

# Manual operativo para el procesamiento penal de casos **DE TRATA DE PERSONAS Y OTRAS FORMAS DE EXPLOTACIÓN**



PODER JUDICIAL  
DEL PERÚ



Organización  
Internacional  
del Trabajo



COMISIÓN DE JUSTICIA DE GÉNERO  
DEL PODER JUDICIAL

Manual operativo para el  
procesamiento penal de casos  
**DE TRATA DE PERSONAS  
Y OTRAS FORMAS DE  
EXPLOTACIÓN**

Manual operativo para el procesamiento penal de casos

## **DE TRATA DE PERSONAS Y OTRAS FORMAS DE EXPLOTACIÓN**

### **Elvia Barrios Alvarado**

Presidenta de la Comisión de Justicia de Género del Poder Judicial  
Representante Titular del Poder Judicial ante la Comisión Multisectorial de  
Naturaleza Permanente contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes

### **Elaboración de contenidos:**

Yvan Montoya Vivanco, Ingrid Diaz Castillo, José Arrieta Caro, Raquel Limay Chávez y  
Héctor Campos García, consultores de la Oficina de la OIT para los Países Andinos.

### **Revisión y supervisión:**

#### **Víctor Alberto Martín Burgos Mariños**

Presidente de la Corte Superior de Justicia de La Libertad  
Integrante del Consejo Consultivo de la Comisión de Justicia de Género del Poder  
Judicial.

#### **Rubén Gómez Aquino**

Juez del Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de San Román -Juliaca de la Corte  
Superior de Justicia de Puno.

#### **Julio Rodríguez Vásquez**

Oficial de Proyecto de la Oficina de la OIT para los Países Andinos

#### **Miguel Ángel Vásquez Rodríguez**

Juez Superior integrante de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de  
Justicia de Madre de Dios.

### **Coordinación técnica:**

Comisión de Justicia de Género del Poder Judicial

Primera edición

Lima, Perú, abril 2023

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2023-02810

Se terminó de imprimir en abril de 2023 en

Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María auxiliadora 156 Breña

# Índice

<b>PRESENTACIÓN</b>	<b>5</b>
<b>MÓDULO I</b>	<b>9</b>
Elementos para identificar y sancionar un caso de trata de personas y explotación	
<b>MÓDULO II</b>	<b>37</b>
La restricción de derechos fundamentales con fines instrumentales en los procesos por el delito de trata de personas y explotación	
<b>MÓDULO III</b>	<b>73</b>
La prueba anticipada en el delito de trata de personas y explotación	
<b>MÓDULO IV</b>	<b>93</b>
Las particularidades de la etapa intermedia en los procesos por trata de personas y explotación	
<b>MÓDULO V</b>	<b>113</b>
Parámetros para la valoración probatoria en casos de trata de personas y explotación	
<b>MÓDULO VI</b>	<b>143</b>
Criterios para la determinación de la pena en el delito de trata de personas y explotación y para la resolución de los concursos aparentes de leyes y los concursos de delitos	
<b>MÓDULO VII</b>	<b>169</b>
Determinación de la reparación civil en casos de trata de personas y explotación	



# Presentación

En 2017, los gobiernos de Perú y Estados Unidos firmaron la Alianza de Cooperación para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes (CPC), con el objetivo de fortalecer las capacidades institucionales del Estado peruano y la sociedad civil para combatir la trata de la niñez y la adolescencia. Esta iniciativa constituye un plan multianual que dirige sus esfuerzos a la persecución y condena de tratantes, la identificación de la niñez víctima de trata, la coordinación para brindar servicios de atención especializada e integral a las víctimas y a la prevención de este fenómeno criminal.

Para contribuir a la Alianza CPC, la Oficina de la Organización Internacional del Trabajo para los Países Andinos (OIT) ejecuta desde el 2018 el Proyecto “Alianzas en Acción para Terminar con la Trata de la Niñas, Niños y Adolescentes en Perú” con el apoyo del Departamento de Estado de los Estados Unidos. Es en este marco que el Poder Judicial del Perú y la OIT celebraron un acuerdo de cooperación interinstitucional el 20 de diciembre de 2018. A partir de esta fecha, la OIT brinda asistencia técnica especializada al Poder Judicial a fin de fortalecer las capacidades del sistema de justicia penal para procesar y sancionar los casos de trata de personas, especialmente de niñas y niños.

De esta manera, el Poder Judicial, a través de la Comisión de Justicia de Género, y la OIT, trabajaron este manual operativo con la finalidad de dotar de una herramienta técnica a las magistradas y magistrados penales que participan en procesos penales sobre casos de trata de personas, trabajo forzoso, esclavitud, explotación sexual y otras formas de explotación humana.

Así, en el primer módulo del manual se explica cómo identificar un caso de trata de personas, de explotación sexual, de trabajo forzoso, de esclavitud o de otras formas de explotación. Para ello se emplea la legislación penal sobre la materia, así como la jurisprudencia internacional y nacional. En la segunda parte se abordan los principios y reglas que regulan la intervención judicial ante los actos de investigación que suponen la restricción de derechos de sospechosos e imputados. En este punto, se pone especial atención a los requisitos legales exigidos para el empleo de las técnicas especiales de investigación. Por otro lado, el tercer módulo desarrolla los conceptos y normas que facultan a las juezas y jueces a aplicar la prueba anticipada respecto al testimonio de víctimas de trata de personas y otras formas de explotación. El cuarto módulo analiza cómo las juezas y los jueces deben participar en la etapa intermedia de un proceso penal sobre estos delitos, mientras que el quinto módulo aborda los parámetros para valorar la prueba que frecuentemente aporta el Ministerio Público en estos casos. Los dos últimos acápite del módulo abordan las consecuencias jurídicas de estos delitos. En esa

misma línea, el módulo sexto analiza los criterios de determinación de la pena, mientras que el módulo séptimo hace lo propio respecto a la reparación civil a las víctimas de trata de personas y otras formas de explotación.

Se espera que este manual se constituya en una herramienta útil para las magistradas y magistrados, así como el personal jurisdiccional que interviene en casos de trata de personas y otras formas de explotación.

**Comisión de Justicia de Género  
del Poder Judicial**

**Oficina de la OIT  
para los Países Andinos**

# MÓDULO I

Elementos para identificar y sancionar un caso de trata de personas y explotación



# MÓDULO I

## Elementos para identificar y sancionar un caso de trata de personas y explotación

1. ¿Qué es la trata de personas? ¿Por qué es un fenómeno complejo?
2. ¿Qué protege la no comisión del delito de trata de personas?
3. ¿Qué elementos deben verificarse en un caso de trata de personas mayores de edad?
4. ¿Qué elementos deben verificarse en un caso de trata de niñas, niños y adolescentes?
5. ¿Qué rol juega el consentimiento en el caso de niñas, niños y adolescentes?
6. ¿Se sancionan las conductas de facilitar, favorecer o promover la trata de personas? ¿Cuándo? ¿Cómo?
7. ¿Qué son los delitos de explotación? ¿Cuál es su diferencia con el delito de trata de personas?
8. ¿Cuáles son los elementos que deben verificarse en un caso de explotación sexual de personas mayores de edad?
9. ¿Cuáles son los elementos que deben verificarse en un caso de explotación sexual de niñas, niños y adolescentes?
10. ¿Cuáles son los elementos que deben verificarse en un caso de trabajo forzoso?
11. ¿Cuáles son los elementos que deben verificarse en un caso de esclavitud y servidumbre?
12. ¿Cómo distinguir los casos de trabajo forzoso de las situaciones de informalidad y simples incumplimientos laborales?
13. ¿Cómo valorar los casos de trabajo forzoso de niñas, niños y adolescentes?

# 1. ¿Qué es la trata de personas? ¿Por qué es un delito complejo?

La trata de personas es un fenómeno criminal a través del cual una persona (tratante) o un grupo de personas (tratantes) realizan alguna o algunas de las conductas encaminadas a colocar a otra u otras (víctimas) en una situación tal que **puedan ser utilizadas como instrumentos u objetos**. En palabras del Acuerdo Plenario N.º 06-2019/CJ-116, la trata de personas busca instrumentalizar a la víctima como un “objeto al servicio de otros” (Corte Suprema de Justicia, 2019, fundamento 19).

En ese contexto, se dice que la trata de personas es un **fenómeno complejo** porque el aprovechamiento que buscan los tratantes presupone una situación asimétrica o de dominio sobre una víctima vulnerable, sea esta mayor o menor de edad (Montoya, 2016, p. 296). Tal situación se sustenta, en el caso de mayores de edad, en el uso de la violencia, la amenaza, la privación de la libertad, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, como en la concesión o recepción de pagos o de cualquier otro beneficio. En el caso de menores de edad, esta propia condición sustenta la situación de vulnerabilidad aprovechada por el tratante.

# 2. ¿Qué protege el delito de trata de personas?

La consideración de la trata de personas como un delito protege la **dignidad/no cosificación** de las personas, por cuanto su definición como tal busca sancionar la conducta o conductas del o los tratantes, encaminadas a utilizar a la víctima como mero instrumento u objeto para la obtención de alguna ventaja. En el ámbito jurisprudencial, el Acuerdo Plenario N.º 06-2019/CJ-116 ha establecido que:

con la trata de personas se afecta la dignidad de la persona colocada o mantenida en una situación de vulnerabilidad y degradación permanente [a quien] se destruye o limita esencialmente su autodeterminación y con ello su proyecto de vida, y se le coloca en un plano de completa desigualdad. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2019, fundamento 19)

Más recientemente, la Casación N.º 1459-2019-Cusco precisa que la dignidad como bien jurídico es entendida como prohibición de cosificación u objetivización del ser humano (2021, fundamento 13.1).



## Tomar en cuenta que...

En el Acuerdo Plenario N.º 3-2011/CJ-116 se identificó como bien jurídico protegido del delito de trata de personas a la libertad personal (fundamento 12); no obstante, el Acuerdo Plenario N.º 06-2019/CJ-116 ha modificado tal criterio, haciendo alusión a la dignidad. Dicho cambio se sustenta en que la libertad personal como bien jurídico no comprende el alcance del fenómeno de la trata de personas ni sus efectos. Más bien, la identificación de tal bien jurídico generó problemas en la aplicación del delito, como los siguientes:

- Para la configuración del delito se requería que la víctima se encontrara necesariamente privada de su libertad ambulatoria, lo que impidió sancionar autónomamente aquellas conductas que operaban a través de medios fraudulentos o abusivos, así como los casos de niñas, niños y adolescentes. Esto a pesar de que tales conductas se dirigían a los fines comprendidos en el delito.
- Se consideró, erróneamente, que cuando la persona conocía que iba a ser transportada a otro lugar para ser explotada o cuando se dirigía a él por voluntad propia, el delito no se configuraba (Defensoría del Pueblo & CHS Alternativo, 2020, p. 40).
- En los casos en los cuales una persona era sometida a explotación, pero se verificaba que tenía acceso a ciertos permisos de salida, se consideraba que no existía afectación a la libertad personal, con lo cual no se configuraba el delito. Esto sucedió mucho durante la vigencia del delito de trata de personas y antes de la incorporación de los delitos de explotación sexual, trabajo forzoso y esclavitud. Así, por ejemplo, hubo casos en los cuales mujeres —incluidas menores de edad— que se desempeñaban como damas de compañía o que eran explotadas sexualmente tenían acceso a permisos de una hora de salida, razón por la cual se consideró que no se configuraba el delito en tanto no había una afectación a la libertad personal. Esto último a pesar de que las víctimas eran sometidas a explotación sexual y a que si sobrepasaban el tiempo de permiso debían pagar una multa (Defensoría del Pueblo & CHS Alternativo, 2020, p. 41).

### 3. ¿Qué elementos deben verificarse en un caso de trata de personas mayores de edad?

Según la descripción contenida en el primer párrafo del artículo 129-A del Código Penal, la configuración del delito de trata de personas en mayores de edad requiere la presencia de tres elementos: **conductas, medios y fines**, tal como puede observarse en la siguiente tabla:

Artículo 129-A		
Conductas	Medios	Fines
<ul style="list-style-type: none"> <li>♦ Captación</li> <li>♦ Transporte</li> <li>♦ Traslado</li> <li>♦ Acogida</li> <li>♦ Recepción</li> <li>♦ Retención</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>♦ Violencia</li> <li>♦ Amenaza</li> <li>♦ Otras formas de coacción</li> <li>♦ Privación de la libertad</li> <li>♦ Fraude</li> <li>♦ Engaño</li> <li>♦ Abuso de poder</li> <li>♦ Abuso de situación de vulnerabilidad</li> <li>♦ Concesión o recepción de pagos o beneficios</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>♦ Venta de niñas, niños y adolescentes</li> <li>♦ Explotación sexual y prostitución</li> <li>♦ Esclavitud y prácticas análogas</li> <li>♦ Explotación laboral y trabajos forzados</li> <li>♦ Mendicidad</li> <li>♦ Extracción o tráfico de órganos</li> </ul>

Elaboración propia.

Ahora bien, **para la configuración del delito basta que el tratante realice alguna de las conductas descritas en el tipo penal, utilice alguno de los medios contenidos en este y se dirija a alguno de sus fines**; por ello se ha dicho que la trata de personas es un **delito de modalidades alternativas**. En esa medida, su configuración no requiere ni la realización de todas sus conductas, ni la utilización de todos sus medios, ni la persecución de todos sus fines. Así lo ha establecido el Acuerdo Plenario N.º 06-2019/CJ-116 (fundamento 15), aseverando —incluso— que el hecho de entender a las conductas típicas del delito como fases o escalones dirigidos a la explotación de la persona no implica que la trata sea un delito secuencial que requiere la realización de todas estas para su configuración (fundamento 16).

En ese contexto, se ha entendido que el alcance de cada una de las conductas típicas es el siguiente:

<b>Conductas</b>	
<b>Captación</b>	Atraer a una persona o ganar su voluntad (Corte Suprema de Justicia, 2019, fundamento 15).
<b>Transporte</b>	Llevar de un lugar a otro a la víctima, sea a través de un vehículo o a pie (Montoya et al., 2017, p. 107; Corte Suprema de Justicia, 2021, fundamento 13.2).
<b>Traslado</b>	Traspaso de control de la víctima de una persona a otra (Montoya et al., 2017, p. 108; Corte Suprema de Justicia, 2021, fundamento 13.2).
<b>Acogida Recepción</b>	Brindar refugio o ambiente para que la víctima permanezca (Corte Suprema de Justicia, 2019, fundamento 15).
<b>Retención</b>	Mantener a la víctima en un lugar que signifique o la ponga en peligro próximo de explotación (Montoya et al., 2017, p. 110).

Elaboración propia.

Sobre los medios comisivos, estos han sido definidos de la siguiente manera:

<b>Medios</b>	
<b>Violencia</b>	Empleo de fuerza física para doblegar la voluntad de la víctima (Montoya et al., 2017, p. 111).
<b>Amenaza u otras formas de coacción</b>	Anuncio de mal inminente que se analiza en función de la edad, grado de instrucción, situación económica, psicológica o social de la víctima (Acuerdo Plenario N.º 06-2019/CJ-116, fundamento 17).
<b>Privación de la libertad</b>	Privar de libertad ambulatoria a la víctima con la finalidad de explotarla (Salinas, 2015, p. 554).
<b>Fraude Engaño</b>	Simulación de la realidad con la finalidad de conseguir viciar el consentimiento de la persona que se busca explotar (Villacampa, 2011, p. 426).
<b>Abuso de poder</b>	Aprovechamiento de la relación de poder asimétrico existente entre el sujeto activo del delito y su víctima (Rodríguez y Montoya, 2020, p. 57).
<b>Abuso de situación de vulnerabilidad</b>	Aprovechamiento de la situación de desventaja de la víctima que cree que no tiene otra alternativa real o aceptable, salvo someterse al abuso (Acuerdo Plenario N.º 06-2019/CJ-116, fundamento 17).
<b>Concesión o recepción de pagos o beneficios</b>	Ofrecimiento de dinero en el contexto de una situación de pobreza o vulnerabilidad económica de la víctima (Rodríguez y Montoya, 2020, p. 58).

Elaboración propia.



## Tomar en cuenta que...

No existe una lista taxativa de los supuestos que pueden ser comprendidos como situación de vulnerabilidad, razón por la cual debe analizarse cada caso concreto para establecer si, por sus características y las condiciones en las que se encuentra la víctima, esta no tiene otra alternativa real o aceptable más que someterse al abuso. En esa línea, nuestra jurisprudencia ha aceptado como situación de vulnerabilidad la condición de abandono de la víctima, la necesidad económica, la situación de pobreza (en algunos casos, extrema), la carga familiar, la inestabilidad emocional o la situación de aislamiento, inseguridad e indefensión ante riesgos, traumas o presiones (Defensoría del Pueblo & CHS Alternativo, 2020, pp. 44-46).

Es preciso señalar que el *Protocolo para la acreditación de la situación de vulnerabilidad de las víctimas de trata de personas* del Ministerio Público también ofrece criterios para establecer cuándo nos encontramos ante dicha situación. Al respecto, el referido Protocolo hace referencia a la edad, la desnutrición moderada o severa, el estado de gestación, la enfermedad crónica, la violación sexual, la estigmatización, la desvinculación familiar, la indefensión aprendida, la baja autoestima, la dependencia e inmadurez emocional, la pobreza, entre otros (Ministerio Público, 2020, pp. 40-60).

En cuanto a los fines que persigue la trata de personas, en su inciso 2 el artículo 129-A hace referencia a seis supuestos que se conceptualizan de la siguiente forma:

Fines	
<b>Venta de niñas, niños y adolescentes</b>	Supone todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o cualquier otra retribución. Como lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluye algunos supuestos de adopciones irregulares en los que la madre o el recién nacido son severamente cosificados (2018, fundamento 313).
<b>Explotación sexual y prostitución</b>	Obligar a una persona adulta a sufrir o realizar acceso carnal, actos análogos, tocamientos y otros actos de contenido sexual, con el fin de obtener algún provecho. También se incluye el hacer que un niño, niña o adolescente realice este tipo de actos con el fin de obtener provecho.
<b>Esclavitud y prácticas análogas Explotación laboral y trabajos forzados</b>	Se trata de formas de explotación a través de las cuales se obliga o se hace que una persona, bajo el control del perpetrador, realice labores, trabajos o servicios.
<b>Mendicidad</b>	Supone obtener dinero y recursos materiales por medio de la caridad solicitada al público, lo cual puede incluir, en muchos casos, humillación, persistencia o generación de lástima (Plan Nacional contra la Trata de Personas 2017-2021). Para que constituya un fin de la trata de personas, la víctima debe haber sido obligada —bajo cualquier medio, incluido el abuso de su situación de vulnerabilidad— a realizar actos de mendicidad o, en todo caso, se trate de una víctima niña, niño o adolescente.

## Fines

### **Extracción o tráfico de órganos, tejidos somáticos o sus componentes humanos**

La extracción es el proceso por el que se obtienen órganos o tejidos de un donante vivo o cadavérico para su posterior trasplante en una o varias personas (Reglamento de la Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos, artículo 2.11).

El tráfico, por su parte, consiste en mover de un lado a otro dichos órganos, tejidos o componentes humanos (Montoya et al., 2017, p. 118). Para que constituya una finalidad de la trata de personas, la víctima debe haber sido obligada a través de cualquiera de los medios reseñados, o debe ser una adolescente, niña o niño cosificado.

Elaboración propia.



### Tomar en cuenta que...

Según el Acuerdo Plenario N.º 06-2019/CJ-116, de la descripción de los elementos típicos de la trata de personas pueden desprenderse las siguientes conclusiones (fundamento 22):

- No se requiere que el transporte sea transfronterizo o regional, pues basta con comprobar el desarraigo de la víctima en sentido amplio, que puede verificarse incluso en el mismo lugar de residencia.
- No debe confundirse con el tráfico ilícito de migrantes, cuya finalidad es transportar al migrante para obtener provecho económico y que, a diferencia de la trata, solo atenta contra el orden migratorio. Sin embargo, puede haber casos en los que ambos delitos se produzcan a la vez, supuesto que deberá ser considerado como un concurso ideal de delitos.
- No siempre está vinculado a una banda u organización criminal, sino que puede estarlo también a comportamientos aislados y circunstanciales (no estables).

## 4. ¿Qué elementos deben verificarse en un caso de trata de niños, niñas y adolescentes?

Según la descripción contenida en el tercer párrafo del artículo 129-A del Código Penal, la configuración del delito de trata de menores de edad requiere la presencia de dos elementos: **conductas** y **finés**.

### Artículo 129-A

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

En el caso de menores de edad, la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considera trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios descritos en el punto 3. Esto es así, en primer lugar, porque lo ha determinado el inciso 3 del artículo 129-A del Código Penal. En segundo lugar, y aún más importante, responde a que **en la trata de personas se presume la imposibilidad del niño, niña o adolescente de otorgar su consentimiento válido por hallarse en un contexto vertical, de dominio y subordinación** (Rodríguez y Montoya, 2020, p. 77). Por ello, como se adelantó, la propia condición de la minoría de edad sustenta la situación de vulnerabilidad de este grupo. Finalmente, la regla contenida en el inciso 3 del artículo 129-A del Código Penal antes citado también se encuentra reconocida en el artículo 3 del Protocolo de Palermo, el cual constituye un tratado de derechos humanos ratificado por el Estado Peruano. Por tanto, ninguna disposición de rango legal o infralegal —incluidos los acuerdos plenarios sobre libertad sexual— puede aplicarse válidamente para desconocer esta norma de rango constitucional.



### Tomar en cuenta que...

El Protocolo de Palermo es un tratado de derechos humanos ratificado por el Estado Peruano. Por tanto, ninguna disposición de rango legal o infralegal —incluidos los acuerdos plenarios sobre libertad sexual— puede aplicarse válidamente para desconocer esta norma de rango constitucional.

Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano señaló, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0047-2004-AI/TC, que, por mandato de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, por lo que constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades (fundamento 22).

