónde más alojarse. La procesada acogió a la menor en el mismo lugar donde estaban otras chicas. Le dio comida y alojamiento, le compró ropa y maquillaje, le explicó cómo debía atender a los clientes del bar y le asignó el nombre de “Dayana”. Además, le dijo que recibiría S/. 1 200 (mis doscientos soles) mensuales por realizar dicha actividad.

La acusada trasladaba a la menor al bar todas las noches, donde permanecía desde las 8:00 pm hasta las 5:30 am del día siguiente. Además, llevaba un registro de las damas de compañía, quienes debían pedirle permiso –indicando la hora de salida, de regreso y el lugar de destino– para ausentarse del bar o del lugar donde se alojaban.

La menor trabajó en el bar desde el día en que llegó (30 de agosto de 2015), hasta doce días después, fecha en la que se fue a Arequipa para postular a la Escuela de la Policía Nacional del Perú (PNP). El 20 de septiembre de 2015 regresó a Puno para inscribirse en el examen de admisión de dicha Escuela, pero no consiguió el dinero suficiente. El 30 de octubre regresó al bar y siguió trabajando allí hasta el 14 de noviembre, fecha en que el Ministerio Público intervino el local. En el operativo se encontró a la menor agraviada, a otras damas de compañía, al cajero, Rusbell Lucio Villalta Subia, y al mozo, Evelio George Nina Mamani.

La Primera Fiscalía Superior Penal de Puno formuló acusación contra Candelaria Elizabeth Umiña Coila, Rusbell Lucio Villalta Subia y Evelio George Nina Mamani, por el delito de trata de personas agravada, solicitó se les imponga doce (12) años de pena privativa de libertad y fijó el monto de reparación civil en S/. 10 000 (diez mil soles).

El Juzgado Penal Colegiado de Puno absolvió a Rusbell Villalta y Evelio Nina, pero condenó a Candelaria Umiña a doce (12) años

de prisión, cuatro (4) de inhabilitación y al pago de S/. 5 000 (cinco mil soles) como reparación civil. La acusada apeló. La Sala declaró nulo el extremo de la sentencia condenatoria y ordenó nuevo juicio oral. Una vez realizado este, el Juzgado condenó a la acusada y le impuso la misma pena que en la sentencia anterior. La acusada apeló nuevamente. La Sala Penal de Apelaciones revocó la sentencia condenatoria y absolvió a la acusada.

El fiscal interpuso recurso de casación, el cual fue concedido por la causal de inobservancia de la debida motivación de las resoluciones judiciales. Mediante Sentencia de Casación N° 1351-2019-Cusco, la Corte Suprema declaró fundado el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia que había condenado a la acusada como autora del delito de trata de personas con fines de explotación sexual y laboral agravada, en agravio de la menor Y. V. Q., y le impuso doce años (12) años de pena privativa de libertad efectiva, inhabilitación por cuatro (4) años, y el pago de S/. 5 000 (cinco mil soles) por concepto de reparación civil.

A continuación nos pronunciaremos sobre cuatro asuntos que aborda la ejecutoria suprema bajo comentario y que consideramos importantes: (i) la casación define una situación de vulnerabilidad; (ii) establece que entre la trata de personas y la explotación existe una relación de progresividad; (iii) realiza un análisis acertado respecto del error de tipo; y, (iv) señala que el consentimiento de la víctima menor de edad a los requerimientos del tratante no es relevante.

1. La casación define una situación de vulnerabilidad



De la casación se advierte que la Sala Superior hizo un análisis pormenorizado de la situación de vulnerabilidad de la víctima, lo mismo que había sido desarrollado en la casación. Si bien resulta positivo que se identifique y explique

por qué la víctima se encontraba en una situación de vulnerabilidad, no debe perderse de vista el hecho de que el tipo penal establece una presunción *iure et de iure* cuando la víctima es menor de edad. En estos casos no es necesario acreditar ninguno de los medios establecidos para la comisión del delito de trata de personas (artículo 129-A, numeral 3 del CP).

Para determinar la *situación de vulnerabilidad*, la casación recurre a la definición de la Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito –Manual sobre la investigación del delito de trata de personas– en el que se establecen dos presupuestos básicos: (i) que la víctima no tenga capacidad para comprender el significado del hecho (persona menor de edad, incapaz); y, (ii) que la víctima no tenga capacidad para resistirlo (discapacidad, estado de necesidad económica, bajo nivel cultural, sumisión a engaño, coerción o violencia).

Esta definición parecería restringir la situación de vulnerabilidad de la víctima respecto de personas menores de edad o incapaces; sin embargo, tal como señala el Acuerdo Plenario 6-2019 (fundamento 17), la funcionalidad de este medio radica en que evita la impunidad en casos en que aparentemente existe consentimiento de la víctima mayor de edad¹. De ahí que sea recomendable recurrir a la definición adoptada por el Acuerdo Plenario: la *vulnerabilidad* consiste en el aprovechamiento por parte del sujeto activo de cualquier condición en la que se encuentre la víctima y que la lleve a pensar que no tiene otra opción que el sometimiento al tratante.