## 5. ¿Qué rol juega el consentimiento en el caso de niños, niñas y adolescentes?

Entender que el consentimiento de menores de 18 años es inválido en materia de valoración del delito de trata de personas tiene por lo menos dos consecuencias:

- La capacidad de consentir el mantenimiento de relaciones sexuales que poseen las personas de entre 14 y 18 años no puede extenderse a situaciones de trata de personas con la finalidad de evitar su sanción. En otras palabras, si bien una persona que tiene más de 14 años puede aceptar tener relaciones sexuales, ello no implica que pueda brindar su consentimiento para ser víctima de trata, pues este fenómeno se materializa en el marco de una situación de dominio o asimetría de poder (Montoya et al., 2016, p. 205) en la que se busca instrumentalizar a la persona, es decir, obtener de ella algún provecho económico o ejercer sobre ella atributos característicos de la propiedad (Corte Suprema de Justicia, 2019, fundamento 18).



### Tomar en cuenta que...

En el Perú, las personas pueden ejercer su derecho a tener relaciones sexuales desde los 14 años, siempre que se presenten las condiciones para que consientan libremente. La determinación de si estas condiciones se presentan en un caso concreto —sobre todo si se trata de mujeres— ha estado marcada en muchas situaciones por el uso de estereotipos de género. En esa medida, el uso de “ropa provocativa”, el consumo de alcohol, el conocimiento de que se les haría una propuesta sexual, entre otros, han sido utilizados como “argumentos” para afirmar el consentimiento de la víctima y, con ello, su disposición a sostener relaciones sexuales.

No obstante, como bien explica la Casación N.º 1636-2019-Ica, los estereotipos de género no son admisibles en un Estado constitucional de Derecho (fundamento duodécimo), pues no dice nada sobre si la persona consintió o no en realizar el acto sexual. En realidad, tal presunción responde a la creencia generalizada y equivocada de que los hombres y las mujeres deben ajustar su comportamiento a estereotipos de género que, por ejemplo, ordenan a las mujeres ser recatadas. De ahí que se crea que si manifiestan mínimamente una conducta que las aleje del recato sexual, están dispuestas sexualmente y, como consecuencia, no se les considera víctimas en delitos como los sexuales.

Esta forma de decidir en el ámbito judicial ha sido fuertemente cuestionada por la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en la Casación N.º 1636-2019-Ica, en la que se ha establecido que “asumir como válido este razonamiento (o admitir argumentos de este tipo), en cualquier instancia o especialidad del Poder Judicial, o en cualquier ámbito de la vida social de las personas, significa negar el valor de la dignidad de toda persona y actuar manifiestamente en contra de los principios

y valores que inspiran nuestro ordenamiento jurídico, en que resalta el principio-derecho a la igualdad” (fundamento 12.3).

Respecto de la trata de personas, especialmente en los casos de explotación sexual que inciden en mujeres, el razonamiento referido en el caso anterior es recurrente (Defensoría del Pueblo & CHS Alternativo, 2020, p. 92). En algunas circunstancias, cuando se observa que mujeres mayores de 14 años ejercen la prostitución o son damas de compañía, se ha llegado a la automática conclusión de que han consentido sexualmente, permitiendo que algunos operadores u operadoras de justicia concluyan que no se ha configurado el delito de trata de personas con fines de explotación sexual o el delito de explotación sexual, según sea el caso.

- El hecho de que nuestro ordenamiento jurídico permita a menores de 18 años trabajar bajo ciertas condiciones no significa que tal permisión ampare las situaciones de trata de personas. Debe recordarse que los menores de 14 años no pueden trabajar y que están prohibidos los trabajos particularmente riesgosos para la vida, salud e integridad de los menores de edad (Montoya et al., 2017, p. 14).



### Tomar en cuenta que...

En el caso de los menores de edad, es común que los tratantes manifiesten **desconocer la minoría de edad de las víctimas**. Algunas de las razones para alegar tal desconocimiento son, por ejemplo, que el/la menor señaló ser mayor de edad, que no se le pidió su DNI o no tuvo el tiempo o la diligencia de hacerlo, o que la fisonomía del menor aparentaba más de 18 años (Defensoría del Pueblo & CHS Alternativo, 2020, pp. 64-67). Esta alegación tiene un doble impacto en el análisis de los casos de trata de niñas, niños y adolescentes que se detalla a continuación:

- A) Si sobre la víctima no se utilizaron los medios comisivos descritos en el inciso 1 del artículo 129-A y se argumenta que, en realidad, se pensó que se trataba de una persona adulta, entonces su consentimiento es válido y no se le puede sancionar ni por el tipo base de trata de personas.
- B) Si sobre la víctima sí se utilizaron los medios comisivos descritos en el inciso 1 del artículo 129-A y se argumenta que, en realidad, se pensó que se trataba de una persona adulta, su consentimiento es inválido y se puede sancionar la conducta del agente por el tipo base de trata de personas (adultos).

En ese contexto, los tratantes, en busca de la no aplicación del tipo base de trata o de su agravante por minoría de edad, acuden a la figura del **error de tipo**. Esta afecta el conocimiento como elemento central del dolo, en tanto implica el desconocimiento o la falsa representación de un elemento del tipo penal o de un agravante de este. Según el artículo 14 del Código Penal, si el error es invencible,

excluye la responsabilidad o la agravación; y, si es vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley.

Ahora bien, la gravedad que representa la trata de personas —más aún en menores de edad— no permite entender cualquier desconocimiento como un error de tipo, sea este vencible o invencible. Es preciso, por ello, analizar el contexto particular de cada caso. Por ejemplo, si el tratante retuvo el DNI de la víctima o controlaba su ingreso o salida del lugar —es decir, tenía contacto directo y cotidiano con esta—, resulta inaceptable que luego alegue que desconocía su minoría de edad (Defensoría del Pueblo & CHS Alternativo, 2020, p. 67).

Así mismo, debe tenerse claro que la gravedad del fenómeno obliga a que los involucrados tomen todas las medidas de verificación en caso de niñas, niños y adolescentes. Por ello, la Casación N.º 1351-2019-Puno no admitió el error de tipo en el caso de una mujer que captó a una menor de 17 años para que ejerciera como dama de compañía en un bar y argumentó desconocer su minoría de edad, porque inicialmente la primera mintió sobre su edad y no le mostró su DNI, razón por la cual se guió por su fisonomía. No obstante, la Corte Suprema de Justicia refirió en la mencionada casación que “pese a que la encausada pretende acreditar un estado de ignorancia respecto a la edad de la menor con la pericia antropológica de parte, esto no es de recibo porque el análisis no se inicia y agota en solo este documento, sino en la valoración conjunta de la prueba aportada. Así, si se alega error, se debe analizar la exigibilidad de que el alegante haya agotado todas las medidas de previsión para saber la edad de la menor (Casación N.º 1305-2017-Arequipa). De esta manera, en cuanto a la circunstancia agravante, era obligación de la encausada agotar todas las medidas de previsión para determinar la edad de la agraviada. No es suficiente apoyarse en la pericia antropológica de parte, máxime si esta ha sido realizada sobre la base de fotografías” (fundamento vigésimo).

Es necesario señalar que si se opta por no saber la edad de la víctima, pese a que la persona pudo conocer tal circunstancia a través de actos tan simples como solicitar el DNI o por sus evidentes características físicas, se está frente a un supuesto de ignorancia deliberada (Ragués y Vallés, 2013, p. 11), por lo que estos casos deben ser tratados como dolosos. Tal tratamiento ha tenido lugar en la jurisprudencia peruana en un caso ocurrido en Madre de Dios, en el que resultaba evidente que las víctimas eran menores de edad y el juzgado encargado no aceptó, por tal razón, la alegación del error de tipo; contrariamente, con base en la ignorancia deliberada, calificó la conducta como dolosa y típica de agravante de trata de menores de edad (Defensoría del Pueblo & CHS Alternativo, 2020, p. 68).

## 6. ¿Se sancionan las conductas de facilitar, favorecer, financiar o promover la trata de personas? ¿Cuándo? ¿Cómo?

El inciso 5 del artículo 129-A del Código Penal sanciona como trata de personas la facilitación, favorecimiento y promoción de este delito, que constituyen formas de colaboración o apoyo a él, por lo que pudieron ser sancionadas en la forma de complicidad. En el caso de la promoción, se trata de una manera de instigar a una persona para que cometa un ilícito. No obstante, nuestro legislador decidió que la facilitación, el favorecimiento, el financiamiento y la promoción de la trata de personas se sancionaran de manera autónoma, vale decir, sin requerir las formas clásicas de participación delictiva (complicidad o instigación). Como consecuencia de ello, los supuestos recogidos en el inciso 5 del artículo 129-A pueden imputarse aun si no se ha determinado al autor o autores del delito de trata de personas. Así mismo, de presentarse un supuesto de facilitación, favorecimiento, financiamiento o promoción de la trata de personas, deberá aplicarse a los involucrados el citado inciso 5 del artículo 129-A antes que recurrir a las formas de participación reguladas en la Parte General del Código Penal (complicidad o instigación).

A continuación, se describe en qué consiste cada una de estas conductas:

- **Facilitar-Favorecer:** ayudar o colaborar con los actos de trata de personas (Rodríguez y Montoya, 2020, p. 70).
- **Financiar:** brindar apoyo o soporte económico para la realización de conductas de trata (Rodríguez y Montoya, 2020, p. 70).
- **Promover:** estimular, instigar o inducir a una persona a que cometa alguno de los actos de trata (Rodríguez y Montoya, 2020, p. 70).

Aunque parece evidente que las conductas referidas en el inciso 5 del artículo 129-A se sancionan penalmente, tal situación no siempre ha sido sencilla en la práctica, debido a las llamadas conductas neutrales.

Las conductas neutrales son aquellos comportamientos que parecen realizar o colaborar en un acto ilícito, pero en realidad no lo hacen porque quien las ejecuta, aunque crea un riesgo para la comisión de un delito, mantiene su comportamiento en el marco de lo permitido. Como ha explicado la Corte Suprema de Justicia en el Recurso de Nulidad N.º 529-2014-Lima:

(...) las llamadas conductas neutrales —inocuas o estereotipadas, adecuadas a determinada profesión u oficio, etc.— entienden que algunas acciones crean ciertos riesgos permitidos, o jurídicamente tolerados y que favorezcan en forma causal un delito, no alcancen a constituir un acto de complicidad pues estas se mantienen alejadas de un hecho delictivo, por ser acciones inocuas de contenido social dentro del rol que le corresponde a cada persona en la sociedad, no representando por tanto ningún aporte al hecho punible. (p. 9)

En ese contexto, resulta fundamental determinar, a partir de cada caso concreto, cuándo nos encontramos ante una conducta neutral y cuándo, más bien, el sujeto excede su rol y, consecuentemente, crea un riesgo no tolerado. En relación con la trata de personas, la Corte Suprema de Justicia, en la **Casación N.º 1190-2018-Cusco**, ha señalado que el conocimiento sobre las actividades de explotación desvirtúa la conducta neutral (determinada a partir de situaciones objetivas) y permite afirmar la tipicidad de la conducta de favorecer. En efecto, la referida casación sanciona a la cajera de un bar que alega haber realizado una conducta neutral y no una conducta de facilitación o favorecimiento, mas la Corte Suprema de Justicia indica 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 en el local, sino que su comportamiento permitió que los dos coautores se aprovechen del ejercicio de las niñas y adolescentes como damas de compañía, expuestas a la prostitución” (fundamento trigésimo).



### Tomar en cuenta que...

Cada caso debe analizarse objetivamente y en su contexto para determinar si se está ante una conducta neutral o, más bien, frente a supuestos de facilitación, favorecimiento o promoción de la trata de personas. Así, por ejemplo, no puede considerarse como conducta neutral el comportamiento de un vigilante de un *night club* que transporta a mujeres —incluidas menores de edad— al lugar en el que deben realizar actos de connotación sexual y las golpea cuando se resisten a llevarlos a cabo. Tampoco puede considerarse como conducta neutral la de un mozo que registra y cobra los “pases” realizados por las víctimas cuando conoce que son obligadas a realizar conductas de connotación sexual (Defensoría del Pueblo & CHS Alternativo, 2020, pp. 58-59). En los casos referidos, las personas no se limitan a cumplir su rol, sino que adecúan su comportamiento con el fin de colaborar en la realización del delito.

## 7. ¿Qué son los delitos de explotación? ¿Cuál es su diferencia con el delito de trata de personas?

Los delitos de explotación están representados en el Código Penal por el delito de explotación sexual, sus modalidades conexas, algunas formas del delito de pornografía infantil, el delito de trabajo forzoso, el delito de esclavitud o servidumbre y algunas modalidades del delito de intermediación onerosa de órganos y tejidos. La diferencia entre estos tipos penales y la trata de persona es que, **mientras esta última crea las condiciones para la explotación, en los delitos propiamente de explotación ya se utiliza a la persona como instrumento para obtener una ventaja económica o de cualquier naturaleza, o se ejerce sobre ella un atributo de la propiedad.**



Elaboración propia.

## 8. ¿Cuáles son los elementos que deben verificarse en un caso de explotación sexual de personas mayores de edad?

El delito de explotación sexual está recogido en el artículo 129-C del Código Penal y, en el caso de mayores de 18 años, sanciona a quien obliga a una persona a ejercer actos de connotación sexual mediante violencia, intimidación, engaño u otro condicionamiento para el aprovechamiento económico o de otra índole.

Artículo 129-C		
Conducta	Medios	Fines
Obligar a una persona a ejercer actos de connotación sexual	Violencia, amenaza, otro medio, engaño, manipulación u otro condicionamiento	Aprovechamiento económico o de otra índole

Elaboración propia.

Sobre la **conducta** típica, debe señalarse que obligar a una persona a ejercer actos de connotación sexual implica no solo forzarla a mantener relaciones sexuales con terceros, sino también a ser víctima de tocamientos de connotación sexual, es decir, en sus partes íntimas o zonas del cuerpo vinculadas a su sexualidad; también se ha comprendido como actos de connotación sexual a los actos libidinosos que comprenden los desnudos forzados o los bailes eróticos (Rodríguez y Montoya, 2020, p. 89).

En cuanto a los **medios**, se ha entendido que estos coinciden con los descritos por el delito de trata de personas en el sentido de que tienen como objetivo identificar la ausencia de consentimiento de la víctima. Por ello, para la determinación del alcance de los posibles medios comisivos nos remitimos a las definiciones expuestas en el punto 3.

Sobre las **finalidades**, debe señalarse que el delito de explotación sexual, como ocurre en otros países de la región —por ejemplo, Ecuador—, no solo recoge el provecho económico, entendido como la obtención de una ganancia monetaria a través de la explotación de la víctima. Además, el tipo penal hace alusión al aprovechamiento de otra índole, que debe ser entendido como la obtención de ventajas políticas, posicionales en el ejercicio de su función u oficio, entre otras, o el goce de atributos de la propiedad sobre la propia víctima.

Esto es así porque, si se entendiera tal elemento como el mero aprovechamiento sexual por parte del tratante, se vaciaría de contenido al delito de violación sexual, al tiempo que se olvidaría **que lo que está detrás del fenómeno de la trata y la explotación es la instrumentalización o cosificación de la persona, que, en el caso de la explotación sexual, se materializa tanto cuando se utiliza a la víctima para obtener una ganancia económica como cuando se ejerce sobre**

ella algún atributo de la propiedad, convirtiéndola en una esclava sexual (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, fundamento 178).

## 9. ¿Cuáles son los elementos que deben verificarse en un caso de explotación sexual de niñas, niños y adolescentes?

El delito de explotación sexual de menores de edad comprende las mismas conductas y fines que el tipo penal de explotación sexual de adultos, con la diferencia de que no requiere medios comisivos. Esto es así porque, como se explicó para el caso del delito de trata de personas, el consentimiento de menores de edad no es válido.

Artículo 129-H	
Conductas	Fines
Hacer que una niña, niño o adolescente ejerza actos de connotación sexual	Aprovechamiento económico o de otra índole

Elaboración propia.

## 10. ¿Cuáles son los elementos que deben verificarse en un caso de trabajo forzoso?

El delito de trabajo forzoso sanciona a quien somete u obliga a otra persona, a través de cualquier medio o contra su voluntad, a realizar un trabajo o prestar un servicio, sea retribuido o no.

Artículo 129-O	
Conducta	Medios
Someter u obligar a otra persona a realizar un trabajo o prestar un servicio, sea retribuido o no	Cualquier medio o contra su voluntad

Elaboración propia.

Del texto descrito se desprenden **tres** elementos para la configuración del tipo penal que se desarrollan a continuación:

- **El acto de someter u obligar a la víctima a realizar el trabajo o la prestación:** el delito se puede llevar a cabo a través de cualquiera de las dos conductas, **someter** u obligar, descritas en el tipo penal. Por someter se entiende el acto de hacer que la víctima soporte, sin consentimiento válido, la realización de un trabajo o la prestación de un servicio; en cambio, por **obligar** se entiende el

acto de compeler, exigir o conminar a la víctima para que realice el trabajo o el servicio sin consentimiento válido. Este último caso supone la utilización de medios coercitivos o violentos, mientras que la conducta de someter implica el aprovechamiento de una situación de especial desventaja de la víctima. Tal situación de desventaja hace referencia a la condición de vulnerabilidad en el caso de adultos, por una variedad de medios comisivos y, en el caso de menores de 18 años, a su propia minoría de edad (Rodríguez, 2022).

- **La realización de un trabajo o la prestación de un servicio:** este elemento supone que la víctima realiza una actividad o presta un servicio por cuenta ajena, es decir, para beneficio de otra persona. Es importante considerar que, para efectos de este delito, no importa si se trata de un trabajo remunerado o no, si la actividad o prestación se realiza en el sector público o privado, o si se trata de un trabajo formal o informal. En ese sentido, también se incluye como servicio el hecho de someter u obligar a una persona a realizar actividades ilícitas o delictivas, como vender droga, dedicarse a la minería ilegal o colocar etiquetas de marcas conocidas a productos de otro origen, en cuyo caso la persona obligada deberá ser considerada víctima. Vale añadir que la Organización Internacional del Trabajo también ha comprendido a la mendicidad como prestación de un servicio forzoso (OIT, 2015). Esta incluye tanto la mendicidad directa como la indirecta. En la primera se solicitan dádivas, aguinaldos o propinas (Diez, 2009, p. 2), mientras en las segundas se realizan pequeños servicios o se venden pequeñas cosas a cambio de una retribución menor (Queralt, 2015, p. 439).
- **El empleo de medios coercitivos y/o violentos o el aprovechamiento de la falta de voluntad válidamente expresada por la víctima:** este elemento está muy vinculado al primero, pues el Código Penal requiere que el autor cometa el delito mediante el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad en el que se encuentra la víctima, o que se utilice sobre esta medios violentos o coercitivos que vicien su voluntad. En buena cuenta, la determinación de unos u otros medios comisivos en mayores de edad está vinculada con los propios verbos rectores comprendidos en el tipo penal, vale decir, someter u obligar.



### Tomar en cuenta que...

El delito de trabajo forzoso no solo se configura mediante la utilización de medios violentos o coercitivos, sino también a través del aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad. Así, por ejemplo, en el caso de la utilización de trabajadoras o trabajadores extranjeros que han ingresado informalmente a nuestro país desesperados por la situación económica en su tierra y que, por la necesidad extrema en la que se encuentran, “aceptan” trabajar en condiciones indignas y de explotación, se los ha obligado a realizar un trabajo en contra de su voluntad. Lo mismo sucederá con las víctimas menores de edad, quienes no pueden consentir la realización de actividades que constituyan expresiones de las peores formas de trabajo infantil (Rodríguez, 2022).



## Tomar en cuenta que...

El trabajo o servicio forzoso se encuentra prohibido por el Convenio 029 de la OIT (1930), que el Perú ha suscrito. Su artículo 1 lo define como “todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”. A partir de esta regulación, se sostiene que el trabajo o servicio forzoso tiene tres elementos: (a) la prestación de un trabajo o servicio por cuenta ajena, (b) la amenaza de una pena y (c) la involuntariedad de la prestación o trabajo prestado. Sin embargo, la existencia de la amenaza de pena y la involuntariedad han sido reinterpretadas por la jurisprudencia internacional de los tribunales de derechos humanos.

En efecto, en el caso *Chowdry contra Grecia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló que la amenaza de una pena comprende mecanismos como el uso de la violencia psicológica y, en cuanto a la ausencia de voluntariedad, mencionó que esta puede derivar del abuso de poder o vulnerabilidad. La configuración de estos elementos a partir de situaciones menos intensas ha sido acogida también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia (Rodríguez, 2022).

## 11. ¿Cuáles son los elementos que deben verificarse en un caso de esclavitud y servidumbre?

El delito de esclavitud o servidumbre sanciona a quien obliga a una persona a trabajar en tales condiciones, o la reduce o mantiene en ellas.

### Artículo 129-Ñ

#### Conducta

Obligar a una persona a trabajar en condiciones de esclavitud o servidumbre, o reducirla o mantenerla en dichas condiciones, con excepción de los supuestos del delito de explotación sexual.

Ni en el delito de trata con fines de esclavitud o servidumbre, ni en la tipificación independiente de ambos delitos se definen o se explican estos conceptos. Se trata de términos que deben ser interpretados a partir de las definiciones que se encuentran en los convenios internacionales que regulan estos actos de explotación y en la interpretación que de estos conceptos hacen algunos órganos internacionales de protección de los derechos humanos.