Dicha definición se condice, además, con la adoptada por la Decisión Marco 2002/629-JAI, en que se la identifica como aquella situación en la cual la persona no tiene una alternativa real y aceptable excepto someterse al abuso. También está de acuerdo con lo señalado por el artículo 5 de la Ley Modelo sobre Trata de Personas de la UNODC, según el cual *vulnerabilidad* implica que la víctima se encuentre en una posición o situación de desventaja en la que cree que no tiene otra alternativa real y aceptable que someterse al abuso².

En ese sentido, en el negado supuesto de que la agraviada hubiese sido mayor de edad, la situación de vulnerabilidad igual se hubiese cumplido. Conforme se señaló en los hechos del caso: la acusada ofreció a la menor ser dama de compañía cuando esta última estaba llorando por no tener un trabajo; la menor se fue con la acusada el mismo día que la conoció, porque no tenía dónde pasar la noche; la menor necesitaba recursos para poder postular a la academia de la PNP y no tenía otro modo de obtenerlos. Este conjunto de circunstancias demuestra que la menor no tenía otra opción que someterse a la explotación de la acusada.

2. La Corte Suprema realiza un acertado análisis del error de tipo



La procesada alegó, en su defensa, que no tenía conocimiento de la edad de la víctima. Sin embargo, la sentencia en cuestión concluyó acertadamente que no era aplicable el error de tipo –regulado en el artículo 14 del Código Penal–; según este, el error invencible excluye la responsabilidad, mientras que el vencible provoca que la infracción se castigue como culposa. El error puede recaer

¹ Esto sin perjuicio de que resaltar la vulnerabilidad de una víctima niño o niño pueda ser una estrategia legítima para evidenciar, con mayor claridad, la situación de explotación o de trata de personas.

² VILLACAMPA, Carolina. El delito de trata de seres humanos. Navarra Aranzadi, 2011. p. 427. En ese mismo sentido, RODRÍGUEZ V., Julio e Yvan MONTROYA. 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. 57.

sobre los elementos del tipo penal o sobre sus agravantes (elemento accidental).

El error de tipo niega la imputación dolosa de una conducta³. Un delito es doloso cuando el sujeto activo sabe que su comportamiento afecta o pone en peligro el bien jurídico protegido⁴. Si aplicamos este concepto al delito de trata de personas, habrá dolo cuando el tratante conoce “que está llevando a cabo alguno de los comportamientos típicos del delito”⁵; es decir, sabe que realiza alguna de las conductas, medios y fines establecidos en el tipo penal⁶.

Ahora bien, no cualquier error se considera un error de tipo. Hay conocimientos que son exigibles al autor de un delito. Como señala Meini, “el derecho penal solo podrá catalogar de error o ignorancia la ausencia de un conocimiento que exige tener para actuar lícitamente”⁷. En esa misma línea, Ragués I Vallés señala que *imputar* es exigir determinados conocimientos mínimos a las personas, dependiendo del sentido social en el que se encuentran; es decir, deben tomarse en cuenta las características personales que reúne el sujeto al que se le atribuye un determinado conocimiento. En ese contexto, la profesión del sujeto⁸ es un aspecto que debe ser considerado.

El ámbito social en el que se encuentra la acusada, correspondiente a clubes nocturnos, implica tener un conocimiento reforzado de la necesidad de contratar con personas mayores de edad. Esto genera la obligación de no ofrecer trabajo sin antes constatar la edad que tiene la persona que se pretende reclutar. No bastaba que la menor alegara ser mayor de edad. En su condición de empleadora, la acusada tenía deber de garante respecto de la menor. Se le exigía, por tanto, adoptar acciones destinadas a verificar su edad como, por ejemplo, pedirle su DNI. Cabe señalar que el deber de garante se intensifica si existe sospecha de que la persona que se está contratando es menor de edad.

Además, en la casación se menciona que la procesada hizo la advertencia a la víctima de que no quería tener problemas con menores de edad, lo cual refuerza el conocimiento que ella tenía respecto de la necesidad

de que –en el ámbito social en el que se desempeñaba– se requería, necesariamente, constatar la mayoría de edad de las personas antes de determinar si podían ser contratadas. En este caso no hubo error de tipo alguno.

3. El consentimiento de la víctima menor de edad a los requerimientos del tratante no es relevante. La edad es un agravante, no un elemento del tipo base.



Otro aspecto que ha de tomarse en cuenta es el de las consecuencias de un error sobre las agravantes de un delito. Como indica la doctrina, “el error que recae sobre ellos impide la imputación dolosa de la circunstancia agravante, pero deja intacta su imputación imprudente si existiese tal modalidad en la ley o, en su defecto, conduce a la imputación dolosa del tipo básico”⁹. Lo anterior nos lleva a afirmar que, aun cuando se hubiese confirmado la existencia de un error por no haber conocido que la víctima era menor de edad, tal situación no debió llevar inmediatamente a la atipicidad de la conducta y la consecuente absolución.