Esclavitud	<p align="center"><b>Convenio sobre la esclavitud de 1926</b></p>
	<p>“Artículo 1.- (...) estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos”.</p> <p>Por tratarse de un Convenio bastante antiguo, en su definición se resalta un elemento formal jurídico: el título de propiedad sobre una persona. Esta característica formal no permitiría calificar algunas situaciones actuales como esclavitud, debido a que formalmente casi todos los países (incluido el Perú) la han abolido jurídicamente.</p>
Esclavitud	<p align="center"><b>Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los Trabajadores de la Hacienda Verde vs. Brasil (2016)</b></p>
	<p>Son dos los elementos que caracterizan la esclavitud moderna:</p> <p>Un estado o condición <i>de iure</i> o <i>de facto</i>. En este punto el énfasis se pone en el estado o la condición de hecho de un sujeto que se encuentra bajo dominio intenso de otro. Es decir, como una “relación posesoria de carácter fáctico” (Pomares Cintas, 2011, p. 19). Este se traduce muchas veces en la restricción severa o privación de la libertad ambulatoria, lo que permite el control intenso antes descrito (Gallo, 2020).</p> <p>El ejercicio de alguno de los atributos de la propiedad, pero no entendido como manifestaciones de un título de propiedad, sino esencialmente como expresión de una situación de posesión de una persona sobre otra, esto es, como “control intenso de una persona sobre otra de tal manera que se evidencie pérdida de la voluntad o disminución considerable de la autonomía”. Por ejemplo, imagínese el caso de un trabajador que es encerrado en el local donde labora impidiéndole su salida, o el de un trabajador que es “prestado” o “alquilado” a otro empleador sin tomar en cuenta su voluntad.</p>
Servidumbre	<p align="center"><b>Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1956</b></p>
	<p>“Artículo 1.- La servidumbre por deudas, o sea, el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios”.</p>
Servidumbre	<p align="center"><b>Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos</b></p>
	<p>Luego de establecer que la servidumbre es una condición más intensa de control sobre la víctima que la del trabajo forzoso y menos intensa que la esclavitud, se han brindado dos pautas adicionales para identificar una situación de servidumbre: i) la inmutabilidad de la condición de la víctima, esto es, la situación real o percibida de la víctima de que su situación, al menos en el corto plazo, no cambiará; y, ii) la condición de locataria de la víctima, es decir, el hecho de que la persona explotada laboralmente resida en el domicilio o en el centro de trabajo de su empleador.</p> <p>Se debe tomar en cuenta que no se trata de elementos que sean imprescindibles para apreciar una situación de servidumbre, pero sí ayudan a identificar dicha situación junto con el hecho del enganche al cual es sometida la víctima sobre la base de una deuda indeterminada (Olarte, 2018, pp. 61-85). Por ejemplo, piénsese en el caso de una trabajadora del hogar que vive en el domicilio de la empleadora a quien se le quitan los documentos, se le paga un “sueldo” irrisorio y se le acumula una deuda por su habitación y comida. Estas circunstancias generan una percepción de inmutabilidad en las condiciones de vida de la persona.</p>

A partir de lo hasta aquí descrito, podemos observar que entre los supuestos de explotación laboral (que no comprenden la explotación sexual, por estar regulada en el artículo 129-C y en los tipos penales conexos a este artículo), el que representa un control más intenso para la víctima es la esclavitud, seguida en un grado menos intenso por la servidumbre y, en el grado inferior a esta última, el trabajo forzoso, tal como se resume en la siguiente tabla:



### ESCLAVITUD

Situación de mayor intensidad en el control sobre una persona. Control efectivo y casi absoluto sobre la autonomía de otra persona (movimientos, condiciones vitales o su salud). Se manifiesta en el ejercicio de facultades asociadas a la posesión de la persona (*especialmente de facto*).



### SERVIDUMBRE

Control efectivo, pero menos intenso (menos absoluto) que la esclavitud. El siervo conserva algunos derechos personales (nucleares o vitales, incluso *de facto*) y se mantiene el núcleo de sus derechos de personalidad. Signos distintivos: enganche por deuda, locatariedad, inmutabilidad.



### TRABAJO FORZOSO

Control efectivo sobre la condición de trabajador, pero no sobre aspectos de su personalidad nucleares o vitales y con mayor o plena libertad ambulatoria. Es un control intenso, pero menor que en la esclavitud o la servidumbre. No es determinante el enganche por deuda ni aquel por el contexto histórico social, cultural o religioso.



### Tomar en cuenta que...

En el ordenamiento jurídico peruano se han emitido resoluciones judiciales que desarrollan el concepto de explotación laboral y de trabajo forzoso:

- La Corte Suprema de Justicia ha referido, en el **Recurso de Nulidad N.º 1610-2018-Lima**, que “el delito de trata (captación y transporte) tuvo como finalidad la explotación de la menor, que en este caso se patentiza con el trabajo excesivo que realizaba la menor cuya vulnerabilidad y medio coercitivo fue aprovechado. Si bien, esto ha sido negado por la inculpada, está acreditado que la menor realizaba labores no compatibles para su edad y en horarios excesivos. De ahí que alejada la menor de sus padres (desarraigo) se encontraba en un ambiente abusivo, que no le permitía oponerse a las condiciones perjudiciales que se le imponían. Es evidente que la incausada aprovechó la situación de vulnerabilidad de la menor para captarla y luego imponerle condiciones de trabajo precario y retuvo su documento de identidad” (fundamento vigésimo séptimo).

- La Cuarta Sala Penal con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima ha señalado, en el **Expediente N.º 6744-2019**, que “por trabajo forzado puede entenderse el trabajo que se realiza de manera involuntaria —salvo los menores de edad donde no interesa la voluntad— y bajo amenaza de una pena cualquiera. Se refiere a situaciones en las cuales personas están forzadas a trabajar mediante el uso de violencia o intimidación, o por medios más sutiles” (fundamento 7).

## 12. ¿Cómo distinguir los casos de trabajo forzoso de las situaciones de informalidad y simples incumplimientos laborales?

Debe partirse por señalar que no todo trabajo informal o en el que se desconozcan algunos derechos laborales puede calificarse como un trabajo en condición de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso. **En el caso de víctimas adultas, es necesario que se utilice algún medio violento, coercitivo o abusivo para someterlas a dichas condiciones o a su propia condición de trabajador.**

Para saber si no estamos ante simples incumplimientos de derechos laborales sino ante un delito de explotación laboral (esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso), el elemento central es la presencia del control que ejerce el tratante/explotador sobre la víctima y que puede deducirse de un amplio abanico de criterios, algunos de los cuales se presentan a continuación:



¿Cuánto tiempo debe trabajar y cuánto trabaja realmente?



¿Cuál es la remuneración que debería recibir por el trabajo realizado y cuál es el salario que recibe realmente?



¿Cómo es tratado? ¿Se presentan situaciones de endeudamiento inducido, engaños sobre el salario o condiciones de trabajo, retención o no pago de salario, retención de DNI, restricción de salidas o ausencia de comunicaciones, falta de higiene o alimentación adecuadas, etcétera?

Mientras más grande sea la distancia entre cómo debe ser la relación laboral y cómo realmente se presta el servicio o el trabajo, más cerca estamos de un delito de explotación laboral (OIT, 2012).

## **13. ¿Cómo valorar los casos de trabajo forzoso de niñas, niños y adolescentes?**

No cualquier actividad laboral que realiza un menor de edad puede denominarse esclavitud, servidumbre, trabajo forzoso o trata con fines de explotación laboral. El trabajo de niñas, niños y adolescentes, especialmente de aquellos comprendidos entre los 14 y 18 años, está permitido por el Estado en virtud del Decreto Supremo N.º 003-2010 MIMDES y los convenios de la OIT bajo determinadas condiciones.

En general, la participación de niñas, niños o adolescentes en un trabajo que no afecte su salud ni su desarrollo personal, y que no interfiera en su escolarización, está permitido. Por ejemplo: ayudar a los padres en las tareas de cuidado del hogar y la familia, colaborar en la empresa familiar o ganar algún dinero para los gastos propios fuera del horario escolar o en vacaciones (trabajo colaborativo).

No obstante, se estará ante un supuesto de trabajo infantil que califique como algún delito de explotación laboral cuando el trabajo o la prestación del menor se realice con el empleo de violencia, coacción o intimidación o abuso de una situación especial de vulnerabilidad. Es decir, cuando se emplean medios violentos. Por ejemplo: si menores de edad inmigrantes indocumentados trabajan bajo la amenaza del empleador de denunciar a sus padres inmigrantes para que sean expulsados del país.

Pero también existen casos de trabajo de niñas, niños y adolescentes que, sin realizarse bajo el empleo de alguno de los medios violentos, coercitivos o abusivos indicados, pueden calificarse como esclavitud, servidumbre, trabajo forzoso o trata con fines de explotación laboral. En estos casos el criterio más importante para identificar un supuesto de explotación laboral infantil está constituido por el trabajo especialmente riesgoso para la salud, la seguridad o la moralidad de los niños, niñas o adolescentes, tal como se desprende del Convenio 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil y del Decreto Supremo N.º 009-2022-MIMP. Podemos encontrar ejemplos de este tipo de explotación cuando los menores de edad trabajan con sustancias tóxicas para la salud, herramientas peligrosas para su integridad corporal o moral (damas de compañía).



## Tomar en cuenta que...

La Corte Suprema de Justicia, en el **RN N.º 1610-2018-Lima y la Casación N.º 1190-2018 Cusco**, valora las condiciones en las que labora el/la menor a partir de criterios como el de idoneidad del trabajo o prestación o el carácter riesgoso de este para su salud, seguridad o integridad moral.

En el primer caso, el referido recurso de nulidad analizó la situación de una menor de edad que desempeñaba labores del hogar desde las 6:30 a. m. en la vivienda de su empleadora, quien le retuvo el DNI; solo se le permitía salir del lugar una vez al mes y recibía una “remuneración” de S/ 20,00 (veinte soles) mensuales. Ante ello, la Corte Suprema señaló que “no se trata de un incumplimiento de derechos laborales, en el presente caso hay aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad antes expuesta para captar y transportar a la menor agraviada, evidenciando la finalidad de explotación al imponerle condiciones laborales precarias, retención de documentos, imposibilidad de salir en el momento que deseara, una suma excesivamente reducida de salario, actividades y horarios de trabajo no acordes a la edad de una menor” (p. 25).

Por su parte, en la **Casación N.º 1190-2018-Cusco** se estableció que la situación de una menor de edad que se desempeñaba como dama de compañía resultaba un supuesto de explotación laboral por cuanto “(...) las damas de compañía están expuestas a tocamientos de connotación sexual, comentarios de la misma naturaleza y la expectativa de realizar ‘pases’, esto es, la práctica del acto sexual/prostitución con los clientes, a cambio de una contraprestación económica, de la cual la víctima puede recibir una parte proporcional, mínima o ninguna. En este contexto, se produce una relación de asimetría o dominio del agente activo sobre la víctima” (fundamento décimo noveno).

Es preciso señalar que la Cuarta Sala Penal con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima ha indicado, en el **Expediente N.º 6744-2019**, que la instrumentalización de menores de edad para la venta de golosinas en las calles (mendicidad) constituye una de las peores formas de trabajo infantil, por cuanto “el trabajo puede perjudicar la salud o el bienestar de los niños o ponerlos en peligro” (fundamento 7).

# Referencias

## Libros y/o artículos

- Defensoría del Pueblo & CHS Alternativo. (2020). *Informe N.º 001-2020-DP/ADHPD. Abordaje judicial de la trata de personas.*
- Díez, D. (2009). La mendicidad infantil. *La Calle: revista sobre situaciones de riesgo*, (12), 8-9.
- Gallo, P. (2020). Entre la esclavitud y la explotación laboral: breve comentario al caso "Nicolini". *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 135: 85-93.
- Montoya, Y. (2016). El delito de trata de personas como delito complejo y sus dificultades en la jurisprudencia peruana. *Revista Derecho PUCP*, (76), 393-419.
- Montoya, Y., Blouin, C. y Vílchez, L. (2017). Informe sobre la sentencia de la Corte Suprema acerca de trata de personas. IDEHPUCP. [https://idehpucp.pucp.edu.pe/lista\\_publicaciones/informe-sobre-sentencia-de-la-corte-suprema-sobre-trata-de-personas/](https://idehpucp.pucp.edu.pe/lista_publicaciones/informe-sobre-sentencia-de-la-corte-suprema-sobre-trata-de-personas/)
- Montoya, Y., Quispe, F., Blouin, C., Rodríguez, J., Enrico, A. y Gómez, T. (2017). *Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de trata de personas.* (2.ª edición). Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Democracia y Derechos Humanos.
- OIT. (2012). *ILO Indicators of forced labour.*
- Olarte, S. (2018). La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre esclavitud, servidumbre y trabajo forzado: análisis crítico desde la perspectiva laboral. *Temas laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, (145), 55-86. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6869650>
- Pomares, E. (2011). El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, números 13-15. <http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-15.pdf>
- Queralt, J. J. (2015). *Derecho penal español. Parte especial.* Tirant lo Blanch.
- Rodríguez Vásquez, J. A. (2022). Análisis de las sentencias recaídas en el Expediente 06744-2019/Lima: trabajo forzoso y mendicidad infantil. *Boletín jurisprudencial sobre trata de personas, trabajo forzoso y otras formas de explotación*, 1(2): 3-7.
- Ragués i Vallés, R. (2013). Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en derecho penal. *Discusiones*, 13(2): 11-38.

- Rodríguez Vásquez, J. y Montoya Vivanco, Y. (2020). *Lecciones sobre el delito de trata de personas y otras formas de explotación*. Dirigido a juezas y jueces penales. Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ-DAD).

## Jurisprudencia

### **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

- Sentencia del 20 de octubre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Caso Trabajadores de la Hacienda Verde vs. Brasil.
- Sentencia del 26 de septiembre de 2018 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Caso López Soto y otros vs. Venezuela.

### **CUARTA SALA PENAL CON REOS EN CÁRCEL**

- (2021, 30 de junio). Sentencia recaída en el Expediente N.º 6744-2019.

### **SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

- (2011, 6 de diciembre). Acuerdo Plenario N.º 3-2011/CJ-116.
- (2019, 10 de septiembre). Acuerdo Plenario N.º 06-2019/CJ-116.

### **SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

- (2014, 7 de octubre). RN N.º 529-2014-Lima.
- (2019a, 13 de noviembre). Casación N.º 790-2018-San Martín.
- (2019b, 27 de mayo). RN N.º 1610-2018-Lima.
- (2021a, 21 de septiembre). Casación N.º 1636-2019/ICA.
- (2021b, 20 de julio). Casación N.º 1351-2019-Puno.

### **SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

- (2021a, 27 de octubre). Casación N.º 1459-2019-Cusco.
- (2021b, 3 de septiembre). Casación N.º 1190-2018-Cusco.

### **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

- (2006, 24 de abril). STC Expediente N.º 0047-2004-AI/TC.



# MÓDULO II

La restricción de derechos fundamentales con fines instrumentales en los procesos por el delito de trata de personas y explotación



# MÓDULO II

## La restricción de derechos fundamentales con fines instrumentales en los procesos por el delito de trata de personas y explotación

1. ¿Qué son las medidas de búsqueda de pruebas y restricción de derechos en el proceso penal? ¿Todas las medidas de este tipo aplicables en un proceso por trata de personas y explotación requieren autorización judicial?
2. ¿Cuáles son las medidas de búsqueda de pruebas y restricción de derechos más habituales en los casos de trata de personas y explotación?
3. ¿Qué buenas prácticas han sido identificadas en la tramitación y resolución de medidas de búsqueda de pruebas y restricción de derechos en los casos de trata de personas y explotación?
4. ¿Qué son, dónde están reguladas y cuáles podrían ser las técnicas especiales de investigación más importantes en los procesos por el delito de trata de personas y explotación?

# 1. ¿Qué son las medidas de búsqueda de pruebas y restricción de derechos en el proceso penal? ¿Todas las medidas de este tipo aplicables en un proceso por trata de personas y explotación requieren autorización judicial? ¿Cuál es el régimen aplicable a los medios de investigación y/o pruebas resultantes de estas medidas?

Las medidas de búsqueda de pruebas y restricción de derechos son actos de investigación previstos en la normativa procesal (artículos 202-241 del Código Procesal Penal —en adelante, CPP—, entre otros) que están orientados a la obtención de nuevas fuentes de prueba y que, debido al objeto sobre el que recaen o a su propia naturaleza, afectan determinados derechos fundamentales (Sánchez Velarde, 2020, p. 330). En este sentido, su aplicación debe regirse por los principios anteriormente señalados (intervención indiciaria y proporcionalidad), previstos además en la Ley.

Los procesos penales por el delito de trata de personas, así como los relacionados con los distintos tipos penales de explotación vinculados con este, no son la excepción a esta regla, de modo que el órgano jurisdiccional deberá verificar que los requerimientos que presente la Fiscalía orientados a la obtención de nuevas evidencias cumplen con el respeto de tales principios, de acuerdo con el artículo 203 incisos 1 y 2 del CPP. Todo lo que se indica en las próximas líneas es aplicable tanto a los casos de trata de personas como a los que corresponden a las distintas formas de explotación criminalizadas.

No obstante, es preciso recordar aquí que no todas las medidas de búsqueda de pruebas y restricción de derechos contempladas en el Código requieren contar con una autorización judicial. En efecto, existe una cantidad significativa de ellas que, por representar una afectación mínima de derechos fundamentales, pueden ser practicadas directamente por la Policía o el Ministerio Público o, en ciertos casos, por la Policía bajo la autorización de la Fiscalía. **De todo este grupo, en el apartado siguiente se detallan las que son habituales en los casos de trata de personas.**

Como señala San Martín Castro (2020, p. 425), medidas como:

- la **prueba de alcoholemia** (artículo 213 CPP)
- el **registro de personas** (artículo 210 CPP)
- el **control de identidad y policial público** (artículos 205-206 CPP)
- el **aseguramiento de documentos privados** (artículo 232 CPP)

- la **recolección y conservación del cuerpo del delito y elementos de convicción** (artículo 68.1.d CPP)<sup>2</sup> o

- en casos de flagrancia delictiva, el **allanamiento** (artículo 214 CPP),

pueden ser practicadas directamente por la Policía sin que el fiscal haya recabado una orden judicial previa. Por otro lado, pueden ser ejecutadas por la Policía, simplemente dando cuenta al fiscal:

- de las **pesquisas en lugares abiertos, cosas o personas y operaciones técnicas** (artículo 208 CPP)
- de las **retenciones para pesquisas** (artículo 209 CPP)
- de la **exhibición e incautación de bienes en flagrante delito o peligro inminente de su perpetración** (artículo 68.1.k concordado con el 218.2 CPP —solo la primera fase—) y
- de las **intervenciones corporales mínimas**, siempre que no sean riesgosas y no puedan afectar la salud (artículo 211.5 CPP).

Existen también medidas que puede llevar a cabo la Policía por orden del fiscal, sin intervención del juez, como:

- la **videovigilancia** (artículo 270 CPP)
- el **registro de personas** (artículo 210 CPP) y
- el **aseguramiento e incautación de documentos contables y administrativos** (artículo 234 CPP).

El propio fiscal puede también directamente realizar:

- **mínimas intervenciones personales** (artículo 211.5 CPP)
- la **incautación de documentos que no sean privados** (artículo 224 CPP)
- el **aseguramiento de documentos privados** (artículo 234 CPP)
- la **práctica del reconocimiento de personas**, siempre que esté presente el defensor del imputado (artículo 189 CPP)
- la práctica del **reconocimiento de voces, sonidos y cosas**, con presencia del abogado defensor (artículos 190-191)
- el **registro de personas y retención tras allanamiento con orden judicial** (artículo 217.2 CPP) (San Martín Castro, 2020, p. 425).

---

<sup>2</sup> En este caso la norma solo exige que el acto se lleve a cabo “bajo la conducción del Fiscal”.



## Tomar en cuenta que...

La ausencia de una intervención jurisdiccional directa en estas medidas no equivale a una carta blanca para que el Ministerio Público o la Policía actúen sin guardar mayor respeto por los principios de proporcionalidad e intervención indiciaria antes señalados, ni tampoco es un salvoconducto para eludir el deber de motivación que también es aplicable para los requerimientos fiscales (Sánchez Velarde, 2020, p. 332). De hecho, para que la prueba resultante de estas medidas pueda ser utilizada en juicio, uno de los requisitos es que se haya cumplido rigurosamente con el procedimiento previsto en la norma procesal en cada caso, como veremos posteriormente (San Martín Castro, 2020, p. 841).

**De lo contrario, la defensa podrá oponerse a su empleo a través de una tutela de derechos que sí será de conocimiento de la autoridad judicial.** En efecto, esta herramienta procesal puede ser usada para solicitar la exclusión de la información recopilada por constituir prueba ilícita o irregular, tal y como lo reconoce el Acuerdo Plenario N.º 4-2010/CJ-116 (Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema, 2010a, fundamento 17). Para ello será necesario que dicha información haya servido para sucesivas diligencias o para la obtención de otras medidas de búsqueda de pruebas y restricción de derechos, además de la afectación a derechos fundamentales propia del uso de prueba ilícita o irregular.

Junto a las medidas de búsqueda de pruebas y restricción de derechos no jurisdiccionales, existen las que **sí requieren intervención judicial** y que se caracterizan por representar un grado de afectación a derechos fundamentales de mayor incidencia, situación que motiva la intervención del juez de la investigación preparatoria. Entre este tipo de medidas se cuentan:



- ▶ La incautación forzosa por peligro en la demora que ejecuta el Fiscal pero que requiere confirmatoria judicial (art. 218.2 CPP), y
- ▶ El examen corporal realizado a una mujer en una situación de urgencia que compromete su pudor (art. 211.3 CPP), que también requiere de confirmatoria judicial.

Por otra parte, las que exigen una autorización judicial de manera anterior a su ejecución y no pueden ser ejecutadas sin contar con ese permiso previo del juez de la investigación preparatoria son las siguientes:



- ▶ el examen corporal (art. 211.1 CPP)
- ▶ el allanamiento domiciliario cuando no existe flagrancia (art. 214.1 CPP)
- ▶ el registro de personas posterior al allanamiento (art. 217 CPP)
- ▶ la incautación o exhibición forzosa de bienes delictivos (art. 218.1 CPP)
- ▶ la interceptación, incautación y apertura de envíos postales (art. 226 CPP)
- ▶ la intervención y grabación de comunicaciones (art. 230 CPP)
- ▶ la incautación de documentos privados, contables y administrativos (art. 233-234 CPP)
- ▶ el levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria requieren necesariamente la orden previa del Juez (arts. 235-236 CPP)
- ▶ la clausura o vigilancia temporal de locales (art. 237.1 CPP)
- ▶ la inmovilización de cosas muebles de grandes dimensiones (art. 237.2 CPP) (San Martín Castro, 2020, p. 426).