Esto porque –en tanto que aún permanece en el sujeto activo el conocimiento de los elementos del tipo básico (ya que las agravantes son “elementos que se añaden al tipo básico”)– la sanción correspondería a la modalidad básica. Aquí bastaría pensar en el caso en el que una persona dispara y mata a otra, sin saber que se trataba de su padre: así, no podría aplicarse el tipo penal de parricidio pero ella sí podría ser sancionada por el delito de homicidio.

Podemos llegar a la misma conclusión desde otra perspectiva. Si en un caso de trata de personas el sujeto activo ignora que la víctima es menor de edad, eso quiere decir que consideraba que estaba ejecutando su comportamiento respecto de una persona mayor de dieciocho años y que, eventualmente, contaba con su consentimiento. En el caso materia de análisis tampoco hubiese sido relevante el consentimiento porque existieron medios comisivos: la víctima fue captada, engañosamente, para trabajar como mesera y no como dama de compañía. Así, la consecuencia sería la aplicación del tipo básico de trata de personas.

Según el fundamento jurídico 20 del Acuerdo Plenario N° 6-2019, el delito de trata de personas es un delito de tendencia interna trascendente, cuya consumación requiere de la exigencia del conocimiento del elemento subjetivo distinto al dolo. Estos fines son diversos y se encuentran regulados en el inciso 2, del artículo 129-A,

3 RODRÍGUEZ V., Julio e Yvan MONTROYA. 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.

4 RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. El dolo y su prueba en el proceso penal. Barcelona: Bosch, 1999. pp. 165-168.

5 RODRÍGUEZ V., Julio e Yvan MONTROYA. 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. 60.

6 Solo en casos de mayores de edad. Si se tratara de menores, es suficiente corroborar la existencia de conductas y fines.

7 MEINI, Iván. Lecciones de Derecho Penal – Parte General. Teoría jurídica del delito. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014. p. 297.

8 RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. El dolo y su prueba en el proceso penal. Barcelona: Bosch, 1999. p. 426.

9 MEINI, Iván. Lecciones de Derecho Penal – Parte General. Teoría jurídica del delito. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014. p. 312.

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

En esa línea, resulta positivo que en la casación se señale que entre la trata de personas y la explotación sexual existe una relación de progresividad en la que el delito se perfecciona sin la necesidad de que se consume la finalidad de explotación. Esta apreciación es adecuada puesto que la realización de los fines de explotación sexual de la trata lleva a imputar al sujeto activo la comisión de otros delitos como, por ejemplo, el de explotación sexual (129-C) o el de explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (129-H), entre otras conductas.

En el caso que nos ocupa se advierte que la imputada explicó a la víctima que su trabajo como dama de compañía consistía en acompañar caballeros, distraerlos y hacerlos sonreír. Asimismo, la víctima trabajó desde las 8:00 de la noche hasta las 5:30 de la mañana. Según la casación, esto configuró la realización del fin de explotación laboral, ya que la víctima realizó labores de dama de compañía no compatibles con su edad (fundamento jurídico vigésimo cuarto).

Al respecto, si bien los delitos de trabajo forzoso (art. 129-O) y esclavitud y otras formas de explotación (art. 129-Ñ) se incorporaron posteriormente a la comisión del hecho ilícito, es preciso señalar que –conforme con los hechos del caso– este tipo de situaciones puede llevar a imputar, de corresponder, únicamente la comisión del delito final vinculado con la explotación laboral, si consideramos que en ambos tipos penales existe una circunstancia agravada

cuando la conducta deriva de una situación de trata de personas.

Además de la situación de explotación laboral, en el caso también se aprecia una situación de explotación sexual consumada, aunque esto no se advierte en la casación. En este punto debe señalarse que en el delito de explotación sexual de niñas, niños y adolescentes, regulado en el artículo 129-H del Código Penal (incorporado al ordenamiento jurídico con la Ley 30963, del 18 de junio de 2019), se sanciona a quien hace ejercer a niño, niña o adolescente actos de connotación sexual.

En ese sentido, conforme con la Casación N° 790-2008/San Martín, los actos de connotación sexual son conductas de carácter sexual que recaen en zonas erógenas del cuerpo humano, tales como los genitales, glúteos, senos, boca, muslos, entre otros, así como también se incluye las zonas próximas a dichas partes del cuerpo de la víctima. Siendo esto así, realizar labores de dama de compañía, lo que implica ingerir licor con los clientes y “distraerlos un poco y hacerlos sonreír”, contribuye a que las víctimas sean pasibles de tocamientos indebidos, en zonas erógenas; esto se constituye en acto de connotación sexual, lo cual implica la realización de la conducta típica requerida por el artículo 129-H del Código Penal.