Un punto que merece ser destacado en relación con lo anterior es que el resultado de las medidas de búsqueda de prueba y restricción de derechos anteriormente listado dará lugar, en muchos casos, a la llamada **prueba preconstituida**, a partir de las **actas** que la Policía y la Fiscalía levanten para ello. Este tipo de prueba se define como la compuesta por el producto de las diligencias de investigación **objetivas e imposibles de reproducir**, habitualmente obtenidas durante las diligencias preliminares o la investigación preparatoria ya formalizada, y plasmadas en actas por efectivos policiales o representantes del Ministerio Público. Por ejemplo, las actas de reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación, allanamiento, etcétera (Cubas Villanueva, 2015, p. 405).



## Tomar en cuenta que...

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema ha precisado, en la Casación N.º 21-2019-Arequipa, que la preconstitución probatoria solamente abarca la prueba material y la documentada o documental pública (fundamentalmente actas como las ya señaladas), mientras que la prueba anticipada comprende la prueba personal (es decir, declaraciones) (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, 2020, considerando quinto, p. 7). Esta distinción es particularmente importante para los casos de trata de personas y explotación, ya que uno de los medios de prueba más relevantes en este tipo de casos es la declaración de la o las agraviadas. El régimen legal que corresponderá a dichas declaraciones no es el de la prueba preconstituida, sino más bien, en caso de cumplirse los requisitos, el de la prueba anticipada.

En ese contexto, no puede negarse que la “prueba preconstituida” es problemática en relación con la inmediación y el derecho de defensa durante el juicio oral, debido a que se trata, en realidad, de un acto de investigación ejecutado en la fase previa al juicio oral que se plasma en un acta y luego se usa en el juzgamiento como elemento de cargo. El medio probatorio que se incorpora al juicio oral es el acta misma que, de acuerdo con el artículo 383 inciso 1 literal ‘e’ del CPP, constituye prueba documental.

Esta norma, de interpretarse literalmente, podría generar cuestionamientos entendibles incluso a nivel constitucional, **de los cuales el juez que conozca la causa debe ser consciente para poder tomar las medidas correctivas apropiadas**, ya que las facultades de contradicción y el principio de inmediación a los que tiene derecho la defensa se verían mermados si se pretende actuar el acta solo a través de su oralización. Ello ha llevado a los sectores más críticos a sostener que la prueba preconstituida “es una prueba que no debe ser valorada en el proceso penal por llevarse a cabo sin la intervención de un órgano jurisdiccional y por tener lugar antes del inicio del proceso” (Neyra Flores, 2010, p. 618).

La propia Corte Suprema, al resolver el Recurso de Nulidad N.º 1584-2014-Lambayeque, declaró que “la prueba preconstituida tiene un poder probatorio disminuido”, pues “se genera sin contradicción” o con una contradicción “casi nula”, dado que la inmediación del juzgador “está más alejada del hecho de lo que suele ocurrir con otras pruebas”, y “cuando sea sometida a debate, poco se podrá hacer para cuestionar la información consignada. A lo mucho se podrá intentar cuestionar su validez, lo cual casi nunca tiene éxito (...)”<sup>3</sup> (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, 2015, FJS 1-3, p. 10).

<sup>3</sup> Lo cuestionable de esta decisión es más bien el hecho de que consideró el Informe Especial de Auditoría de la Contraloría General de la República como una prueba preconstituida, en lugar de una pericia institucional.

Todos estos cuestionamientos, sin embargo, pueden superarse si **el juez a cargo** toma algunas previsiones con relación al modo de actuación de la prueba preconstituida en el juicio oral, **que se listan en lo que sigue para una mejor comprensión:**

- **PASO 1:** Verificar si la defensa intervino o tuvo la posibilidad de intervenir en la diligencia realizada por el Ministerio Público que dio lugar al acta que se propone como prueba preconstituida. Para ello, el juez puede solicitar la exhibición de los cargos de notificación respectivos en poder de la Fiscalía. La representación de la defensa puede también haber estado a cargo de la defensa pública. Si no intervino, el valor probatorio que se le puede dar al acta será reducido, y no podrá ser determinante para formar la convicción judicial.
- **PASO 2:** Determinar, en función del tipo de diligencia que se encuentra plasmada en el acta, **cuál es la mejor forma de proceder a la ratificación formal** de su contenido durante el juicio oral. Debe procurarse que el método de ratificación elegido no consista **solo en la lectura del acta por regla general**, ya que ello supondría dejar a la defensa con posibilidades muy escasas de contradicción. Resulta necesario optar por **el que permita mayores posibilidades de defensa, en especial si se trata de un medio de prueba que podría ser determinante para el sentido de la decisión.**



### Tomar en cuenta que...

Si se trata de un **acta de inspección o reconocimiento**, por ejemplo, lo recomendable es citar a los efectivos policiales que participaron de estos actos de investigación, para que la defensa pueda interrogarlos sobre el procedimiento que se siguió durante la diligencia. Igualmente, debería permitirse a la defensa interrogar a la agraviada o testigo que haya participado del reconocimiento. Solo en el caso de que no sea posible que estos concurren podría optarse únicamente por la lectura del acta.

Si, por el contrario, **sí resulta posible que concorra, se le debería convocar necesariamente.** Si bien es cierto que no se podrá reproducir en juicio la concreta circunstancia que quedó plasmada en el acta —por ejemplo, el hallazgo de preservativos en el cuarto donde se explotaba sexualmente a las víctimas de trata, tal y como sucedió en los hechos contenidos en la Casación N.º 950-2020-Cusco (Sala Penal Permanente, 2022, considerando tercero, p. 6)—, su presencia permitirá a la defensa someter a control y contradicción, por medio de la técnica del contraexamen, las condiciones en las que se produjo el hallazgo, el manejo apropiado de la cadena de custodia o incluso la existencia de circunstancias personales que puedan hacer dudar de la credibilidad de lo plasmado en el documento (sanciones disciplinarias relacionadas, etcétera) (Oré Guardia, 2015, p. 253).

Por otro lado, en los casos en los que sea posible visualizar o reproducir el material que fue materia de la diligencia plasmada en el acta, **es claro que dicha reproducción debe volver a realizarse durante el juicio oral** (por ejemplo, videos o audios). En estricto, en este tipo de casos **solo nos encontraremos ante una prueba preconstituida** cuando el objeto de la prueba abarque no solo la existencia y el contenido del medio audiovisual que será reproducido en el juicio oral, sino también las condiciones en las que fue obtenido. Este último dato fáctico es el que no puede reproducirse en el juicio aunque conste en el acta, lo que genera que sea considerada como prueba preconstituida. De ahí la importancia de que la defensa haya estado representada en la diligencia que se plasmó en ella.

Por ejemplo, las grabaciones de conversaciones obtenidas a través de una interceptación telefónica ciertamente pueden reproducirse en juicio oral, pero la fecha y hora en la que se obtuvieron no, ni tampoco los números celulares a los que correspondía la llamada interceptada, ni sus titulares. Estos últimos datos solo constan en el acta de escucha y transcripción respectiva emitida durante la investigación fiscal, razón por la cual esta también debe ser actuada y valorada durante el juicio oral.



### Tomar en cuenta que...

Como regla general, mientras mayores limitaciones haya tenido la defensa para poder intervenir en la diligencia practicada durante la investigación que dio lugar al acta considerada como prueba preconstituida, mayores posibilidades de contradicción deberían reconocérsele al momento de la actuación de aquella durante el juicio oral.

En caso de ser necesario, el juez está autorizado por el artículo 385.2 del CPP a recurrir a la prueba de oficio para que se actúen en juicio oral medios de prueba útiles para dotar de mayor verosimilitud a la prueba preconstituida. Por ejemplo, la Fiscalía olvidó ofrecer la declaración de los efectivos policiales que intervinieron en una inspección y solo ha ofrecido el acta respectiva. El juez puede, de oficio, ordenar que declaren en juicio.

- **PASO 3:** Actuar en juicio la prueba preconstituida, y concederle el valor probatorio que corresponda considerando no solo su contenido, sino también las limitaciones al derecho de defensa que hayan existido para la realización de la diligencia respectiva durante la fase de investigación.

La prueba preconstituida derivada de medidas de búsqueda de prueba y restricción de derechos es utilizada en los casos de trata de personas y explotación con no poca frecuencia, por lo que, para evitar cuestionamientos a su empleo al momento de fundamentar el razonamiento judicial, **deberán seguirse las pautas que se detallan más abajo**. Un ejemplo clásico son las **actas de constatación, verificación**

**e incautación que suele levantar la Policía cuando interviene algún local nocturno** donde se explota a víctimas de trata, las cuales han sido empleadas como prueba de cargo en varios casos (vgr., Trigésimo Segundo Juzgado Penal de Lima, 2013, fundamento 10).

Lo mismo puede decirse de las actas de intervención policial y verificación de local practicadas en el centro de labores en el que se encuentra a la agraviada de un delito de trata de personas con fines de explotación laboral, que se usan para sustentar una condena posterior (Quinto Juzgado Penal Liquidador de Lima, pp. 10-11). Las actas de registro personal son también un medio de prueba que sirve para la misma finalidad (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, 2022, numeral 1.8, p. 7).

Otra cuestión que resulta importante que el juzgador tenga en cuenta, considerando que en muchos de los casos de trata de personas y explotación estas actas van a tener un valor probatorio muy importante, es el régimen legal de tales actas, así como los cuestionamientos más habituales que la defensa suele formular respecto de ellas, así como las líneas jurisprudenciales existentes elaboradas por la Corte Suprema sobre el particular. Al respecto, debe señalarse lo siguiente:

- El régimen general para la elaboración de actas está previsto en los artículos 120 y 121 del CPP. Este obliga a que **las actas sean siempre anotadas indicando lugar, fecha y hora de su realización, y que deben ser firmadas por las personas que intervinieron en ellas**. También se exige que incluyan una **descripción de las acciones realizadas**.
- El acta **siempre debe ser suscrita por el funcionario que la redacta y los asistentes, previa lectura, debiendo dejarse constancia si alguno de ellos no desea firmar**. La invalidez del acta solamente puede producirse **si no existe certeza sobre quiénes intervinieron en la diligencia, y si falta la firma del funcionario que la redactó**. La ausencia de formalidades del acta solamente impedirá su valoración cuando esta no pueda subsanarse recurriendo a otros medios probatorios vinculados, y las diligencias no puedan ser reproducidas con posterioridad. Además, se requiere que lo anterior provoque un agravio específico e insubsanable al imputado (artículo 121-2 CPP).



### Tomar en cuenta que...

La Corte Suprema ya ha dejado establecido, en la Casación N.º 70-2010-Lambayeque, que cualquier alegación de coacción o maltrato físico para forzar al imputado a firmar un acta de registro personal queda superada o convalidada si el abogado defensor la firma (se entiende, sin dejar constancia del alegado maltrato) y no hay evidencias para demostrarlo (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, 2011, fundamento décimo noveno, p. 13).

También se ha precisado en la Casación N.º 574-2015-San Martín —y en muchos otros pronunciamientos— que **no es necesaria la presencia del fiscal para**

elaborar un acta de incautación tras una pesquisa policial, y que el hecho de que el intervenido se niegue a firmarla no afecta su validez formal, así como tampoco es relevante que no haya sido levantada en el mismo lugar de los hechos (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, 2016, FJ tercero, p. 2), ya que existen diversas razones de seguridad y urgencia que pueden justificar esta situación. Este mismo criterio ha sido precisado en la Casación N.º 294-2021-Lima Norte, en la que la Corte añadió que **no se requiere la presencia del fiscal para levantar las actas cuando la situación transcurre en un escenario de cuasi-flagrancia** (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, 2022c, fundamento quinto, p. 7).

**Distinta es la situación cuando** todos los policías intervinientes no han firmado el acta y, además, el imputado tiene signos de haber sido agredido que concuerdan con sus alegaciones de haber sufrido violencia policial. En casos como este, la Corte Suprema ha ordenado un nuevo juicio oral para que todos los participantes en la intervención declaren y den cuenta de si el contenido del acta es correcto y, efectivamente, se halló en poder de la evidencia incriminadora al procesado o no, tal y como se observa en la Ejecutoria que resolvió el Recurso de Nulidad N.º 46-2020-Lima Sur (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, 2020, fundamento décimo tercero, p. 10).



#### No comprometen la posibilidad de usar las actas en el proceso

- Que el imputado se niegue a firmar (debe dejarse constancia de su negativa).
- Que el acta no haya sido levantada en el lugar de los hechos (debe explicarse por qué en el acta).
- Que no haya estado presente el fiscal (siempre que no sea una diligencia que requiera su intervención necesariamente).



#### Sí comprometen la posibilidad de usar las actas en el proceso

- Que no todos los que intervinieron hayan firmado el acta sin justificación válida.
- Que existan indicios razonables de coacción para la firma del acta (signos de violencia comprobados, por ejemplo).
- Que no esté fechada ni se indique dónde o a qué hora se realizó (siempre que ello no se pueda subsanar con otro documento).
- Que no haya sido levantada por autoridad competente.

## 2. ¿Cuáles son las medidas de búsqueda de pruebas y restricción de derechos más habituales en los casos de trata de personas y explotación?

### 2.1. Pesquisas o inspecciones en lugares abiertos, retenciones para pesquisas y registro de personas (artículos 68.1 literales 'd' y 'j', 208, 210 del CPP)

Una de las medidas de búsqueda de pruebas y restricción de derechos más recurrente en los casos de trata de personas son las intervenciones que realiza el personal policial en los centros de esparcimiento en los que habitualmente se explota a las víctimas de este delito. Se trata, generalmente, de *night clubs*, bares, discotecas, *pubs*, restaurantes-bares, que en muchas ocasiones son centros de prostitución encubiertos.

Al tratarse de locales abiertos al público, la Policía está expresamente facultada para practicar allanamientos en su interior sin orden judicial (artículo 68, inciso 1, literal 'j', concordado con el artículo 208, inciso 1, del CPP), regla que, por cierto, era distinta bajo la norma procesal anterior (el artículo 1, inciso 10, de la Ley 27934 facultaba a la PNP a allanar locales abiertos al público, pero solo en caso de flagrancia). Adicionalmente, también se encuentra facultada para realizar un registro de las personas que se encuentren en estos locales nocturnos (artículos 208 y 210 del CPP) en la búsqueda de indicios que puedan servir para acreditar la comisión del delito de trata de personas o explotación. También está autorizada a recoger y/o conservar los elementos indiciarios relevantes que descubra durante la realización de estas intervenciones (artículo 208, inciso 2, CPP), así como a dejar constancia de su existencia en el acta respectiva.

#### Elementos indiciarios obtenidos en pesquisas o inspecciones por casos de trata de personas y explotación

- ▶ *Tickets* o "fichas" que sirvan para llevar un conteo de cuánto corresponde pagarle a cada dama de compañía en función de la cantidad de clientes que haya atendido en una noche.
- ▶ Dinero, preservativos, bebidas alcohólicas.
- ▶ Hallazgos de documentos de identidad de las agraviadas en lugares fuera del alcance de estas (como cajas fuertes o simplemente espacios distintos a aquellos en los que estas se desenvuelven), debido a que son sintomáticos de una situación de retención en contra de su voluntad.
- ▶ Registro de las características del local intervenido e identificación de los espacios en los que podría haber dormitorios, camas y otros objetos que acrediten la real naturaleza del negocio.

- ▶ Contraste de los agraviados acerca de las áreas de un local determinado en donde trabajaban en condiciones infrahumanas con el contenido de las actas de inspección que puedan demostrar la efectiva existencia de esas áreas, y de las actas de hallazgo y recojo que den cuenta de los indicios que acrediten los actos de explotación. Por ejemplo, en el trágico caso de la Galería Nicolini, las actas de Inspección Técnico-Policial y de Hallazgo y Recojo sirvieron para demostrar que los agraviados habían estado trabajando en el etiquetado fraudulento de fluorescentes, en el lugar donde luego se produjo el incendio (Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Reos en Cárcel, fundamento 35, p. 19).

Con relación al estándar de intervención indiciaria necesario para ejecutar esta medida, la norma alude a “motivos plausibles” (208, inciso 1, del CPP). Dada la baja incidencia de esta medida en los derechos de los afectados y el hecho de que la norma no requiere mayor intervención de la judicatura, es adecuado identificar el fraseo con el estándar de “sospecha simple”, que es el de menor intensidad entre los que existen en el proceso penal.



### Tomar en cuenta que...

Se debe prestar especial atención a los detalles consignados en este tipo de actas para verificar datos que pueden ser claves para esclarecer un caso de trata de personas; por ejemplo, dónde fueron encontrados los documentos de identidad de las agraviadas, a qué hora se produjo la intervención policial, etcétera. De igual modo, no caer en el error de pensar que este tipo de intervenciones requieren autorización judicial o flagrancia para excluir las actas respectivas.

## 2.2. Allanamientos e incautaciones (artículos 214, 218 y ss. del CPP)

Otra de las medidas de búsqueda de pruebas y restricción de derechos que suelen utilizarse en los casos de trata de personas y explotación son los allanamientos (de locales y viviendas privadas y no abiertas al público), y las incautaciones. Los primeros se encuentran autorizados por el artículo 214.1 del CPP, mientras que los segundos tienen una regulación más difusa y están previstos en diversos artículos del CPP, como producto de la doble naturaleza que el ordenamiento atribuye a las incautaciones (pueden ser **instrumentales** o **cautelares**).

En lo que respecta a los **allanamientos**, con frecuencia estos son solicitados para ingresar al domicilio de personas sindicadas como posibles tratantes. Como se sabe, y señalan expresamente los artículos 2.9 de la Constitución y 214, inciso

1, del CPP, en los casos de flagrancia o grave riesgo de la comisión de un hecho delictivo no se requiere orden judicial para entrar. La utilidad de esta cláusula en los casos de trata de personas y explotación hasta el momento no ha dado lugar a algún pronunciamiento judicial del que se tenga conocimiento. Sin embargo, es patente que algunas de las conductas previstas en el tipo penal de trata aluden a comportamientos que pueden prolongarse en el tiempo y, en esa línea, posibilitarían la realización de un allanamiento en flagrancia. Esto podría suceder con las modalidades de **acoger** y, sobre todo, **retener**.



### Tomar en cuenta que...

En caso de optarse por un allanamiento sin orden judicial por flagrancia, cuasi-flagrancia o peligro grave de la comisión de un hecho delictivo, será preciso tener en consideración los criterios fijados por la Corte Suprema en la Casación N.º 553-2018-Lambayeque, conforme a la cual el allanamiento en flagrancia requiere necesariamente verificar la existencia de: i) inmediatez temporal, esto es, que la acción delictiva esté en curso o haya terminado poco tiempo después de realizarse el allanamiento; ii) inmediatez corporal, es decir, que el delincuente se encuentre en el lugar de los hechos, desarrollando alguna acción que lo vincule con el delito (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, 2019, fundamento 7, p. 8).

Para un allanamiento en cuasi-flagrancia, en cambio, se requiere: iii) percepción directa y efectiva del hecho por parte de algún efectivo policial —ya sea visto directamente por él mismo o percibido a través de algún material fotográfico o fílmico—; iv) necesidad urgente de intervención policial. En buena cuenta, es necesaria la presencia del delincuente en el sitio cometiendo un delito o fugando del lugar justo después de haberlo perpetrado, sin que sea relevante que se haya logrado capturarlo o que este logre escapar (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, 2019, fundamento 7, p. 8). En esta línea, si la Policía tiene evidencia suficiente para considerar que, por ejemplo, ciertas víctimas de trata de personas se encuentran retenidas en un domicilio determinado o van a ser llevadas a otro lugar luego de haber sido captadas y acogidas en la vivienda de uno de los tratantes, puede ingresar sin necesidad de contar con una orden judicial.

**Otro mecanismo válido, aunque menos utilizado, por el cual es posible ingresar a una vivienda sin contar con una orden judicial es, llanamente, recabar el consentimiento del titular.** Aun así, se podrían formular algunos cuestionamientos respecto de la intimidación que puede llegar a sentir quien debe consentir el ingreso cuando es la propia Policía, a veces incluso con el fiscal, la que toca la puerta y solicita ingresar en la vivienda.



## Tomar en cuenta que...

La Corte Suprema ha validado registros domiciliarios en los que se ha solicitado al titular de la vivienda el ingreso:

- En la Casación N.º 342-2019-Huánuco se dio por aprobado el permiso de la titular del inmueble para ingresar, a pesar de que esta nunca firmó el acta respectiva y alegaba no haber dado su consentimiento. Para eso se tomó como base la declaración de los policías que practicaron la intervención y la ausencia de pruebas de la falta de autorización. Los policías alegaban que la titular los autorizó a entrar, pero luego se negó a firmar el acta respectiva cuando encontraron droga en el interior de la vivienda (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, 2020c, fundamentos jurídicos 20 a 24, pp. 17 a 20).
- En cambio, en el caso del Recurso de Nulidad N.º 1589-2013-Lima, en el que se demostró que los titulares del domicilio no podían haber aceptado el ingreso de los agentes policiales (a pesar de que las actas respectivas afirmaban lo contrario), porque ni siquiera hablaban castellano, la Corte negó la validez del allanamiento y declaró que la evidencia hallada en el interior del inmueble constituía prueba ilícita (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, 2013, fundamentos jurídicos 7 a 10, pp. 4 a 5).

Con respecto al estándar de verosimilitud de la imputación aplicable para dictar una medida de allanamiento, la norma habla de “motivos razonables” para considerar que alguno de los imputados se oculta en la vivienda, casa de negocio, dependencias cerradas o recinto habitado temporalmente, o que se encontrará allí a otras personas evadidas de la investigación, o evidencias que ayuden a esclarecer los hechos investigados. No está del todo claro cuánta evidencia representa este estándar con relación a los que habitualmente se utilizan en el proceso penal (sospecha simple, sospecha reveladora, sospecha suficiente, sospecha grave o fuerte).



## Tomar en cuenta que...

La nomenclatura “motivos razonables” empleada por el legislador no sugiere que la imputación deba tener un alto grado de acreditación para conceder la medida. La norma habla solo de “motivos razonables”, y no emplea alguna fórmula o término que enfatice la necesidad de contar con mayores elementos indiciarios. En este sentido, el estándar de acreditación provisional de la imputación necesario para dictar la medida debería ser superior al de la sospecha inicial simple (que es el más bajo de todos, apenas requerido para abrir investigación e iniciar diligencias preliminares), pero inferior al de la sospecha reveladora (que es el que el fiscal debería satisfacer para formalizar la investigación). El hecho de que la norma

no exija que la investigación ya esté formalizada para autorizar el allanamiento refuerza, en alguna medida, esta interpretación, ya que se esperaría que la Fiscalía formalice investigación solo cuando cumple con el estándar de sospecha reveladora.<sup>4</sup> En la práctica, la judicatura no tiene problema en dictar allanamientos durante las diligencias preliminares, siempre que se cumplan los requisitos señalados.

En lo que respecta a **las incautaciones**, estas proceden sin previa autorización judicial ni fiscal solo cuando existe flagrante delito o peligro inminente de su perpetración (artículo 218, inciso 2, del CPP), debiendo requerir de inmediato la resolución judicial confirmatoria correspondiente. De no darse los presupuestos anteriores, resulta indispensable conseguir la orden del juzgado antes de actuar. La incautación instrumental —que es la que aquí interesa— recae, según el Acuerdo Plenario N.º 5-2010, sobre los bienes que constituyen cuerpo del delito, los que se relacionan con el delito o son necesarios para esclarecer los hechos investigados (Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema, 2010b, fundamento 8).



### Tomar en cuenta que...

La regulación de la incautación bajo el Código de Procedimientos Penales de 1940 era sustancialmente parecida a la actual, por lo que las reglas generales antes expuestas resultaban muy similares cuando este se encontraba vigente. No obstante, en al menos un caso particular la Corte Suprema se alejó de la pauta anterior, para sostener la existencia de una regla legal de una amplitud mucho mayor en cuanto a la posibilidad de incautar bienes sin contar con una orden judicial previa o posterior. En efecto, en el caso del condenado por narcotráfico y expresidente de la extinta aerolínea Aerocontinente, Fernando Zevallos, la Corte señaló que la Policía y la Fiscalía sí podían incautar la *laptop* del imputado a pesar de que este no se encontraba en flagrancia ni existía una orden judicial de incautación.

Esto resultaba posible, según la Corte, porque la Constitución no tenía una norma expresa que obligase a contar con orden judicial para incautar la “propiedad” en general en su artículo 2 inciso 16, como sí sucedía para la incautación de correspondencia o la detención de personas. El imputado, por otro lado, tenía

<sup>4</sup> Aunque es cierto que pueden producirse escenarios en los que el fiscal, pese a tener indicios suficientes para cumplir con el estándar de sospecha reveladora, no formaliza la investigación por cualquier motivo y decide permanecer en fase de diligencias preliminares. Lo opuesto también puede suceder; esto es, que el fiscal formalice la investigación creyendo erróneamente que tiene suficientes indicios para satisfacer el estándar de sospecha reveladora, cuando en realidad no es así. Dado que la defensa carece de cualquier mecanismo para cuestionar el mérito indiciario de la decisión de formalizar la investigación preparatoria, no se trata de un aspecto controlable para todo efecto práctico.

una orden de detención judicial vigente en función de la cual fue capturado (pero no una de incautación). Por ende, a criterio del Colegiado, solo se requería intervención indiciaria —es decir, indicios de la verosimilitud de la imputación— y proporcionalidad (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, 2020d, fundamento 5, numeral 4, p. 38).

**La medida de incautación no debe confundirse con la medida de recojo y conservación de evidencias, regulada en el artículo 208.2 del CPP,** que se diferencia de la primera por el hecho de que en ese caso los bienes no están en poder de nadie, sino que la Policía o la Fiscalía los encuentran en la propia escena del crimen. El recojo no requiere orden judicial, pero la incautación sí, a menos que medien las circunstancias antes señaladas. Por lo general, los fiscales solicitan y obtienen una orden de incautación junto con la de allanamiento, de manera que ambas se ejecutan al mismo tiempo.

El procedimiento contempla varias maneras de llegar a la incautación del bien. Una primera forma es la que se produce ante la negativa del poseedor de entregarlo o exhibirlo, razón por la cual el fiscal debe requerir al juez ordenar la incautación respectiva. En caso exista peligro de demora, el fiscal puede disponer la incautación por su cuenta, pero deberá requerir la resolución confirmatoria a la brevedad.



### Tomar en cuenta que...

En caso exista peligro de demora, la Corte Suprema ha dejado establecido, en el Acuerdo Plenario N.º 5-2010, que el atraso en requerir la confirmación de la incautación **no acarrea la nulidad de la medida, ni es tampoco irresoluble**. De darse ese supuesto, podrá instarse la responsabilidad disciplinaria contra el fiscal, mientras que el trámite se tendrá por subsanado con el pronunciamiento judicial, aunque sea tardío, correspondiente. La contracara de esta regla es que el bien incautado tampoco podrá ser valorado para ninguna solicitud de la Fiscalía hasta que un juez haya confirmado la incautación (Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema, 2010, fundamento 13, p. 5).

En casos de trata de personas y explotación, además de los elementos indiciarios ya mencionados más arriba, han demostrado aportar información relevante para el esclarecimiento de los hechos la incautación de teléfonos móviles y la de billetes y monedas:

- En la Casación N.º 876-2020-Cusco, la incautación del celular del imputado permitió corroborar la versión de la víctima a partir de la identificación de su número telefónico y el cotejo con las llamadas al teléfono móvil de la agraviada —a partir de las cuales el primero había intentado captarla para explotarla sexualmente—. Aunque la Corte al final recondujo los hechos al delito de favorecimiento a la prostitución, reconoció la relevancia de esta evidencia al incluirla en su recuento de las que habían determinado la decisión de condena impugnada (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, 2022a, fundamento 1.8, p. 7).
- Los billetes y monedas que los procesados portan con ellos al momento de la intervención pueden ayudar a descartar las coartadas de aquellos que son intervenidos —cuando alegan que no tienen mayor relación con el negocio, o que su relación con las víctimas de trata no involucra un elemento lucrativo—.



### Tomar en cuenta que...

Si el dinero es incautado en un contexto de probable trata de personas o explotación, los afectados no pueden reclamar su devolución simplemente alegando que todo o parte de él proviene de actividades lícitas. En todo caso, deberán presentar alguna evidencia relevante de ese hecho, tal y como señaló la Corte en la Casación N.º 1771-2019-Huánuco, en la cual se declaró fundado el recurso de casación del Ministerio Público contra la resolución de Sala que había denegado la incautación del dinero y el oro hallados en poder de una de las procesadas por las razones señaladas (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, 2022d, fundamentos 1.6 y ss.).

Con relación al grado de intervención indiciaria necesario para otorgar la medida, dado que la regulación específica sobre incautación instrumental no contiene ninguna referencia sobre el particular, resulta necesario remitirse a la cláusula general aplicable en estos casos, que se encuentra en el artículo 203, inciso 1, del CPP y hace referencia a contar con “suficientes elementos de convicción”. Esta cláusula no contiene una determinación previa que pueda ser aplicable a todas las medidas de búsqueda de pruebas y restricción de derechos por igual, sino que remite al juez a analizar, en función de la medida sobre la cual deba pronunciarse, qué nivel de verosimilitud de la imputación exigir.

En este caso, al igual que en el de allanamiento —y más aún porque se trata de medidas que suelen dictarse de forma conjunta—, **es razonable que el juez requiera** un estándar situado en algún punto entre la sospecha simple y la sospecha reveladora para conceder la medida.

Además de las razones esgrimidas para llegar a esta misma conclusión en el caso del allanamiento, puede añadirse que, tratándose de una medida instrumental de

búsqueda de pruebas y restricción de derechos de mediana intensidad, no tiene sentido requerir estándares demasiado elevados de verosimilitud de la imputación según los elementos de convicción con los que se cuente para su dictado, dado que la finalidad misma de la medida es, precisamente, obtener nuevos y mayores elementos de convicción, sean de cargo o descargo.

### 2.3. Videovigilancia (artículos 207 y ss. CPP, artículo 14 de la Ley 30077)

Otra de las medidas de búsqueda de pruebas y restricción de derechos que han dado buenos resultados en los casos de trata de personas y explotación, y que por esa razón están adquiriendo cierta recurrencia, sobre todo cuando el delito es cometido por organizaciones criminales, o en el marco de un concierto entre varias personas, es la videovigilancia. La propia norma establece que la medida procede “en casos de delitos violentos o graves, o contra organizaciones delictivas” (artículo 207 CPP).

Esta medida consiste en el registro fílmico o fotográfico de la vivienda del investigado, así como de sus desplazamientos, de ser el caso, de manera que las autoridades puedan obtener información fiable y provechosa sobre con quiénes se reúne, a qué hora, en qué lugares, qué personas concurren a su domicilio. Dependiendo de la herramienta que se utilice para practicar la videovigilancia, se pueden obtener mayores detalles (por ejemplo, no es lo mismo limitarse a las capturas fotográficas realizadas con una cámara normal que hacer grabaciones o tomar fotografías con drones).

Cuando el delito investigado es uno de trata de personas o explotación, el Ministerio Público está facultado para hacer uso de esta medida **ya sea que exista una organización criminal o no**, pues al tratarse de tipos penales sancionados con penas muy altas, es indudable que se satisface el primer supuesto que ofrece la norma para la aplicación de la medida (esto es, que nos encontremos ante un delito violento o grave) (Sánchez Velarde, 2020, p. 341).

Es importante destacar **la regla general** según la cual si la videovigilancia se va a llevar a cabo en lugares abiertos (o, mejor, “públicos”), el fiscal puede disponer esta medida por su propia autoridad (artículo 207.1 CPP); mientras que si el acto de investigación se ejecutará en un lugar cerrado o al interior de un inmueble de carácter privado, será indispensable contar con una autorización judicial (artículo 207.3 CPP).



## Tomar en cuenta que...

En los casos de “lugares cerrados pero abiertos al público” (como discotecas, bares, cines, tiendas, etcétera), la Corte Suprema ha precisado, en el Acuerdo Plenario N.º 10-2019, que no se requiere contar con autorización judicial. En ambos supuestos, como resulta obvio, la medida se ejecuta sin conocimiento del afectado. Para la Corte, un lugar público es aquel “espacio abierto al público al que, en principio, cualquiera podría acceder libremente y sin ningún tipo de autorización específica” (Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema, 2019, fundamento 11, literal E.1, p. 9, y fundamento 27, pp. 22-23).

Una importante excepción a la regla anterior es la que tiene que ver con los casos en los que existen **zonas de interacción entre el individuo y terceros que puedan revelar la vida privada, incluso en un contexto público**. Esta doctrina se origina en el caso *Peck v. Reino Unido*, conocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que la Corte Suprema ha recogido en el Acuerdo Plenario N.º 10-2019. Aunque el caso no trata propiamente sobre el registro, sino sobre la difusión posterior de las imágenes, el antecedente sienta algunos criterios interesantes.<sup>5</sup> En concreto, lo resuelto por el Tribunal permite concluir que el análisis acerca de si el registro de imágenes en video es legítimo no termina con la identificación de si los hechos registrados sucedieron en la vía pública o no. En lugar de eso, es necesario atender al contexto en el que se recaban las imágenes y al tratamiento posterior que se les brinda, así como a la razonable expectativa de privacidad de estar siendo investigados o grabados que pudieran tener los individuos con relación a lo anterior, en función de la actividad que realizaban en la vía pública cuando se produjo el registro.

De igual modo, cuando se registran conversaciones privadas en espacios públicos, es preciso atender al comportamiento de los interlocutores. Si están hablando en un espacio público, pero de una manera que claramente evidencia que no desean que los demás puedan oírlos, será necesario recabar una orden judicial previa (Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema, 2019, fundamento 29, pp. 23-24).

---

<sup>5</sup> El caso versa sobre una persona que sufría de depresión y fue grabada por las cámaras de seguridad del ayuntamiento de Brentwood en una vía pública, cuando se dirigía a un rincón de la calle para cortarse las venas con un cuchillo. La grabación permitió que la Policía interviniese a tiempo para evitar daños mayores, pero el problema se produjo cuando, pocos días después, el ayuntamiento difundió algunas imágenes de la escena en las que no se cubría adecuadamente el rostro del afectado. Para su mala suerte, estas fueron reproducidas en sucesivos programas de noticias para promocionar la eficiencia del sistema de cámaras de seguridad del municipio. En estos programas no se protegió adecuadamente la imagen del Sr. Peck, quien llegó a ser reconocido por algunos familiares y amigos. Tras no encontrar una solución satisfactoria en las cortes comunes, el afectado terminó recurriendo al Tribunal de Derechos Humanos Europeos, que amparó su demanda declarando que se había producido una grave afectación a su derecho a la privacidad. Para lo que aquí importa, conviene resaltar que la Corte consideró que, a pesar de que los hechos habían sucedido en un espacio público, las acciones del Sr. Peck habían sido difundidas y observadas hasta un punto que iba más allá de lo que podía ser esperable para un simple transeúnte, o propio de una observación por razones de seguridad, sobrepasando las propias expectativas que razonablemente podía haber tenido el afectado. La Corte tuvo en cuenta el hecho de que el Sr. Peck no había salido a la calle para participar de alguna manifestación, ni era una figura pública (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, numerales 9-34, 62-63).



## Tomar en cuenta que...

La Corte Suprema, siguiendo al Tribunal Supremo Español, también ha dejado en claro que no todo lo que sucede al interior de viviendas o inmuebles es necesariamente de carácter privado y requiere de una autorización judicial previa para ser registrado. Así, cuando se registran actividades que se ejecutan cerca de una ventana, no se requeriría autorización judicial (fundamento 30 del Acuerdo Plenario N.º 10-2019). Esta posición, sin embargo, podría merecer una matización en función de si lo que se percibió a través de la ventana fue observado desde la posición normal que tendría cualquier vecino o transeúnte, o si fue apreciado mediante artefactos tecnológicos diseñados para poder observar más allá de ese límite (por ejemplo, drones).

Sobre esto último, el citado Acuerdo Plenario también ha especificado que se trata de una medida que se puede ejecutar empleando prismáticos, cámaras fotográficas o videográficas con zoom, al igual que disfraces, vehículos encubiertos o, de manera más práctica, apostarse en ventanas o azoteas aledañas a la zona de interés. También pueden emplearse drones, pero tomando siempre las precauciones del caso para no vulnerar derechos fundamentales (Acuerdo Plenario N.º 10-2019, fundamentos jurídicos 25 y ss., pp. 20-21).

Con relación al estándar de verosimilitud de la imputación necesario para dictar la medida en espacios abiertos, son aplicables las consideraciones ya mencionadas para el caso de las incautaciones. Consecuentemente, el fiscal debería poder sustentar un grado de veracidad de los hechos imputados ubicado en algún punto entre la sospecha simple y la sospecha reveladora para dictar esta medida (no es suficiente cumplir con el estándar necesario para abrir investigación, pero tampoco se requiere el que se exige para formalizarla). Para los casos en los que la videovigilancia debe realizarse en una vivienda o inmueble cerrado, resulta proporcional exigir un grado de intervención indiciaria más alto, dada la mayor incidencia de esta técnica en el derecho fundamental a la intimidad, por lo que debería requerirse necesariamente el estándar de sospecha reveladora.

El Ministerio Público cuenta con una directiva, publicada en enero de 2005, que regula el procedimiento para efectuar la videovigilancia, aprobada mediante Resolución N.º 029-2005-MP-FN y denominada "Directiva para el desempeño funcional de los fiscales en aplicación de los artículos 205º a 210º del Código Procesal Penal". Esta aprueba algunos lineamientos adicionales que deberán ser tenidos en consideración al momento de analizar si el empleo de la videovigilancia fue regular, en caso la parte afectada lo cuestione.

Por último, con respecto a los medios que tiene la defensa técnica para cuestionar esta medida, ella solo podrá ser puesta en su conocimiento una vez ya ejecutada, de manera que pueda plantear, de estimarlo conveniente, el reexamen de la citada medida. Aunque la norma no lo señala expresamente, el Acuerdo Plenario N.º 10-2019 remite al artículo 231, inciso 3, del CPP para que este sea supletoriamente aplicado (fundamento 26). Es muy importante tener en cuenta, sin embargo, que la

puesta en conocimiento solamente procederá si el objeto de las investigaciones lo permite, y en tanto no ponga en riesgo la vida de terceros.

Lo anterior tiene especial relevancia, ya que no parece que pueda preservarse la finalidad de la medida si el imputado es informado de que está siendo videovigilado; pero, al mismo tiempo, si la medida ya terminó de ejecutarse en su integridad, el reexamen resultaría carente de sentido (en estricto, habría operado la sustracción de la materia). Por este motivo, apelar la resolución autoritativa para practicar la videovigilancia en lugares cerrados es el único mecanismo para controvertir la concurrencia de los presupuestos que dieron lugar al otorgamiento del permiso judicial en primer término. **La resolución judicial, en todo caso, solo podrá ser comunicada una vez que la videovigilancia haya terminado en su integridad, por lo que será necesario diferir su notificación hasta ese momento.** Si lo que se desea controvertir son los presupuestos de la medida de vigilancia en lugares abiertos que ordenó el fiscal por su cuenta, el mecanismo aplicable solo puede ser la tutela de derechos (artículo 71, inciso 4, del CPP).

En lo que respecta a la posibilidad de mantener en reserva los resultados de la videovigilancia para impedir que la investigación se perjudique, el artículo 324 permite mantener documentos concretos o actuaciones en secreto por un plazo no mayor de 20 días mediante disposición fiscal motivada, luego de lo cual la prórroga solo podrá autorizarla el juez (artículo 324, inciso 2, del CPP). La misma regla rige para el artículo 68.3 del CPP, que debe interpretarse sistemáticamente con el antes citado.

## **2.4. Levantamiento del secreto de las comunicaciones (artículos 230 a 231 CPP)**

Las últimas medidas de búsqueda de pruebas y restricción de derechos que se utilizan en los casos de trata de personas y explotación son las que buscan acceder a la información protegida por el secreto de las comunicaciones (artículo 2, inciso 10, de la Constitución). Como ocurre con la videovigilancia, estas medidas suelen ayudar a la obtención de evidencia valiosa en los casos en los que el delito es ejecutado por una organización criminal.

Sobre el particular, es importante comenzar por establecer algunas delimitaciones, ya que la **Corte ha fijado diferentes estándares de acreditación preliminar de la imputación según la naturaleza de la información vinculada al proceso comunicativo que se quiera recabar.** Para ello, lo primero es notar que la comunicación, entendida como el intercambio de mensajes entre dos personas por cualquier medio (escritos, orales u otros similares), puede dejar diferentes tipos de rastros, situación que se ha magnificado debido al desarrollo de la tecnología de los teléfonos móviles denominados “celulares inteligentes” o *smartphones*.

Así, de manera independiente al **contenido de los mensajes intercambiados entre el emisor y el receptor**, es posible acceder a **otros datos periféricos o complementarios**, sea a través de las empresas de telefonía o a partir de la que queda registrada en el propio teléfono móvil de los interlocutores. Entre estos se encuentran la duración de las llamadas, la fecha en la que se produjeron, los

números que participaron del intercambio, los titulares de los números telefónicos (que no siempre van a ser los mismos que los interlocutores), etcétera.

Datos periféricos o complementarios	
Corte Interamericana de Derechos Humanos	Corte Suprema de Justicia
<p>La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene establecido que la “información complementaria” se encuentra protegida por el derecho a la privacidad. En el Caso Escher y otros v. Brasil, señaló que el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que regula la protección de la vida privada de las personas, “se aplica a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido, e incluso puede comprender tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha, <b>como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas</b>, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, numeral 114; negrillas añadidas).</p>	<p>La Corte Suprema ha especificado que los datos periféricos o complementarios del proceso comunicativo sí se encuentran protegidos por la cláusula constitucional del secreto de las comunicaciones. Siguiendo la posición de la jurisprudencia española, ha señalado que no son exigibles los mismos requisitos para interceptar las comunicaciones telefónicas de un determinado número celular que para acceder a la data complementaria vinculada a él, siendo los primeros más demandantes.</p> <p>En el Expediente de Apelación N.º 4-2015-3 (Caso Eto Cruz y otros) se ha precisado que “si bien lo protegido por el derecho no es solo el contenido de la comunicación, sino también el soporte de la misma y las circunstancias que lo rodean, en particular queda comprendida la protección de la propia identidad subjetiva de los interlocutores; sin embargo, esta injerencia consistente en la entrega de listados de las llamadas de una persona por las compañías telefónicas, siempre será de menor intensidad que las escuchas telefónicas, lo que permite que la resolución judicial que la autorice sea, excepcionalmente, de menor rigor” (Sala Penal Especial de la Corte Suprema, 2015, fundamento 7, p. 5).</p> <p>En este sentido, información como las generales de ley de los abonados telefónicos, el detalle del tráfico de llamadas entrantes y salientes, los números de IMEI de los aparatos telefónicos, los números de <i>chips</i> contenidos en determinados equipos y la ubicación por celdas activas de los números telefónicos, está sujeta a una menor protección en lo que concierne al derecho a la reserva de las comunicaciones reconocido en la Constitución, comparada con la que reciben las llamadas que son grabadas y registradas en un procedimiento de interceptación de comunicaciones. Por esta razón, los requisitos para que el fiscal pueda obtener esta información son menos exigentes que los contemplados en los artículos 202 y 203-1 del CPP (Sala Penal Especial de la Corte Suprema, 2015, fundamentos 8 y 9, pp. 5-6).</p>

Datos periféricos o complementarios	
Corte Interamericana de Derechos Humanos	Corte Suprema de Justicia
	<p>En el llamado caso “De los Cuellos Blancos del Puerto” (Expediente N.º 4-2018-31), la Corte Suprema reiteró <b>que la técnica para recabar esos datos periféricos es conocida como “recuento”, y habilita a la recolección de datos como la identidad de los interlocutores, el tiempo de duración de las llamadas, la frecuencia de estas, entre otras, sin abordar el contenido mismo de lo comunicado.</b> La Corte también ha insistido en señalar, a través de esta decisión, que en los casos de “recuento” <b>no se necesita cumplir con los mismos estándares de veracidad de la imputación</b>, remitiéndose a la decisión del “Caso Eto Cruz y otros”, Expediente de Apelación N.º 4-2015-3 (Sala Penal Especial de la Corte Suprema, 2021a, FJ 7, pp. 13-14).<sup>6</sup></p> <p>Esta separación en el derecho fundamental a la reserva o secreto de las comunicaciones ha dado lugar a que la Corte también entienda —superando una interpretación literal de la norma— que el <b>artículo 230 del CPP contiene dos modalidades de levantamiento del secreto de las comunicaciones.</b> Por un lado, se encontraría el acto de intervención y grabación de la comunicación mediante escuchas telefónicas; y, por el otro, el registro de estas —que comprende los datos periféricos ya mencionados—. La diferenciación es importante, por los motivos ya señalados (Sala Penal Especial de la Corte Suprema, 2020, FJ 7.6, p. 24).</p>

Aunque la obtención de datos periféricos o complementarios no requiere de las mismas exigencias que el acceso al contenido de las propias interceptaciones telefónicas, constituyendo una afectación de menor intensidad en el derecho al secreto de las comunicaciones, debe reconocerse que, en tanto sí afecta un área relevante —aunque no esencial— del mencionado derecho fundamental, **lo más razonable es exigir aquí un estándar ubicado entre la sospecha simple y la sospecha reveladora**, el cual se emplea para los casos del allanamiento, la incautación, la videovigilancia en lugares abiertos, entre otros.