Finalmente, es importante mencionar que no debe entenderse la explotación sexual únicamente como aquella situación en la que la víctima mantiene relaciones sexuales con los clientes que acuden al bar; es decir, cuando se realicen los llamados “pases”, puesto que –como ya se ha visto–, los actos de connotación sexual son diversos y pueden materializarse inclusive cuando a la víctima le pagan por “fichar”, acto que consiste en beber y bailar junto a los clientes del bar, quienes realizan tocamientos indebidos a aquella.



La explotación laboral en Derecho Penal

Entrevista a Patricia Gallo

Profesora de Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires (Argentina) y Secretaria Letrada en la Cámara Federal de Apelaciones Criminal y Correccional de la Capital Federal de Argentina, Sala II.



Por Daniel Quispe Meza

- ▶ **Muchas veces se considera el delito de trata de personas como un delito proceso y, sobre todo, complejo, compuesto por diferentes etapas que pueden ser llevadas a cabo por una o varias personas; ¿podría explicarnos cómo se encuentra estructurado este delito?**

Esta figura delictiva involucra un proceso complejo, compuesto por diferentes etapas que pueden ser llevadas a cabo por una única persona o por distintos actores. En ese sentido, la propia explotación a la que son sometidas las víctimas representa el tramo final de las distintas fases que componen el tráfico de seres humanos, una de cuyas modalidades es la explotación laboral (trabajo forzoso, esclavitud o reducción a servidumbre).

Además, se trata de un tipo penal complejo alternativo, ya que resulta suficiente la realización de una de las acciones para que quede configurado; así, la realización de más de una conducta no multiplica su delictuosidad. Asimismo, es un delito de consumación anticipada en el que se adelanta la realización del resultado antes de producirse la explotación. Como se señaló, la trata es un delito instrumental a la explotación posterior, puesto que prepara el terreno para aquella.

- ▶ **Como ha mencionado, en el delito de trata de personas los fines pueden ser diversos, entre los que se encuentra el de explotación laboral, el trabajo forzoso, la servidumbre y la esclavitud. ¿Podría explicarnos cuál es la diferencia entre estos fines?**

La etapa final a la que se dirige el proceso de trata de personas es la explotación; si esta se consuma, lleva a que se sancione a través de un tipo penal autónomo. En el caso de la sanción de la esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso, el nudo de la protección penal es la libertad de autodeterminarse según una libre elección de vida, es decir, la propia autonomía. Esto exige no solamente una dominación física sobre el cuerpo del

sujeto pasivo sino también un verdadero dominio psíquico¹.

Estas modalidades de explotación comparten una nota común: describen situaciones de sometimiento de la persona trasladada, captada o acogida a un trabajo o servicio en contra de su voluntad o sin su consentimiento válido. El objetivo consiste en explotar el trabajo de la víctima bajo la condición de esclavo o siervo o bajo la imposición forzada de trabajos, lo que origina una situación de total disponibilidad sobre ella.

Ahora bien, el artículo 1 de la Convención de Ginebra sobre Esclavitud, de 1926, define *esclavitud* como “la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla o darla en trueque”. Sin embargo, una concepción contemporánea no puede basarse en el ejercicio de

¹ BUOMPADRE, J., *Delitos contra la libertad*, Buenos Aires, 1999, pp. 24/25; VILLADA, J., *Delito de trata de personas y otros delitos conexos*, Córdoba, 2014, p. 72.



derechos de propiedad sobre la persona sino en una relación posesoria de carácter fáctico de la víctima, en la que el autor se apropia ilícitamente del valor de su trabajo y le arrebató la condición de persona, mediante el sometimiento a una situación de disponibilidad absoluta; es decir, se comporta como si fuera su dueño.

Considerando lo anterior, debe entenderse la esclavitud como el sometimiento por “comercio ilegal” de personas, mientras que la servidumbre como un estado de sometimiento que presenta analogía con la esclavitud. No obstante, es necesario precisar que la servidumbre puede iniciarse como un sometimiento pero también puede darse a través de un pacto en forma legal de un servicio o labor, en el que la libertad del sujeto pasivo va recortándose progresivamente hasta llegar a extremos intolerables para su dignidad y libertad².

Asimismo, en la servidumbre no es necesario exigir un extremo de dominio o señorío psíquico: basta una modalidad abusiva de la relación de servicios entre el sujeto activo y el sujeto pasivo. En ese sentido, la servidumbre (condición de siervo) es, más bien, la sujeción de una persona a la voluntad y designios de otra, desde cualquier punto de vista que implique la pérdida de la autodeterminación y en ofensa directa a su dignidad o condición de ser humano, pero sin llegar al concepto o idea de *mercancía*, como sí ocurre en la esclavitud³.

Por otro lado, el trabajo o servicio forzado se encuentra representado por la amenaza de un castigo que puede ser –o no– corporal, y por el carácter involuntario de la prestación. En este punto es preciso mencionar que mientras el trabajo supone una actividad física personal asociada con el capital –como medio de producción que produce rédito económico o traducible en beneficio patrimonial de alguna naturaleza–, el servicio es la prestación de una actividad de toda índole análoga al trabajo –como, por ejemplo, el cuidado y la cura de enfermos, el servicio de atención personal, entre otros⁴–, pero no consiste necesariamente en una actividad que reporta beneficios de especie patrimonial.