De lo contrario (esto es, si se requiriese un estándar de solo “sospecha simple”), habría que entender que la Fiscalía está habilitada a solicitar información propia del “recuento” desde el principio de la investigación y sin haber realizado mayores

<sup>6</sup> Con relación al estándar concreto de intervención indiciaria requerido para otorgar esta medida en su variante de “recuento”, la Corte no ha sido del todo clara. La línea jurisprudencial mayoritaria parece seguir la doctrina establecida en el Expediente N.º 4-2015-3, en el que el colegiado fue enfático en señalar que no se podía aplicar el estándar que exigía contar con “suficientes elementos de convicción” contenido en el artículo 230 CPP, pero omitió indicar con precisión cuál era el estándar realmente aplicable.

diligencias para recabar elementos de convicción que permitan cumplir con el principio de intervención indiciaria. Si bien ello podría tener sentido cuando la denuncia llega al Ministerio Público con una buena cantidad de elementos de convicción, es claro que en la mayoría de casos no sucede así, y la Fiscalía más bien abre investigación para empezar a recabarlos. Así mismo, el principio de proporcionalidad obliga a requerir un grado de verosimilitud de la imputación mayor que el de la sospecha simple, ante la afectación de un derecho tan importante como el derecho al secreto de las comunicaciones.

**Distinto es el caso cuando la medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos está referida propiamente al empleo de escuchas telefónicas**, para interceptar, oír y grabar las conversaciones telefónicas entre dos personas. En ese supuesto, la Corte Suprema ha precisado en el Expediente N.º 4-2018-12 que el artículo 230, inciso 1, del CPP requiere “suficientes y **graves** elementos de convicción que sustenten la imputación penal, no solo en la vertiente de corroboración del hecho imputado, sino también en la participación del investigado” (Sala Penal Especial de la Corte Suprema, 2021b, FJ 7.2, p. 28; negrillas añadidas).

La referencia a la “gravedad” en la decisión de la Corte, sumada al hecho de que en este caso sí se está afectando el núcleo duro del derecho al secreto de las comunicaciones, sugiere que el estándar que debería requerirse en este punto es el de sospecha reveladora, el cual le permite al fiscal formalizar la investigación preparatoria —aunque, como ya se dijo, ello no implica que necesariamente por el hecho de poder cumplir con dicho estándar esté obligado a proceder a la formalización—.

No puede ser de otra manera si se exige un estándar intermedio entre la sospecha simple y la sospecha reveladora para la técnica —menos intrusiva— del recuento. Como se trata de un acto de investigación que va a restringir de forma relevante el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones por plazos que pueden llegar a los 60 días o más, la suficiencia de los indicios tiene que ser más rigurosa (en contra: San Martín Castro, pp. 445-446, quien sostiene que se necesita un estándar menos exigente que el de la “sospecha reveladora”).



### Tomar en cuenta que...

Con respecto al trámite de las escuchas telefónicas, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- Este permite grabar no solo a los procesados, sino también a los terceros a través de quienes el imputado se comunique, además de a los interlocutores respectivos, en tanto mantengan comunicación con el investigado (artículo 230.3 del CPP). La resolución judicial autoritativa **tiene que incluir** el nombre y dirección del afectado, cuando estos se conozcan, así como la identidad del medio para comunicarse que se afectará con la medida (celular con el número ‘x’, etcétera).

- **La forma de la intervención, su duración y su alcance, así como la unidad de la Policía o el Ministerio Público que estarán a su cargo.** Las intervenciones son grabadas y entregadas al fiscal, dejándose constancia en el acta respectiva. En su oportunidad, este podrá disponer la transcripción de la parte respectiva de las grabaciones. Estas se conservan hasta el término del proceso y son destruidas después. La medida solo se comunica al investigado una vez que su ejecución ya concluyó, de modo que este pueda instar su reexamen si lo estima conveniente (artículo 231 CPP).
- La resolución judicial debe sustentar también, con base en el requerimiento fiscal, por qué resulta “absolutamente necesario” proceder a la medida de levantamiento del secreto de las comunicaciones para avanzar en las indagaciones. Esta redacción supone un especial énfasis del legislador en limitar el uso de esta medida, debido a sus costos operativos, y en materia de restricción de derechos, únicamente a aquellos casos graves y en los cuales existe la prognosis de que no se podrán hacer avances sustantivos si no se recurre a ella.

### 3. ¿Qué buenas prácticas han sido identificadas en la tramitación y resolución de solicitudes de medidas de búsqueda de pruebas y restricción de derechos en casos de trata de personas y explotación?

Buenas prácticas en la tramitación y resolución de solicitudes de medidas de búsqueda de pruebas y restricción de derechos en casos de trata de personas y explotación	
<b>Resolver con celeridad las medidas de búsqueda de pruebas solicitadas, en particular los allanamientos y las incautaciones</b>	<p>La propia lógica de estas medidas de búsqueda de pruebas (allanamientos e incautaciones) obliga a actuar con prontitud para evitar la pérdida del factor sorpresa, que es clave para su mejor rendimiento. Mientras más avanzada se encuentre la investigación, más probabilidades hay de que las fuentes de prueba que puedan adquirirse por estos medios desaparezcan, sea por la acción de los investigados o por otros motivos.</p> <p>La única forma de garantizar que este tipo de requerimientos sean resueltos con la rapidez que se necesita, es mantener una coordinación eficiente con el personal administrativo que se encuentre ubicado en la mesa de partes de la sede respectiva del Poder Judicial. De este modo, estos podrían discriminar rápidamente los escritos que ingresen con sumillas que aluden a medidas de búsqueda de pruebas y restricción de derechos, y remitirlos de inmediato a la judicatura para que esta pueda pronunciarse cuanto antes.</p>
<b>Brindar amplias posibilidades a las partes en juicio oral para debatir las actas que constituyen prueba preconstituida, y valorarlas en conjunto con el resto de medios probatorios</b>	<p>Debido a los cuestionamientos a la valoración probatoria de la prueba preconstituida —que son, en buena cuenta, actos de investigación protocolizados—, es altamente recomendable que la judicatura compense la imposibilidad de repetir la diligencia plasmada en el acta durante el juicio oral, permitiendo que concurren como testigos los autores de dicha acta, de manera que la defensa los pueda interrogar también y, a través de las preguntas, tenga una posibilidad razonable de cuestionar el contenido de las actas.</p> <p>Limitar la valoración de las actas únicamente a su oralización, especialmente cuando existe un pedido de los procesados para convocar a sus autores, podría dar lugar a una declaración de nulidad posterior por afectación al derecho a la igualdad de armas y a la defensa. Así mismo, para que el acta en cuestión pueda realmente adquirir</p>

## Buenas prácticas en la tramitación y resolución de solicitudes de medidas de búsqueda pruebas y restricción de derechos en casos de trata de personas y explotación

un valor probatorio significativo, es necesario que se hayan respetado todas las normas procesales correspondientes al momento de la realización del acto de investigación en el cual ella se produjo.

## 4. ¿En qué consisten las técnicas especiales de investigación aplicables en casos de trata de personas y explotación?

### 4.1. Agente encubierto, agente especial y agente provocador (artículo 341 CPP)

El **agente encubierto** es un efectivo especializado de la Policía Nacional del Perú que, en coordinación con el Ministerio Público y bajo una identidad falsa, se infiltra entre los autores y partícipes de alguno de los delitos contemplados en el artículo 341 CPP (los que pueden ser cometidos en el contexto de crimen organizado, trata de personas o cualquiera de los delitos contra la administración pública recogidos en los artículos 382 a 401 del Código Penal). El objetivo principal es recabar toda clase de información que sea útil para sustentar los cargos en su contra, para lo cual se encuentra autorizado a participar de los delitos que estos cometen —con el fin de no levantar sospechas—. El fiscal está autorizado a otorgarle una identidad falsa, tramitando la expedición de los documentos oportunos e informando a la Fiscalía de la Nación.

Cuando la actuación del agente encubierto va a afectar derechos fundamentales —grabación de conversaciones de miembros de una banda criminal en las que él no participa, por ejemplo—, será necesario que el fiscal recabe previamente una autorización judicial que le permita hacerlo. Antes de ello, la autoridad judicial no interviene en el trámite. Además, como es lógico, su identidad puede ser protegida y ocultada aun después del término de la investigación, cuando existe peligro para su vida o integridad, y en el transcurso del proceso penal en el que se empleen los elementos de convicción conseguidos gracias a su trabajo, pero ese ocultamiento también deberá ser autorizado por el juez de la investigación.



## Tomar en cuenta que...

- El Tribunal Constitucional ha reconocido la legitimidad constitucional de la institución del agente encubierto en la sentencia recaída en el Expediente N.º 4750-2007-PHC-TC, destacando que no se trata de una herramienta que pueda ser empleada en todos los casos, pues se debe observar los principios de subsidiariedad y necesidad en su uso (Tribunal Constitucional, 2008, fundamento 17). Los mismos criterios establecidos en dicho caso fueron reiterados luego con ocasión de la sentencia recaída en el Expediente N.º 3154-2011-PHC/TC (Tribunal Constitucional, 2012, fundamentos 14-15).
- En ambos casos el Tribunal desestimó las alegaciones de los demandantes, quienes solicitaban un nuevo juicio oral por no haber tenido la ocasión de participar de determinadas diligencias vinculadas a la corroboración de la información obtenida por el agente encubierto para incriminarlos (visualización y transcripción de registros de audio y video, declaración del agente encubierto, etcétera), ni de acceder al cuaderno reservado que contenía las piezas procesales vinculadas a su designación.
- El Tribunal precisó en ambos casos que la negativa de las Cortes comunes a permitir la intervención de la defensa en esas diligencias solo podía ser considerada arbitraria si no existía una explicación del órgano jurisdiccional sobre el porqué de la negativa, cosa que no sucedía en el caso concreto. Además, a su criterio, en tanto las condenas cuestionadas se habían fundado no solo en las evidencias obtenidas por el agente encubierto sino en muchas otras, la demanda no podía prosperar.
- Este proceder contrasta con lo señalado por la doctrina procesal, que sí considera necesario que el agente encubierto declare en juicio como testigo y se someta a las preguntas del contraexamen de la defensa. Además, la identidad del agente encubierto debe ser revelada al término de sus actividades —la identidad falsa que adoptó para poder infiltrarse entre los autores y partícipes del delito, nunca la real—, de modo que la defensa pueda ejercer el derecho a la contradicción lo más adecuadamente posible (San Martín Castro, 2020, pp. 512-513).

El **agente especial**, por el contrario, es un funcionario público o particular que se pone de acuerdo con la Fiscalía para desempeñarse bajo esa condición cuando, por la naturaleza de los hechos, tiene la posibilidad de infiltrarse con facilidad en un determinado grupo delictivo. No tiene formación especializada, pero se entiende que sus contactos previos con quienes están ejecutando la actividad delictiva le permiten obtener información sin necesidad de ocultar su identidad.

La Corte Suprema ha señalado que las evidencias y datos que obtenga el agente especial deben hallarse dentro del periodo de autorización concedido para desempeñarse como tal por la Fiscalía, y que una vez que estas hayan sido obtenidas, el fiscal debe solicitar la confirmación judicial del conjunto del acto especial de investigación. La ley no establece un plazo determinado para solicitar y obtener esta confirmación, dado que antes es necesario realizar diligencias para

corroborar si la información obtenida por el agente es fidedigna. Lo importante es que la confirmación se lleve a cabo con posterioridad (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, 2022, fundamento 3, pp. 5-6).

Con relación al estándar de verosimilitud de la imputación requerido para que el fiscal pueda disponer el empleo de los agentes encubiertos o especiales, la norma solamente alude a la necesidad de que existan “indicios de su comisión” (artículo 341 CPP). Esto supone, asumiendo que la investigación se inicia bajo el estándar de “sospecha simple” (con escasos elementos de convicción), un grado superior a este, pero inferior al de la sospecha reveladora, que es el necesario para formalizar la investigación. El uso de la figura del agente encubierto o especial, a diferencia de lo que sucede con otras medidas de búsqueda de pruebas y restricción de derechos, no incide de manera muy intensa en los derechos fundamentales del afectado, por lo que recurrir a este nivel resulta razonable.



### Tomar en cuenta que...

El agente encubierto y el agente especial no pueden convertirse en agente provocador, tal como señala el artículo 341.7 del CPP, que indica que el agente especial “deberá cuidar de no provocar el delito”. Esto es así por cuanto el agente provocador es, esencialmente, uno que lleva a un tercero a delinquir, haciendo que se plantee dicha posibilidad cuando este, por sí mismo, no tenía esa predisposición. Para ello se sirve de un contacto permanente u ocasional con aquel. En suma, el agente provocador actúa como un instigador del delito, haciendo que el tercero inducido se convenza de cometerlo (Revisión de Sentencia N.º 30-2004-Lima, Casación N.º 13-2011-Arequipa).

El agente provocador, además, actúa de esta manera con la finalidad de que el inducido sea eventualmente sancionado por el delito cometido. Esa conducta no está permitida por nuestro ordenamiento, y es la que lo distingue del agente encubierto, quien interactúa con personas que ya están dispuestas a cometer un crimen, y únicamente se relaciona con ellas para recabar evidencia del hecho, sin llevarlas a cometerlo (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, 2012, fundamentos 8 a 11, pp. 9-11).

Más recientemente, y con ocasión de la Apelación N.º 59-2021-Junín, la Corte ha precisado que es esta misma diferenciación la que distingue a un agente especial de un agente provocador (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, 2022, fundamento 6, p. 7).

El Recurso de Nulidad N.º 3020-2015-Junín ha precisado que se requieren tres elementos para la configuración de un agente provocador: “i) Un elemento objetivo, representado por la incitación del agente provocador, [que] debe tomar la iniciativa a consecuencia de la cual surge la resolución delictiva en la persona del provocado. ii) Un elemento subjetivo, representado por la conducta del agente provocador que aspira a conseguir una meta que difiere por completo de la que por lo común persigue todo delincuente, que es el castigo de la persona provocada. iii) El agente provocador debe poner **todos los medios precautorios** adecuados para evitar que

se pueda alcanzar el resultado desaprobado” (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, 2016, fundamento 18, p. 8; negrillas añadidas).

En caso se compruebe que un agente especial o encubierto cruzó la línea de la instigación para convertirse en un agente provocador, la evidencia que haya recabado se torna inutilizable en el proceso —en estricto, estaríamos ante prueba ilícita—, por haber sido acopiada con vulneración del derecho a la dignidad del afectado y del principio de interdicción de la arbitrariedad (San Martín Castro, 2020, p. 514).<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> La figura del agente provocador debe, a su vez, diferenciarse de la del “agente descubridor del delito ya consumado”, que no es otro que aquel que, a través de engaños, logra persuadir a los integrantes de la organización criminal o agrupación delictiva en la que se ha infiltrado de revelarles el delito cometido con anterioridad, permitiendo así que este sea descubierto por las autoridades y que su continuidad sea intervenida (San Martín Castro, 2020, p. 515). Esta variante no genera prueba ilícita y puede perfectamente ser empleada en el curso de una investigación penal.

# Referencias

## Libros y/o artículos

- Cubas Villanueva, V. (2015). *El nuevo proceso penal peruano*. (2.ª edición). Palestra Editores.
- Neyra Flores, J. A. (2010). *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. Idemsa.
- Oré Guardia, A. (2015). *Manual de derecho procesal penal*. Tomo III. Editorial Reforma.
- Sánchez Velarde, P. (2020). *El proceso penal*. Iustitia Editores.
- San Martín Castro, C. (2020). *Derecho procesal penal: lecciones*. (2.ª edición). Inpeccp y Cenales.

## Jurisprudencia

### **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

- Sentencia 6 de julio de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Caso Escher y otros v. Brasil.

### **CUARTA SALA ESPECIALIZADA EN LO PENAL PARA PROCESOS CON REOS EN CÁRCEL**

- (2019, 17 de mayo). Sentencia recaída en el Expediente N.º 4467-2017 (Caso Ccoico Sirlopu).

### **QUINTO JUZGADO PENAL LIQUIDADOR DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA**

- (2022, 30 de junio). Sentencia recaída en el Expediente N.º 7821-2018 (Caso Díaz Cava y otros).

### **SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

- (2010a, 16 de noviembre). Acuerdo Plenario N.º 4-2010/CIJ-116.
- (2010b, 16 de noviembre). Acuerdo Plenario N.º 5-2010/CIJ-116.
- (2019, 10 de septiembre). Acuerdo Plenario N.º 10-2019/CIJ-116.

### **SALA PENAL ESPECIAL DE LA CORTE SUPREMA**

- (2015, 29 de septiembre). Resolución recaída en el Expediente N.º 4-2015-3 (Caso Eto Cruz y otros).
- (2020, 6 de noviembre). Resolución recaída en el Expediente N.º 6-2020-1 (Caso Hinostroza Pariachi y otros).

- (2021a, 19 de abril). Resolución recaída en el Expediente N.º 4-2018-31 (Caso Hinostroza Pariachi).
- (2021b, 26 de noviembre). Resolución recaída en el Expediente N.º 4-2018-12 (Caso Hinostroza Pariachi).
- RREEMPLAZAR POR:

#### **SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

- (2004, 3 de junio). Ejecutoria Suprema recaída en la Revisión de Sentencia N.º 30-2004-Lima (Caso Lastra Quiñones).
- (2015, 4 de noviembre). Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N.º 1584-2014-Lambayeque (Caso Arbulú Zapata y otros).
- (2011, 26 de abril). Sentencia recaída en la Casación N.º 70-2010-Lambayeque (Caso Ancajima S.).
- (2012, 13 de marzo). Sentencia recaída en la Casación N.º 13-2011-Arequipa (Caso Arias Miranda).
- (2016, 21 de septiembre). Ejecutoria Suprema recaída en Recurso de Nulidad N.º 3020-2015-Junin (Caso Caldas Justo y otros).
- (2019, 11 de septiembre). Sentencia recaída en la Casación N.º 553-2018-Lambayeque (Caso Olano Polo).
- (2020a, 8 de septiembre). Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N.º 46-2020-Lima Sur (Caso Pascual Gregorio).
- (2020b, 26 de febrero). Sentencia recaída en la Casación N.º 21-2019-Arequipa (Caso Sanz Delgado).
- (2020c, 9 de noviembre). Sentencia recaída en la Casación N.º 342-2019-Huánuco (Caso Tineo de Cruz).
- (2020d, 30 de diciembre). Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N.º 1190-2019-Lima (Caso Fernando Zevallos y otros).
- (2021, 21 de octubre). Sentencia recaída en la Casación N.º 1896-2020-Cusco (Caso Ayma Rayme).
- (2022a, 11 de marzo). Sentencia recaída en la Casación N.º 876-2020-Cusco (Caso Pari Condori).
- (2022b, 21 de marzo). Sentencia recaída en la Casación N.º 950-2020-Cusco (Caso Valero Díaz y otros).
- (2022c, 22 de junio). Sentencia recaída en la Casación N.º 294-2021-Lima Norte (Caso Vásquez F. y otro).
- (2022d, 23 de marzo). Sentencia recaída en la Casación N.º 1771-2019-Huánuco (Caso Cloud Díaz).

#### **SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

- (2013, 6 de agosto). Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N.º 1589-2013-Lima (Caso Aurimas Brasas y otros).
- (2020, 4 de noviembre). Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N.º 516-2020 (Caso Sandoval Serrano).

#### **SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

- (2017, 19 de agosto). Sentencia recaída en la Casación N.º 158-2016-Huaura (Caso Montes López).

#### **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

- (2005, 29 de octubre). Sentencia recaída en el Expediente N.º 045-2004-AI/TC (Caso Colegio de Abogados del Cono Norte).
- (2008, 9 de enero). Sentencia recaída en el Expediente N.º 4750-2007/PHC-TC (Caso Thays Penélope Rodríguez).
- (2013, 16 de abril). Sentencia recaída en el Expediente N.º 03128-2011-PA/TC (Caso Lima Airport Partners).

#### **TRIGÉSIMO SEGUNDO JUZGADO PENAL DE LIMA**

- (2013, 15 de octubre). Sentencia recaída en el Expediente N.º 3412-2013 (Caso Ochante Yauyos).

#### **TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

- (2003, 28 de enero). Sentencia recaída en el Asunto Peck v. Reino Unido. Caso 44647/98 [versión en inglés].



# MÓDULO III

La prueba anticipada en el  
delito de trata de personas y  
explotación



# MÓDULO III

## La prueba anticipada en el delito de trata de personas y explotación

1. ¿A qué denominamos prueba anticipada en el proceso?
2. ¿Cuál es la diferencia entre prueba preconstituida y prueba anticipada?
3. ¿La declaración única de la parte agraviada se constituye en prueba anticipada o preconstituida? ¿Qué ocurre en los casos de trata de personas y explotación?
4. ¿Por qué es importante tomar la declaración única de la parte agraviada mediante cámara Gesell en los casos de trata de personas y explotación? ¿Cómo debe realizarse la entrevista?
5. ¿Es importante incorporar la perspectiva de género y de derechos humanos durante la declaración de una víctima de trata de personas y explotación?
6. ¿Cómo aplicar la psicología del testimonio en la declaración de una víctima de trata de personas y explotación?
7. ¿Cuál es el valor de la declaración de una víctima de trata de personas o explotación?
8. ¿Qué valor tiene la declaración de la víctima de trata de personas y explotación prestada sin la presencia del representante del Ministerio Público?
9. ¿Cuál es el valor de la declaración de la víctima de trata de personas y explotación en cámara Gesell sin la presencia del juez?
10. ¿Cuál es el valor de la declaración referencial (no brindada en cámara Gesell) de una víctima de trata de personas y explotación sin la presencia del juez?
11. ¿Qué sucede si la declaración de la víctima de trata de personas o explotación ha sido tomada sin la presencia de los abogados de los presuntos tratantes o explotadores?