Como puede apreciarse, resulta muy difícil deslindar el trabajo forzoso de los otros dos supuestos y, sobre todo, de la servidumbre. Sería casi imposible imaginarse un caso en que se obligue a una persona a realizar trabajos o servicios forzados sin que eso implique una relación servil; sin embargo, es posible hacer una diferenciación desde una perspectiva temporal.

Así, mientras que la servidumbre será, en principio, duradera en el tiempo –o tendrá por lo menos visos de continuidad–, los trabajos forzados pueden ser esporádicos, ocasionales y realizados en una o más oportunidades establecidas. En ese sentido, el principal rasgo para diferenciar la servidumbre del

Lo que venimos expresando puede apreciarse en el siguiente cuadro:

Grado de afectación a la libertad personal y a la personalidad jurídica de la víctima: por el nivel de degradación o cosificación de la persona.	Trabajo o servicio forzado (+)	Servidumbre (++)	Esclavitud (+++)
	Es la imposición de una tarea concreta o particular.	Es la imposición de tareas, pero de modo permanente.	Es un estado de sometimiento más completo que involucra no solo el servicio personal sino a la persona misma, como objeto.
	No refiere un estado personal sino a una tarea concreta.	Implica un estado personal.	Implica un estado personal.
	La esclavitud no estará presente en casos de trabajo forzoso en los que no exista un control sobre la persona, equivalente a la posesión.		La posesión –como atributo de la propiedad– es fundamental, porque crea las condiciones fácticas para el ejercicio de alguno o de todos los correspondientes del derecho de propiedad.

2 VILLADA, Delito de trata de personas..., pp. 74/78.

3 Ibidem.

4 TAZZA, A., La trata de personas, Buenos Aires, 2014, pp. 119/ 20; VILLADA, Delito de trata..., p. 80.

trabajo forzado radica en el sentimiento o percepción que tiene la víctima en relación con que su condición es permanente y resulta poco probable que la situación en la que se encuentra pueda cambiar⁵.

Como se aprecia, la esclavitud incluye la servidumbre y el trabajo forzoso, mientras que la servidumbre engloba al trabajo forzoso. En otras palabras, podría considerarse que –en principio–, todos los casos de esclavitud son casos de servidumbre y de trabajo forzoso y todos los casos de servidumbre son también de trabajo forzoso, pero no al revés.

- ▶ **En el Perú, el delito de trabajo forzoso se encuentra regulado por el artículo 129-O del Código Penal, y el de esclavitud y otras formas de explotación, por el 129-Ñ del mismo código.**

En el caso del artículo 129-Ñ, se observa que el legislador equipara el injusto de la servidumbre con el de la esclavitud, lo cual se puede apreciar en la imposición del mismo marco de pena privativa de libertad abstracta. En ese sentido, ¿qué retos tienen los operadores de justicia peruanos para poder perseguir y sancionar adecuadamente este tipo de conductas?

Esa equiparación entre servidumbre y esclavitud está también presente en el artículo 140 del Código Penal argentino. Es todo un desafío distinguir, en la práctica, las diferentes modalidades. Es verdad que puede haber mucha diferencia en el contenido de injusto entre la esclavitud y la servidumbre, pero para distinguirlo se cuenta con la escala penal –que prevé el tipo penal–, y que debe tenerse en cuenta en el

momento de determinar la pena; así, la comisión del delito de esclavitud debe ser sancionada con una pena más elevada.

Por otro lado, considero un acierto del legislador peruano el haber separado el delito de trabajo forzoso del de servidumbre y esclavitud (perspectiva temporal). En el caso del primero, el tipo penal admite una retribución, elemento que no se encuentra necesariamente presente en la esclavitud, en la que prácticamente no se respeta ninguna condición legal mínima del trabajo en relación de dependencia.

Conforme con lo señalado, el reto tiene que ver con la necesidad de una preparación especial en las y los operadores judiciales. Es necesario entender cómo funcionan las redes, la dinámica de todo el proceso y de la fase final de explotación. Debe entenderse la secuencia como un todo para tener una visión panorámica del proceso delictivo total.