# 1. ¿A qué denominamos prueba anticipada en el proceso?

La prueba anticipada es una de las excepciones a la prueba plenaria, es decir, aquella que dispone que las pruebas sean actuadas en juicio oral; por ello, para su realización se requiere la presencia de un juez. Se trata de una prueba de **índole personal** y condicionada al cumplimiento de los requisitos de: (i) indisponibilidad o irrepetibilidad del acto, y (ii) urgencia (artículos 242 y 325 del CPP y Corte Suprema de Justicia, 2020a, fundamento sexto).

Según el artículo 242 del CPP, la prueba anticipada tiene lugar: i) durante las diligencias preliminares, o ii) una vez formalizada la investigación preparatoria.

Presupuestos y motivos para actuar una prueba anticipada (artículo 242 CPP)		
Prueba	Presupuestos	Motivos por los cuales no puede actuarse en el juicio
<b>Testimonial y examen del perito</b>	Urgencia o en casos de criminalidad organizada, delitos contra la administración pública previstos en los artículos 382 al 401 del Código Penal.	<ul style="list-style-type: none"> <li>♦ Enfermedad.</li> <li>♦ Otro grave impedimento.</li> <li>♦ Han sido expuestos a violencia, amenaza, ofertas o promesa de dinero u otra utilidad para que no declaren o lo hagan falsamente.</li> </ul>
<b>Careo entre las personas que han declarado</b>	Urgencia y ante la existencia de contradicciones que necesiten ser esclarecidas. Según lo previsto en el artículo 182 del CPP, no procede entre imputado y víctima menor de 14 años. <sup>8</sup>	<ul style="list-style-type: none"> <li>♦ El interrogatorio al perito puede incluir el debate pericial cuando este sea procedente.</li> </ul>
<b>Reconocimientos, inspecciones o reconstrucciones</b>	No es posible postergar su práctica hasta la realización del juicio.	Por su naturaleza y características de actos definitivos e irreproducibles.
<b>Declaración de las niñas, niños y adolescentes</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>♦ Agravados por delitos comprendidos en los artículos 153 y 153-A del capítulo I: Violación de la libertad personal, y en los comprendidos en el capítulo IX: Violación de la libertad sexual, capítulo X: Proxenetismo y capítulo XI: Ofensas al pudor público, correspondientes al Título IV:</li> </ul>	Evitar la revictimización de los agraviados y promover el esclarecimiento de los hechos. <sup>9</sup>

<sup>8</sup> Artículo 182 del CPP sobre procedencia del careo: 1. Cuando entre lo declarado por el imputado y lo declarado por otro imputado, testigo o el agraviado surjan contradicciones importantes, cuyo esclarecimiento requiera oír a ambos, se realizará el careo. 2. De igual manera, procede el careo entre agraviados o entre testigos o estos con los primeros. 3. No procede el careo entre el imputado y la víctima menor de 14 años de edad, salvo que quien lo represente o su defensa lo solicite expresamente.

<sup>9</sup> Así lo ha señalado la Sala Penal Permanente en la Casación N.º 1668-2018-Tacna del 20 de noviembre de 2019 (fundamento décimo cuarto).

## Presupuestos y motivos para actuar una prueba anticipada (artículo 242 CPP)

Prueba	Presupuestos	Motivos por los cuales no puede actuarse en el juicio
	<p>Delitos contra la libertad, del Código Penal.</p> <ul style="list-style-type: none"><li>♦ Serán realizadas con la intervención de psicólogos especializados en cámaras Gesell o salas de entrevistas implementadas por el Ministerio Público.</li><li>♦ Las declaraciones y entrevistas serán filmadas y grabadas.</li></ul>	



### Tomar en cuenta que...

- El artículo 243 del CPP prevé que la solicitud de prueba anticipada puede realizarla el fiscal o los demás sujetos procesales, y que esta se presentará al juez de la investigación preparatoria: (i) durante las diligencias preliminares e investigación preparatoria, o (ii) hasta antes de remitir la causa al juzgado penal bajo la condición de que siempre exista tiempo suficiente para realizarla en debida forma.

## 2. ¿Cuál es la diferencia entre prueba preconstituida y prueba anticipada?

La prueba preconstituida, regulada en el artículo 325 del CPP, constituye una excepción a la prueba actuada en juicio o prueba plenarial, al igual que la prueba anticipada (Neyra, 2015, pp. 355 y 356; Gimeno, 2012, p. 373); no obstante, su diferencia radica en que la prueba preconstituida constituye **prueba documental con carácter urgente sobre hechos irrepetibles** (Gimeno, 2012, p. 379), por lo que comprende “a la prueba material y la documentada o documental pública (actas de constatación, decomiso, incautación, hallazgo, pesaje, detención, intervención, de allanamiento, de registro, de control de comunicaciones, etcétera)” (Corte Suprema de Justicia, 2020a, fundamento quinto).

Las pruebas preconstituidas más recurrentes en el delito de trata de personas son las actas policiales de intervención del lugar donde se desarrollan los presuntos actos delictivos, así como el registro de control de comunicaciones requeridos en etapas de investigación ante la existencia de elementos que generen sospecha inicial simple (de acuerdo con la terminología empleada por la Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017/CIJ-116) (Corte Suprema de Justicia, 2017b, fundamento 24.a), actas de registro e incautación, entre otros elementos de prueba (actos de prueba).

### 3. ¿La declaración única de la parte agraviada se constituye en prueba anticipada o preconstituida? ¿Qué ocurre en los casos de trata de personas y explotación?

Según el Acuerdo Plenario N.º 5-2016/CIJ-116, los requisitos de la prueba anticipada “se entienden cumplidos —*iure et de iure*– en el caso de niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos de trata, violación de la libertad personal, de la libertad sexual, proxenetismo, ofensas al pudor público y contra la libertad personal, que es uno de los cambios trascendentes de la Ley en el aspecto procesal” (2016, fundamento 12).

Tal posición ha sido asumida por la Corte Suprema de Justicia en concordancia con lo estipulado en el artículo 242 del CPP, que prevé los supuestos de prueba anticipada identificando como tales a las declaraciones testimoniales, el examen de peritos, el careo, el reconocimiento, las inspecciones y reconstrucciones y, específicamente, las declaraciones de niñas, niños y adolescentes en su calidad de agraviados por delitos comprendidos en los artículos 153 y 153-A del Código Penal, es decir, la trata de personas.<sup>10</sup>

Así mismo, tal solución responde a la modificación realizada al artículo 19 de la Ley N.º 30364 por el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1386, publicado el 4 de septiembre de 2018, según la cual, cuando la víctima sea niña, niño y adolescente o mujer, su declaración debe practicarse bajo la técnica de entrevista única y tramitarse como prueba anticipada, siendo que la declaración de la víctima mayor de edad a criterio del fiscal puede realizarse bajo la misma técnica.



#### Tomar en cuenta que...

La regulación inicial de la Ley N.º 30364 estableció que la declaración de un niño, niña, adolescente o mujer era una modalidad de prueba preconstituida. No obstante, con la modificación operada a su artículo 19 mediante el Decreto Legislativo N.º 1386 se estableció, en concordancia con el CPP, que esta constituye prueba anticipada. Con posterioridad al Acuerdo Plenario N.º 5-2016/CIJ-116, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en el Recurso de Casación N.º 21-2019-Arequipa, ha ratificado que la declaración de la víctima mediante entrevista única constituye un supuesto de prueba anticipada, señalando lo siguiente:

“Quinto: [...] Es verdad que la propia Ley, al establecer inicialmente que la declaración de una niña mediante el sistema de entrevista única tiene el carácter de prueba

<sup>10</sup> Recuérdese que, mediante Ley N.º 31146, publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 30 de marzo de 2021, dichos artículos han sido reubicados en el Código Penal, siendo ahora los artículos 129-A y 129-B (tal como se especifica en el módulo I).

preconstituida, yerra conceptualmente al denominarla como tal, [...] la anticipación probatoria comprende exclusivamente la prueba personal [...]. Empero, lo esencial y determinante desde la perspectiva jurídica es que la entrevista única se realice bajo los requisitos antes indicados y, de ser así, tendrá eficacia probatoria y, por ende, podrá ser valorada por el juez conforme a las reglas de la sana crítica”.

## **4. ¿Por qué es importante tomar la declaración única de la parte agraviada mediante cámara Gesell en los casos de trata de personas y explotación? ¿Cómo debe realizarse la entrevista?**

Según el Protocolo de Entrevista Única para Niños, Niñas y Adolescentes en Cámara Gesell, aprobado mediante Resolución Administrativa N.º 277-2019-CE-PJ del 3 de julio de 2019, la diligencia judicial de entrevista en cámara Gesell “tiene como finalidad registrar la declaración de la niña, niño o adolescente evitando la revictimización y los efectos en la víctima y/o testigo y de esclarecer la verdad de los hechos”, permitiendo la no comparecencia del testigo en el plenario.

En esa medida, el empleo de la entrevista única en cámara Gesell tiene como base los principios de interdicción de revictimización, de interés superior de los niños, niñas y adolescentes y el esclarecimiento de los hechos. Al respecto, la Observación General N.º 14 del Comité de los Derechos del Niño y la Ley N.º 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, definen el interés superior del niño como un derecho, un principio y una norma de procedimiento que obliga a considerar de manera primordial el interés superior de este en todas las medidas que le afecten directa o indirectamente.

Por su parte, en virtud del artículo 3, apartado ‘h’, de la Ley N.º 30466, la actuación estatal o privada no debe en ningún caso exponer a la niña, niño o adolescente afectada/o por hechos de violencia al impacto emocional que implica el relato reiterado e innecesario de tales hechos, las esperas prolongadas o las preguntas y comentarios que juzgan, culpabilizan o afectan su intimidad. Por tanto, los servicios de justicia deben evitar la revictimización que se manifiesta en interrogatorios repetitivos, cuestionamientos, reproches, dilaciones de tiempo e inacción de las entidades responsables.

La importancia de evitar la revictimización, así como los motivos de urgencia o riesgo de no contar con la versión de la víctima a lo largo del proceso por temor

o miedo a venganzas, sustentan la entrevista única en cámara Gesell en los casos de trata de personas y otras formas de explotación humana. En este caso particular, debe tenerse muy en cuenta que el miedo a represalias del acusado o de personas cercanas a él constituye un motivo justificado o razón seria que complica la participación de la víctima en las etapas posteriores de la investigación o el proceso (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2011, como se citó en el Recurso de Nulidad N.º 1174-2017-Callao, Corte Suprema de Justicia, 2018, fundamento noveno).



### Tomar en cuenta que...

- La cámara Gesell es un “ambiente especialmente acondicionado, que permite el registro y preservación de la declaración o testimonio y garantiza la posibilidad de que dicha entrevista sea grabada en audio y video con las garantías correspondientes” (Resolución Administrativa N.º 277-2019-CE-PJ).
- Las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad prevén como regla N.º 78 que en los actos judiciales en los que participen niñas, niños o adolescentes, como la declaración única en cámara Gesell, se debe tener en cuenta su condición etaria y desarrollo integral, por lo cual se deberá: (i) celebrar en una sala adecuada; (ii) facilitar la comprensión; (iii) utilizar un lenguaje sencillo; y, (iv) evitar todos los formalismos innecesarios (uso de la toga, la distancia física con el tribunal y otros similares).
- La finalidad de la declaración de víctimas en cámara Gesell es impedir la revictimización; así, se pretende “evitar o limitar la necesidad de repetición de su declaración” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Fernández Ortega y otros vs. México, sentencia de 30 de agosto de 2010, fundamento 196). Por tanto, de acuerdo con lo señalado por la Corte IDH en el caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua, corresponde procurar que los niños, niñas y adolescentes “no sean interrogados en más ocasiones que las estrictamente necesarias, atendiendo a su interés superior, para evitar un impacto traumático”. La citada sentencia recomienda “la videograbación de las declaraciones de las víctimas para no reiterar el acto. Estas herramientas tecnológicas (como el empleo de cámara Gesell) no solo evitan la revictimización y el deterioro de las pruebas, sino que también garantizan el derecho de defensa del imputado” (Corte IDH caso V.R.P, V.R.P y otros vs. Nicaragua, sentencia del 8 de marzo de 2018, fundamento 168).

En ese contexto, el Protocolo de Entrevista Única para Niñas, Niños y Adolescentes en Cámara Gesell señala que, durante la entrevista, el psicólogo forense evaluador deberá tomar en cuenta los siguientes aspectos al formular preguntas a las víctimas:

- ◆ Considerar la edad, sexo, orientación sexual e identidad de género, estado emocional, discapacidad, proveniencia de un pueblo indígena, situación de migrante o desplazado interno, así como alguna otra causa de vulnerabilidad o la necesidad personal que requiera la niña, niño o adolescente, de acuerdo con su entorno social, cultural y familiar.
- ◆ Procurar que espere el menor tiempo posible para iniciar la diligencia.
- ◆ Facilitar la espontaneidad del relato narrado.
- ◆ Escuchar con atención la narración de los hechos (de ser posible, la fecha, hora, descripción de las personas y de lugar, entre otros).
- ◆ Recoger datos que permitan identificar a la parte imputada u otra persona implicada (señas particulares, tatuajes, cicatrices, cortes, quemaduras, entre otros).
- ◆ Estructurar un lenguaje sencillo con preguntas abiertas.
- ◆ No formular preguntas ambiguas, capciosas o subjetivas; evitar las preguntas que induzcan a eludir la respuesta o adoptar actitudes negativas.
- ◆ Que cuente el tiempo suficiente para narrar los hechos y responder las preguntas que se formulan.
- ◆ Evitar comparaciones, los comentarios sobre sí mismos, menciones a temas irrelevantes para la entrevista.
- ◆ Evitar las expresiones verbales o gestuales que señalen acuerdo o desacuerdo con las declaraciones.
- ◆ Formular preguntas que no atenten contra la dignidad, privacidad o intimidad.
- ◆ Evitar los juicios de valor sobre la condición de la víctima.
- ◆ Plantear preguntas que esclarezcan otros hechos de violencia distintos a los de la investigación.
- ◆ No aplicar pruebas psicológicas durante la entrevista.
- ◆ Permanecer con el niño, niña o adolescente hasta su conclusión.

Es preciso señalar que se debe permitir que la víctima relate los hechos de acuerdo con su edad cronológica y entorno social y cultural, y que solo en lo posible señalará las características físicas y el nombre del presunto responsable de los hechos (Corte Suprema de Justicia, 2019b, fundamento décimo cuarto). En esa línea, tampoco debe exigírsele precisión absoluta en la narración de los hechos ni en la identificación de fechas exactas (Corte Suprema de Justicia, 2019a), por lo que las declaraciones escuetas y no detalladas resultan también válidas e importantes (Corte Suprema de Justicia, 2019, fundamento 3.2.2).

Al respecto, la Casación N.º 1952-2018-Arequipa ha precisado, por ejemplo, que:

Tratándose del testimonio de niños, han de estimarse con especial cuidado, las circunstancias del caso y sus condiciones especiales. Por ello, es relevante el uso de la cámara Gesell, como contexto calificado para la toma de la declaración. Para el debido relevamiento y valoración de la información aportada por el declarante, se debe considerar su edad y grado de desarrollo psicosocial, la proximidad del evento narrado, el entorno social y familiar en que se desenvuelve, la posible presión o condicionamiento que rodea el testimonio, la existencia de una secuela traumática o de estrés, su capacidad de memoria o narrativa y, en general, sus condiciones personales. (Corte Suprema de Justicia, 2020c, fundamento décimo cuarto)



### Tomar en cuenta que...

En la investigación de delitos de trata de personas y explotación, la declaración única de la parte agraviada debe realizarse en el plazo más corto posible. No obstante, en la realidad pueden presentarse una serie de inconvenientes, tales como:

- En diversas zonas de nuestro país aún no se cuenta con espacios físicos o disponibilidad virtual para la toma de la declaración en cámara Gesell.
- Muchos de los lugares donde se investiga el delito de trata de personas son zonas del país de difícil acceso.
- Carecen de ambientes implementados según el protocolo para la toma de la declaración única de la víctima.
- Los intervinientes en la declaración (juez, fiscal, psicólogo, traductor, abogado, servidor jurisdiccional, mediador, padres de la víctima, ingeniero informático o digitador) no pueden concurrir por una diversidad de razones, entre ellas, el tiempo que toma su traslado, la falta de personal en los órganos fiscales y judiciales, la imposibilidad de conseguir un psicólogo o un traductor de forma inmediata, o la ausencia de expertos informáticos o digitadores en la zona.

En estos casos debe evaluarse la posibilidad de utilizar herramientas tecnológicas como aplicativos (Google Meet, Zoom, entre otros) que permitan el desenvolvimiento de una actuación procesal sin la presencia directa de las partes, pero que asegure las garantías de un debido proceso, como el principio de inmediación y el derecho de defensa de la parte imputada. Al respecto, se han emitido diversas directivas y resoluciones en aras de regular el empleo de medios tecnológicos para el correcto desarrollo y acceso a la justicia.

## 5. ¿Es importante incorporar la perspectiva de género y derechos humanos durante la declaración de una víctima de trata de personas y explotación?

La perspectiva de género ha sido definida por la Corte Suprema de Justicia como aquella que “reconoce la existencia de circunstancias asimétricas en la relación entre hombres y mujeres, construidas sobre la base de las diferencias de género que se constituyen en una de las causas principales de la violencia hacia las mujeres” (Corte Suprema de Justicia, 2017a, fundamento 16.a).

En el caso de la trata de personas y la explotación humana, la aplicación de la perspectiva de género resulta fundamental porque implica tomar en cuenta que los estereotipos de género no pueden ser un parámetro de actuación o valoración del testimonio de las víctimas. Ciertamente, se tiene documentado que algunos operadores de justicia “consideran que las ‘buenas’ mujeres no pueden prestar su consentimiento para ejercer el trabajo sexual, con lo que, aquellas que lo hicieron, no podrían luego reclamar una situación de trata de personas” (Iglesias, 2013, pp. 83-84, como se citó en Defensoría del Pueblo y Capital Humano y Social Alternativo, 2020, p. 94).

Sin embargo, el concepto de “buena” o “mala” mujer acarrea subjetividades y sesgos que deben ser eliminados de la actividad policial, fiscal y judicial, porque obligan a que las mujeres se comporten de determinada forma (por ejemplo, según el mandato del estereotipo de recato sexual), lo que pone en cuestión sus acciones y no les permite acceder a la justicia si no se adecúan a tal parámetro. Por ello, las preguntas a las víctimas no pueden estar cargadas de sesgos y supuestas características que estas deben cumplir sustentadas en estereotipos de género.

En cuanto al enfoque de derechos humanos, su importancia se ha recalcado por cuanto permite valorar la posición de la víctima con el fin de ofrecerle protección y reparación integral. En ese sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha remarcado la relevancia del abordaje de los casos de trata de personas y explotación desde la perspectiva de los derechos humanos, por cuanto esta implica que “los Estados deben darle prioridad a la protección de los derechos de las víctimas desde una perspectiva integral y sin discriminación” (Defensoría del Pueblo y Capital Humano y Social Alternativo, 2020, p. 93).

Así, la incorporación de la perspectiva de género y de los derechos humanos en la diligencia de entrevista en cámara Gesell o en las demás declaraciones de las víctimas implica la evaluación de los siguientes factores (Defensoría del Pueblo y Capital Humano y Social Alternativo, 2020, pp. 80-83):

- ▶ [...] La presión que pueden hacer organizaciones criminales vinculadas a la ejecución de este delito o al temor que conlleva la propia relación asimétrica que sustenta la trata como base de su retractación o no incriminación al tratante.

- ▶ Que la retractación de la víctima no en todos los casos constituirá un supuesto de ausencia de fiabilidad de su relato.
- ▶ Que al tomar la declaración debe evaluarse el contexto de comisión del hecho y las características del mismo.
- ▶ Que la víctima no tiene por qué describir los hechos de acuerdo con los elementos típicos del delito; adicional a ello, debe considerarse el temor a formular una denuncia.
- ▶ Evitar la búsqueda de “la víctima ideal”, es decir, aquella calificada como “una pobre figura pasiva que se encontraba en el lugar equivocado”. (Sánchez, 2021, p. 9)

Así mismo, debe apreciarse el contexto de presión familiar y social que puede afrontar la víctima y determinar un cambio en su versión inculpativa. Tampoco debe restarse fiabilidad a la declaración inculpativa de la víctima, si no ha denunciado los hechos. Adicionalmente, al valorar estos hechos no se debe apreciar el comportamiento sexual precedente de la víctima (relaciones sentimentales anteriores o incluso con alguno de los imputados) para descartar su declaración inculpativa.

## 6. ¿Cómo aplicar la psicología del testimonio en la declaración de una víctima de trata de personas y explotación?

La psicología del testimonio es aquella ciencia que “se ocupa del estudio de los testimonios de testigos y víctimas, informando sobre los factores que afectan su exactitud y diseñando procedimientos que permitan optimizar su obtención y valoración” (González y Manzanero, 2018, p. 61). En ese sentido, es relevante en el estudio de los factores que podrían afectar la memoria (Mazzoni, 2010, p. 28), “provocando errores no intencionados y generando falsos recuerdos” (González y Manzanero, 2018, p. 62).

Los problemas de memoria afectan a todas las personas, pero en mayor medida a las niñas, niños y adolescentes que pueden ser pasibles de sugerencias. Por ello, la profesora italiana Mazzoni (2010, p. 83) señala que al formular preguntas no debe introducirse información que dirija la respuesta de la víctima o el testigo en determinado sentido.