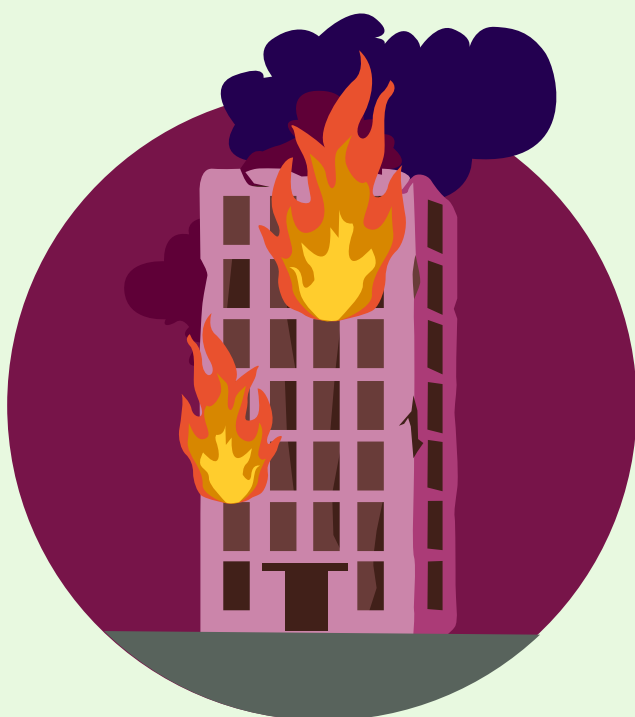
Cabe traer a colación que una parte de la doctrina critica la diversidad de estos conceptos y sostiene la necesidad de avanzar hacia la concreción de una sola noción –abierta y extensa– en la que puedan incluirse las distintas modalidades contemporáneas de explotación de seres humanos. Desde esta óptica, se ha propuesto una visión global en virtud de la cual la esclavitud abarque la servidumbre y el trabajo forzoso. Así se ha señalado que –por exigencias del principio de legalidad penal– sería recomendable evitar la diversificación de conceptos como si no fueran en realidad formas igualmente severas de esclavitud, y se ha apostado por una definición que contenga un concepto único que aglutine las notas comunes y esenciales que las caracterizan.

- ▶ **En el caso de menores de edad, según el Código de los niños y adolescentes, desde los 14 años las y los adolescentes pueden trabajar y consentir trabajar, bajo algunas condiciones. Si esto es así, ¿hasta dónde pueden consentir estos menores las condiciones en las que pueden trabajar?**

En primer lugar, el trabajo infantil causa estragos en la salud del niño, no solo en el aspecto físico sino también en el psicológico, afectivo y emocional. Su contextura física no está preparada para una tarea propia de un adulto. Lamentablemente, en América Latina existe un alto porcentaje de trabajo infantil, que se intensificó con la pandemia.

Frente a esta realidad, existen diferentes respuestas legislativas penales (más o menos flexibles); como está en juego la protección de un grupo especialmente vulnerable y de alta sensibilidad al riesgo –como el que integran los niños y adolescentes–, es necesario que los instrumentos legales de protección se diseñen con mucha precisión para abarcar todas las situaciones que pueden ser dañinas, incluso aquellas “fronteras”

5 TAZZA, La trata de personas, pp. 117-118.





que –siendo con frecuencia socialmente aceptadas–, no deben ser consideradas inocuas.

Desde esta perspectiva, corresponde distinguir dos situaciones: el trabajo infantil *stricto sensu* y el trabajo infantil desarrollado de modo nocivo. Estos dos niveles son los siguientes:

1. El trabajo infantil, en tanto actividad económica remunerada o no, realizada por niños que no tienen la edad mínima de admisión al empleo o trabajo.
2. La explotación laboral infantil, esto es, el trabajo infantil en condiciones violentas, insalubres o peligrosas, durante jornadas extenuantes y sin derecho al descanso.

En el caso argentino, se cuenta con el artículo 148 bis del Código Penal, en el que se regula el delito de *aprovechamiento de trabajo infantil* y establece que

- ▶▶ [...] será reprimido con prisión de 1 (uno) a (cuatro) años el que aprovechar económicamente el trabajo de un niño o niña en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil, siempre que el hecho no importare un delito más grave. Quedan exceptuadas las tareas que tuvieren fines pedagógicos o de capacitación exclusivamente. No será punible el padre, madre, tutor o guardador del niño o niña que incurriere en la conducta.

Este tipo penal se considera uno de los delitos contra la libertad individual, pero este no es el bien jurídico principalmente protegido, por cuanto no es el ámbito de autodeterminación personal el que está en riesgo frente a este accionar. Se trata de un delito pluriofensivo

que vulnera varios bienes jurídicos, prevalentes sobre la libertad individual del sujeto pasivo: la formación y desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social del niño, el derecho a su educación integral y el derecho a que se respete su dignidad personal⁶⁷.

Por otro lado, sujeto activo del delito es cualquier persona, con excepción de los padres, tutores o guardadores de la víctima (respecto de quienes opera una excusa absoluta), y sujeto pasivo solo puede ser un niño o niña menor de 16 años (teniendo en cuenta la legislación vigente). El tipo penal prevé, también, una causa de atipicidad, cuando las tareas tuvieren exclusivamente fines pedagógicos o de capacitación.

Ahora bien, debemos preguntarnos qué acepción cabe dar a la exigencia típica de aprovechar *económicamente* el trabajo del menor. En este esquema, *aprovecharse* –en términos del art. 148 bis del CP– no tiene las connotaciones de un abuso de la superioridad de la relación –que impone condiciones ilícitamente violentas, perjudiciales, insalubres o peligrosas de labor que impliquen una explotación laboral–; simplemente significa beneficiarse con los frutos del trabajo de un menor de 16 años. Esta exégesis es compatible con la fórmula típica que excluye la punibilidad de la conducta en el caso de los padres, tutores o guardadores; de lo contrario se estaría permitiendo la explotación laboral



6 Buompadre, J., “Explotación del trabajo infantil (ley 26.847)”, *Pensamiento Penal*, 6/5/2013, pp. 2 y s. Se infringen también, los arts.27.1, 28.1 y 23.1 de la Convención sobre Derechos del Niño.

7 Se infringen, también, los arts.27.1, 28.1 y 23.1 de la Convención sobre Derechos del Niño.

de menores por parte de quienes, precisamente, deben velar por sus intereses esenciales.

Me parece bien que el delito del art. 148 bis se configure con el *mero aprovecharse* del trabajo del menor, pero considero una falencia del tipo que no contemple como agravante el hecho de que el aprovechamiento económico se lleva a cabo mediante algún mecanismo de explotación, como los mencionados anteriormente.

Como dije antes, la problemática del trabajo infantil tiene dos niveles o categorías diferentes, pero el artículo 148 bis solo tipifica el más leve y deja fuera del tipo la consideración del (mayor) desvalor específico que corresponde al segundo nivel (“trabajo nocivo”) y que comporta conductas de mayor gravedad, como es la explotación infantil, que sin duda dejará nefastas secuelas en el adulto de mañana⁸.

De este modo, creo que el legislador penal argentino incumple con el mandato constitucional del art. 14 bis de la Constitución Nacional, por cuanto el trabajo infantil no es digno en sí mismo y por eso debe sancionarse penalmente a quien saque provecho de esa situación; además de que, estando prohibido, puede darse en condiciones indignas de labor.

- **En la situación de trabajo doméstico de menores, ¿qué criterios son útiles para dilucidar si estamos ante un trabajo colaborativo de apoyo a su familia o ante un trabajo con simples infracciones administrativas?, ¿cuándo esto puede ser considerado como un trabajo forzoso o una posible servidumbre? La realidad peruana es tan dura que en zonas rurales pobres de la sierra y selva los padres entregan a sus hijas e hijos para que trabajen en casas de familiares y de conocidos, a fin de que tengan algo mejor de lo que tienen (ofrecen educación, vivienda, alimentación, entre otras cosas). ¿Cómo puede enfrentarse esta problemática?**

Previamente debemos indicar que la Comisión Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil lo define como

- [...] toda actividad económica o estrategia de supervivencia, remunerada o no, realizada por niños que no tienen la edad mínima de admisión al empleo o trabajo o que no han finalizado la escolaridad obligatoria o que no cumplieron los 18 años si se trata de un trabajo peligroso.

Respecto de esto último, por ejemplo, se usan herbicidas tóxicos en la franja tabacalera de la provincia de Misiones.

En esta línea debe tomarse en cuenta que la escolaridad –considerada un espacio de socialización muy importante– es una actividad que queda interrumpida con el trabajo infantil. El complejo de Edipo, que se transita entre los cinco y siete años, es un proceso importante en el que toda la pulsión de origen sexual que tiene el niño es desviada por los maestros, con técnicas especiales, hacia el hecho de que encuentre placer en el aprendizaje (y así, disfruta del reconocimiento de sus padres y maestra por lograr una buena nota en la escuela). Por eso el aprendizaje empieza alrededor de los 6 años. De esta manera, el niño desarrolla la capacidad sublimatoria; es decir, “aprende por el reconocimiento de los otros”. Evidentemente, el niño que trabaja pierde esta oportunidad.

Asimismo, se afecta el necesario espacio lúdico. Es menester señalar que el juego es para el niño muy importante: a través de él aprende, se expresa y desarrolla la creatividad. Esto no es posible cuando el niño trabaja, pues entonces no tiene ocasión de ser creativo, menos aún cuando ejecuta una tarea repetitiva. Como puede apreciarse, el trabajo infantil disminuye la capacidad para el juego, que es precisamente la actividad que hará posible, más adelante, el aprendizaje y la sublimación.

El trabajo infantil es un indicador inverso de los niveles de desarrollo humano y, también, un indicador de inequidad futura, porque los niños que trabajan están condenados al atraso en el terreno educativo. Debe



⁸ Nota del editor: en el Código Penal peruano no se encuentra regulado un tipo penal como el descrito en el artículo 148 bis del Código Penal argentino, pero sí se establecen circunstancias agravantes – en los supuestos de los artículos 129-Ñ y 129-O– cuando la conducta sea cometida en contra de menores de 18 años.

indicarse, además, que en la pubertad termina de conformarse física y psíquicamente la persona, de modo que no es lo mismo permitir el trabajo a partir de los 16 que a partir de los 14 años.

Como se ha señalado, el trabajo infantil es un fenómeno complejo y, lamentablemente, muy extendido en América Latina. En muchas comunidades de la región, el trabajo de niñas, niños y adolescentes se acepta como un ingreso familiar adicional, sobre todo en las comunidades que dependen de la agricultura, donde es asumido como una tradición⁹.

Sin embargo, más allá de la colaboración “doméstica” del niño con su familia, que resulta beneficiosa para su desarrollo y maduración, el trabajo perjudica al niño, niña o adolescente, pues les ocasiona problemas de personalidad, daña su autoestima y vulnera sus derechos fundamentales. Es importante recalcar que el niño tiene derecho a no trabajar. Algunos justifican el trabajo infantil como “educación laboral precoz”; sin embargo, hay que destacar que la mejor manera de que un niño incorpore “la cultura del trabajo” no es que trabaje sino que vea que sus padres lo hacen todos los días¹⁰.

En esa línea, como se ha señalado, el trabajo del menor –siempre a partir de cierta edad– no es necesariamente malo; si, por ejemplo, tiene contenido educativo. Pienso que en el ámbito de los niños, niñas y adolescentes se debe respetar los tiempos (sobre todo el tiempo lúdico que necesitan). Debe tomarse en cuenta también que las necesidades del niño son diferentes a las del adulto, por lo que el trabajo debe tener necesariamente un sentido y contenido formativos, más que lucrativos.

En consecuencia, el límite del trabajo doméstico inocuo, formativo o de colaboración familiar, es aquel que no interfiere en la educación o en el tiempo de recreación y que representa una experiencia positiva. Debe ser un trabajo ligero que no perjudique físicamente al niño y que contribuya a su desarrollo personal. Creo que esta situación cambia cuando se le contrata para trabajar en una vivienda ajena, por la presión que esto implica para un menor de 18 años.

En este punto es necesario señalar que los estándares normativos para definir el trabajo forzoso de un niño, niña o adolescente deben ser menos exigentes que los que se aplican para el de un adulto, puesto que son realidades diferentes que generan efectos también distintos. De alguna manera –y teniendo en cuenta los dos niveles que he señalado en la respuesta anterior–



el mero trabajo infantil es un trabajo forzoso porque el niño (en las edades prohibidas para trabajar) no tiene capacidad de consentir.

A modo de propuesta, considero que para cambiar esta realidad tan extendida en nuestra región, es necesaria la decisión política de abordarla con acciones concretas y efectivas. Es decir, debe haber voluntad política de cambio. Para empezar, es necesario cuantificarla; actualmente no hay datos confiables dada la reticencia de los propios padres (que muchas veces son los explotadores) a brindar información. Así, por ejemplo, el trabajo de niños de los pueblos aborígenes está muy invisibilizado.

Sumado a esto, contar con la ley penal no es suficiente: hace falta un cambio cultural y la generación de condiciones para su aplicación. Para lograr el cambio cultural, por ejemplo, es necesario incrementar la difusión de los derechos del niño, promover la sensibilización de la sociedad y diseñar políticas de acción también a nivel regional, así como impulsar la discusión sobre el trabajo infantil en el ámbito de la negociación colectiva, en el que todavía es inexistente.

Respecto de la creación de condiciones para su aplicación, la vigilancia es un instrumento fundamental; se requiere contar con inspectores especializados, operadores judiciales capacitados y fiscalías especializadas, así como implementar programas especiales de acción en barrios de emergencia. Lo que está claro es que cuanto mejor estén económicamente los padres, menos trabajo infantil existirá.

Finalmente, y como última reflexión, quiero hacer notar que el trabajo infantil no solo está asociado con la pobreza. Por ejemplo, en el ámbito del fútbol, deporte muy mercantilizado, existen niños que empiezan como si fuese un juego, juego que termina con enormes presiones para el adolescente jugador, quien incluso abandona la escuela. Algo similar ocurre con el trabajo infantil artístico.

9 Las actividades más comunes en las que trabajan niños son: cosecha de algodón, de caña de azúcar, de frutilla, de uva, de ajo; venta ambulante, trabajo doméstico, cirujeo y zonas tabacaleras, entre otros.

10 Reflexión de una autora argentina, Literio. L (“El trabajo infantil y adolescente en la Argentina”, Errepar, Buenos Aires, 2010).

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).



Patricia Gallo

Profesora de Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires (Argentina) y Secretaria Letrada en la Cámara Federal de Apelaciones Criminal y Correccional de la Capital Federal de Argentina, Sala II. Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid (España), Máster en Derecho Penal por el Instituto Andaluz de Criminología de la Universidad de Sevilla (España) y Abogada por la Universidad de Buenos Aires (Argentina).



Julio Alberto Rodríguez Vásquez

Oficial Nacional de Proyecto en la Oficina para los Países Andinos de la OIT y Profesor del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Investigador del Grupo de Investigación en Derecho Penal y Corrupción, Lavado de Activos, Trata de Personas y otras formas de Delincuencia Organizada de la PUCP. Máster en Criminología y Ejecución Penal por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona (España), Magíster en Derechos Humanos por la PUCP, con estudios en el Máster en Derecho Penal por la Universidad Autónoma de Madrid (UAM) y abogado por la PUCP.



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).