Considerando el aporte de esta autora (2010, pp. 83 y 84), es recomendable que en el caso de la declaración de una víctima de trata de personas y explotación se evite:

- Incluir elementos nuevos que puedan conducir a respuestas inventadas y ocasionar la modificación sobre la información real.
- Una pregunta mal formulada puede generar que se responda con la pregunta sugerida y no con lo que realmente había visto o vivido la víctima.

- Evitar preguntas sugestivas, las que añaden información.
- En las preguntas, no usar artículos determinados, adjetivos o características específicas de las personas, así como modificadores (usualmente, frecuentemente).

## 7. ¿Cuál es el valor de la declaración de una víctima de trata de personas o explotación?

La declaración de la víctima en cámara Gesell “bajo la dirección de un psicólogo, en un ambiente amigable y adecuado, sin el estrépito de una sala de audiencia ni la presencia visible de otras personas, es de **alta fiabilidad**” (Corte Suprema de Justicia, 2020b, fundamento quinto). No obstante, no deben dejarse de lado los posibles problemas probatorios que deben ser considerados al momento de su valoración, como que no existen medios de prueba que, en general y *a priori*, sean más fiables que otros (Nieva, 2010, p. 219).

Ciertamente, en el sistema de valoración racional de la prueba debe apreciarse, además de la coherencia de los relatos, su contextualización, las corroboraciones periféricas, etcétera. Si bien se ha considerado como principal prueba de cargo la declaración de la víctima, es necesario contar con otros elementos que contribuyan a la hipótesis fiscal o, por el contrario, la desvirtúen y que, apreciados de forma conjunta, permitan el esclarecimiento de los hechos, especialmente cuando la declaración en cámara Gesell no se realiza con la premura y condiciones necesarias para otorgarle fiabilidad.

Así, la imputación fiscal y la posterior valoración no recaerían únicamente sobre la declaración de la víctima, sino que se contaría además con otros elementos probatorios con igual o mayor grado de fiabilidad. En ese sentido, la Casación N.º 1668-2018-Tacna precisó: “La información obtenida en una diligencia preliminar mantiene su fiabilidad si, contrastada con otros actos de investigación o prueba se corrobora o coincide en lo esencial” (Corte Suprema de Justicia, 2019b, fundamento décimo quinto).

En el mismo sentido, la Casación N.º 1952-2018-Arequipa, del 28 de octubre de 2020, señala:

**En la valoración conjunta de los medios de prueba se debe confrontar todos los resultados probatorios, para determinar su correlación, coherencia y convergencia respecto del objeto de proceso. Se trata de un criterio metodológico racional y progresivo de los medios de prueba, evaluados como un todo, para establecer los hechos objeto de la imputación, tal como han sido postulados y fijados. (Corte Suprema de Justicia, 2020c, fundamento 16)**



## Tomar en cuenta que...

- Lo recomendable es que la declaración mediante prueba anticipada pueda ser tomada con rapidez y prontitud, lo cual es provechoso porque: i) la víctima se libera de la presión que podría surgir para que cambie su versión; ii) al tomársele de forma célere su declaración, esta podría ser más detallada, pues sus recuerdos están recientes; y, iii) se evitaría someterla a revivir los hechos a los que ha sido sometida. En el pasado, se le tomaba una declaración ante la Fiscalía y se le volvía a interrogar en juicio, de modo que los tratantes podían someter a la víctima a una constante persecución y presión.
- El Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló, en el caso *Zoletic and Others v. Azerbaijan*, que resulta necesario para esta clase de delitos (trata de personas) “la investigación efectiva” (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2021, fundamento 131), que se materializa con la prontitud en la toma de declaración de víctimas y testigos, la recopilación de documentos y demás prueba material que pueda presentarse en el caso.

## 8. ¿Qué valor tiene la declaración de la víctima de trata de personas y explotación prestada sin la presencia del representante del Ministerio Público?

Un inconveniente en la toma de declaración de las víctimas es que no siempre se cuenta con la presencia del representante del Ministerio Público, que otorga fiabilidad y legalidad a esta declaración referencial (tomada de forma inmediata en la intervención en el lugar de los actos delictivos). Ante la urgencia e inmediatez, es la Policía, personal de primer contacto con los hechos, quien se encarga de tomar la declaración, sin que haya en el lugar un representante del Ministerio Público.

En este contexto, un juez puede otorgar valor a las declaraciones tomadas a nivel preliminar, incluso privilegiándolas sobre las actuadas en juicio oral; pero esta facultad está condicionada a que se realice con las garantías de ley, de tal modo que, para otorgarle fiabilidad a la declaración preliminar de la víctima de delito de trata y explotación **debe haberse realizado necesariamente en presencia del fiscal**, pues así se asegura que ha sido prestada con las garantías previstas en la norma procesal y la Constitución. Así lo ha referido la Corte Suprema de Justicia en el Recurso de Nulidad N.º 3044-2005-Lima (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, 2004) al remarcar que la mayor o menor fiabilidad de la declaración tiene como base que esta “se haya actuado con las garantías legalmente exigibles —situación que se extiende a las declaraciones en sede policial, siempre que se cumpla lo expresamente estatuido en la norma habilitante pertinente referida a la

presencia del fiscal y, en su caso, del abogado defensor—” (fundamento quinto; negrillas añadidas).

**La declaración de la víctima sin presencia del fiscal carece pues de fiabilidad, porque ella asegura el cumplimiento de que se ha realizado con las garantías de ley.** En esa medida, es necesaria la presencia inmediata del o de la representante del Ministerio Público para asegurar el cumplimiento de las garantías en la toma de declaración referencial de la víctima y esta pueda ser valorada por el juez.

## **9. ¿Cuál es el valor de la declaración de la víctima de trata de personas y explotación en cámara Gesell sin la presencia del juez?**

Como ya se ha señalado, la declaración de la víctima en cámara Gesell constituye un supuesto de prueba anticipada, por lo que requiere la presencia de un juez. Esto es así porque la víctima no participará del plenario para no ser sometida a impactos psicológicos negativos, cambios de versiones voluntarias (por presiones externas) e involuntarias (olvido de detalles por el paso del tiempo) o ausencia de la víctima (no se le ubica en su domicilio o se desconoce su paradero, o no quiere participar en el proceso por temor o amenazas).

No obstante, la premura en la toma de manifestación para minimizar los efectos negativos en víctimas de trata de personas y explotación ha derivado en que, en algunos casos, estas se practiquen sin la presencia del juez. De tal modo, **si una víctima ha declarado en cámara Gesell con la concurrencia de un psicólogo, además de delante de la defensa de los presuntos tratantes, así como del representante del Ministerio Público, el testimonio no pierde validez ni valor probatorio, pese a que no se haya encontrado presente el juez.**

Esto es así porque se ha respetado el derecho de defensa técnica del imputado, se ha realizado con las debidas garantías aseguradas y con la presencia del Ministerio Público, y se ha obtenido la única declaración de la víctima con presencia del psicólogo forense, en un ambiente adecuado que justamente asegura que esta se considere fiable. Por lo demás, tal como señala el artículo 19 de la Ley N.º 30364, la regla general es la declaración única y, salvo que se quiera realizar alguna aclaración de la versión de las víctimas, el juez puede disponer la declaración ampliatoria.

Entonces, la no presencia del juez en la toma de declaración única no resta valor probatorio a la declaración de la víctima; además, debe recordarse que “la función del juez en la toma de declaración no es la de apreciar o valorar la prueba (esa función la realizará el juez del juicio o tribunal), sino la de recoger la prueba” (Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Cusco, 2021, fundamento 5.1). Tampoco será motivo de nulidad o exclusión de la declaración de la víctima, puesto que la presencia del fiscal garantiza la legalidad del acto. En esa línea, la Casación N.º 2195-2019-Amazonas (Corte Suprema de Justicia, 2021) ha señalado:

En el caso concreto, se recabó la declaración de la víctima en cámara Gesell, cuya Acta de entrevista única fue admitida como prueba documental; sin embargo, no se actuó en juicio oral, debido a recibirse la declaración de la menor agraviada. Al respecto, el Juzgado Colegiado no tomó en cuenta que [...] debe evitarse la revictimización. **Si bien la declaración de M. Y. A. N., inicialmente recibida, no se materializó en presencia del juez, esta fue transcrita, contándose con el acta respectiva y el audio de la citada diligencia, viables de someterlos al contradictorio.** (fundamento 24; negrillas añadidas)

## 10. ¿Cuál es el valor de la declaración referencial (no brindada en cámara Gesell) de una víctima de trata de personas y explotación sin la presencia del juez?

Otro de los problemas presentes en la práctica es que, luego del conocimiento de los presuntos hechos delictivos de trata de personas o explotación, al constituirse la Policía y el representante del Ministerio Público en el lugar de los hechos, la víctima declara preliminarmente ante el fiscal. Sin embargo, por ser esta una diligencia urgente, no se encuentra presente el juez, por diversas razones (entre ellas, porque el fiscal tiene que realizar la solicitud de audiencia, el Poder Judicial debe acondicionar la toma de declaración en cámara Gesell, el especialista debe programar la audiencia de acuerdo con la agenda del juez y, solo luego de ese procedimiento, se programa la declaración con la presencia del magistrado y del psicólogo forense para una determinada fecha, usualmente después de un tiempo prolongado desde que ocurrieron los hechos).

Por ello, se ha discutido si la declaración referencial de la víctima debe ser actuada como prueba documental. Al respecto, el artículo 383.1.d del CPP refiere, sobre la lectura de prueba documental, que solo podrán ser incorporadas para su lectura “las actas conteniendo la declaración de testigos actuadas mediante exhorto. **También serán leídas las declaraciones prestadas ante el Fiscal con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes**, siempre que se den las condiciones previstas en el **literal anterior**”. El literal anterior refiere que la lectura se producirá siempre que el órgano de prueba “no hubiese podido concurrir al juicio por fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, desconocimiento de su paradero o por causas independientes de la voluntad de las partes”.

De acuerdo con lo señalado en la norma, si se cumple con los supuestos previstos sería posible la incorporación y valoración de la declaración referencial de la víctima brindada en presencia del Ministerio Público, de la defensa o con su debido emplazamiento pese a no encontrarse presente el juez.

La incorporación de la declaración en el juicio sería como prueba documental, y corresponde su valoración junto a todos los elementos probatorios recabados y debidamente incorporados al proceso, por lo que si concurre en el acervo probatorio la mencionada declaración de la víctima introducida como prueba documental y, por otro lado, la declaración de la misma víctima brindada en cámara Gesell, el órgano decisor, de acuerdo con su libre valoración, deberá apreciar conjuntamente todos los elementos de prueba obrantes en el expediente y determinar así a cuál de las versiones otorgarle mayor fiabilidad.

Se debe precisar, además, que si bien el testimonio de la víctima es relevante, este medio de prueba no es determinante *a priori* para el esclarecimiento de los hechos. La acreditación del hecho no debe recaer únicamente en la declaración de la víctima (no es una prueba que posea un valor tasado y predeterminado), sino que es necesario valorar los medios de prueba también presentes en el caso (declaraciones de los testigos, prueba científica [pericias], examen de los órganos periciales, documentales y otros).



### Tomar en cuenta que...

Las declaraciones denominadas referenciales:

- No son consideradas propiamente como prueba anticipada.
- Se encuentran contenidas en actas en los expedientes.
- Son tomadas en su mayoría en el lugar de los hechos, con presencia del fiscal.
- Su importancia radica en que, al ser tomadas inmediatamente después del descubrimiento de los presuntos actos de trata o explotación, las víctimas relatan pormenorizada y detalladamente el evento.

## 11. ¿Qué sucede si la declaración de la víctima de trata de personas o explotación ha sido tomada sin la presencia de los abogados de los presuntos tratantes o explotadores?

En el momento procesal del inicio de investigación (diligencias preliminares) puede ocurrir, por el reciente descubrimiento, identificación y recolección de elementos, que el presunto o presuntos tratantes o explotadores aún no se encuentren individualizados, motivo por el cual se torna imposible su emplazamiento a través de su defensa técnica para que concurra a la toma de la declaración de las víctimas.

La consecuencia jurídica de la ausencia de la defensa o su no emplazamiento es que dicha declaración no puede ser leída como prueba documental en el juicio oral, en tanto que no se cumple con los presupuestos de la norma prevista en el artículo 383.3 del CPP.<sup>11</sup>

Como una solución, se ha procurado, en la medida de lo posible, que, inmediatamente se tenga individualizado al presunto o presuntos imputados (por ejemplo, días después de la intervención), y siempre que las víctimas se encuentren en custodia y salvaguarda, pueda realizarse muy excepcionalmente la toma de su declaración (siempre en presencia de fiscal y con el debido emplazamiento de la defensa del o de los imputados), consultándoles si se ratifican en su versión primigenia, de tal modo que se evita formularles nuevamente las mismas preguntas, lo que derivaría en su revictimización.

De ese modo, la declaración de la víctima cumpliría con los presupuestos legales para su incorporación como prueba documental, al encontrarse presente la defensa técnica de los presuntos autores y demás responsables, de tal modo que se garantizaría el principio de defensa y se permitiría que el acta que contiene la declaración de la víctima pueda ingresar al juicio y ser leída. Además, es preciso acotar que el personal de primer contacto con la víctima debería encontrarse preparado y formado para la toma de la declaración de las víctimas. En principio, en este órgano debería estar el psicólogo forense, pero dado que en muchos casos este personal experto no concurre, la Organización de las Naciones Unidas ha instado a que:

el personal de primer contacto con la víctima de trata de personas en escenarios de flagrancia o de los procesos de investigación en fase inicial, deben estar debidamente capacitados, en primer lugar, por razones de carácter humanitario y, en segundo lugar, por cuestiones procesales, ya que, a partir de ese reconocimiento, es que se definen las partes que se enfrentan en un juicio de desarrollo complejo y riesgoso. (UNODC, 2010, p. 86)

<sup>11</sup> Artículo 383 del CPP. Lectura de la prueba documental. 1. Solo podrán ser incorporados al juicio para su lectura: [...] d) Las actas conteniendo la declaración de testigos actuadas mediante exhorto. También serán leídas las declaraciones prestadas ante el Fiscal con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que se den las condiciones previstas en el literal anterior; [...].

# Referencias

## Libros y/o artículos

- Defensoría del Pueblo y Capital Humano y Social Alternativo. (2020). *Abordaje judicial de la trata de personas*.
- Gimeno Sendra, V. (2012). *Derecho procesal penal*. 2.ª edición. Aranzadi.
- Gonzales, J. L. y Manzanero, A. L. (2018). *Obtención y valoración del testimonio. Protocolo Holístico de Evaluación de la Prueba Testifical (HELPT)*. Pirámide.
- Mazzoni, G. (2010). *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria*. Trotta.
- Neyra Flores, J. A. (2015). *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo II. Idemsa.
- Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Marcial Pons.
- Sánchez Rubio, B. (2021). *La víctima ideal en los delitos de agresión y abuso sexual. ¿Es posible evitar la victimización secundaria?* Universitas.

## Jurisprudencia

### CORTE INTERAMERICANA DE DEDERCHOS HUMANOS

- Sentencia 30 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Caso Fernández Ortega y otros vs. México.
- Sentencia 8 de marzo de 2018v(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Caso V.R.P., V.R.P. y otros vs. Nicaragua.

### TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- (2011, 15 de diciembre). Sentencia recaída en el Exp. N.º 26766/05 (Caso AL-KHAWAJA y TAHERY v. THE UNITED KINGDOM JUDGMENT).
- (2021, 7 de octubre). Sentencia recaída en el Exp. N.º 20116/12 (Caso ZOLETIC y otros V. AZERBAIJAN).

### CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

#### SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

- (2016, 17 de noviembre). Acuerdo Plenario N.º 5-2016/CIJ-116.
- (2017a, 12 de junio). Acuerdo Plenario N.º 1-2016/CJ-116.
- (2017b, 11 de octubre). Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017/CIJ-433.

#### **SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

- (2004, 1 de diciembre). Sentencia recaída en el Recurso de Nulidad N.º 3044-2005-Lima (Caso Noreña Tolentino).
- (2019a, 11 de marzo). Recurso de Nulidad N.º 1398-2018-Callao (Caso Saavedra Valladolid).
- (2019b, 20 de noviembre). Sentencia recaída en la Casación N.º 1668-2018-Tacna (Caso Caján Gil).
- (2020a, 26 de febrero). Sentencia recaída en la Casación N.º 21-2019-Arequipa (Caso Sanz Delgado).
- (2020b, 18 de agosto). Recurso de Nulidad N.º 577-2019-Lima Sur.
- (2020c, 28 de octubre). Sentencia recaída en la Casación N.º 1952-2018-Arequipa (Caso Ticona Benavides).
- (2021, 10 de agosto). Sentencia recaída en la Casación N.º 2195-2019-Amazonas (Caso Avellaneda Delgado).

#### **SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

- (2019, 2 de mayo). Sentencia recaída en la Casación N.º 510-2016-Loreto (Caso Ramírez Guerreiro).

#### **SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

- (2018, 29 de mayo). Sentencia recaída en el Recurso de Nulidad N.º 1174-2017-Callao (Caso Cuzcano Torres).

#### **TERCER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE SUPERIOR DE CUZCO**

- (28 de setiembre de 2021), Expediente N.º 04752-2020.

# MÓDULO IV

Las particularidades de la etapa intermedia en los procesos por trata de personas y explotación



# MÓDULO IV

## Las particularidades de la etapa intermedia en los procesos por trata de personas y explotación

1. ¿Cómo debe efectuarse el control del derecho a una “imputación clara y precisa” (o imputación necesaria) en los requerimientos acusatorios de los procesos penales por el delito de trata de personas y explotación? ¿Qué particularidades hay que considerar?
  - 1.1. ¿Cómo debe realizarse el control formal sobre los datos de ubicación temporal y espacial en el que sucedieron los hechos?
    - 1.1.1. ¿Cómo debe realizarse el control formal sobre las modalidades de trata de personas y explotación concretas atribuidas a los procesados?
    - 1.1.2. ¿Cómo debe realizarse el control formal sobre el fin de explotación atribuido a los procesados?
2. ¿Cómo debe efectuarse el control del requerimiento de sobreseimiento en los procesos penales por el delito de trata de personas y explotación? ¿Qué particularidades hay que considerar?
  - 2.1. ¿Cuándo ordenar una investigación suplementaria ante un requerimiento de sobreseimiento por el delito de trata de personas y explotación? ¿Qué particularidades propias de este delito deberían considerarse?
  - 2.2. ¿Cuándo expedir un auto de elevación de actuaciones al fiscal superior ante un requerimiento de sobreseimiento por el delito de trata de personas y explotación? ¿Qué particularidades propias de estos delitos deberían considerarse?

# 1. ¿Cómo debe efectuarse el control del derecho a una “imputación clara y precisa” (o imputación necesaria) en los requerimientos acusatorios de los procesos penales por el delito de trata de personas y explotación? ¿Qué particularidades hay que considerar?

La imputación del Ministerio Público contra los procesados evoluciona a medida que la persecución penal se va extendiendo a lo largo de las fases de la investigación preparatoria, la etapa intermedia y el juicio oral. En el curso de esa evolución, mayores exigencias de precisión y claridad se van produciendo paulatinamente, de manera que mientras más cerca se encuentre el momento del juicio oral, más intensa será la carga que deberá soportar la Fiscalía con respecto a la rigurosidad y minuciosidad de los aspectos fácticos, jurídicos y probatorios de los cargos que les atribuye a los imputados.

Esto es lo que se conoce con el nombre de “derecho a una imputación clara y precisa” o, conforme a una terminología que se ha popularizado en los tribunales —al margen de no ser tan acertada—<sup>12</sup>, “principio de imputación necesaria”, que alcanza su pico al momento de la audiencia de control durante la etapa intermedia.



## Tomar en cuenta que...

La base constitucional del derecho a una imputación clara y precisa proviene, fundamentalmente, de los artículos 2.24.d y 139.14 de la Constitución, que recogen el derecho a no ser privado de la defensa en ningún momento del proceso. Este mandato cuenta con un correlato claro en el Título Preliminar del Código Procesal Penal (en adelante, CPP), en cuyo artículo IX.1 se reconoce el derecho de toda persona a que se le comunique de inmediato y detalladamente toda imputación formulada en su contra.

Justamente por la evidente conexión entre el derecho a una imputación clara y precisa y el derecho fundamental a la defensa, la observancia del primero no se limita a la acusación, sino que es aplicable —con distintos grados de intensidad— también a la imputación existente contra los procesados. Así, distintas Salas Penales de Apelaciones han reconocido la vigencia de este principio en diligencias preliminares (véase, por ejemplo, la resolución emitida por la antigua Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de

<sup>12</sup> Toda imputación es “necesaria” en el proceso penal, en el sentido de que sin ella no habría razón de ser para el proceso. Lo importante es que sea concreta, clara y precisa, de modo que permita un ejercicio adecuado de la defensa. La propia Corte Suprema ha sido crítica de esta denominación, por considerarla una “obviedad” en la Casación N.º 241-2019-Ancash (considerando tercero).

Corrupción de Funcionarios en el Expediente N.º 39-2018-7,<sup>13</sup> o la emitida por la Tercera Sala Penal de Apelaciones Nacional en el Expediente N.º 303-2021-1,<sup>14</sup> entre otras). Igualmente, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema tiene diversos pronunciamientos en los que analiza el alcance de este principio durante la etapa de investigación preparatoria ya formalizada (véase, por todas, la resolución recaída en el Expediente N.º 2-2019-14).<sup>15</sup>

La precisión requerida por este derecho no tiene relación necesaria con la extensión de la acusación. Una acusación por trata de personas o explotación puede resultar muy extensa, sin que eso signifique que necesariamente se están satisfaciendo las exigencias que emanan del derecho. De igual modo, una acusación breve puede ser lo suficientemente puntillosa y elocuente para considerar que se cumple con todos los requisitos propios de la imputación clara y precisa.

Así lo ha señalado el precedente vinculante establecido por la Corte Suprema con ocasión del Recurso de Nulidad N.º 956-2011-Ucayali, que señala que el órgano jurisdiccional debe verificar, al tramitar toda acusación, que esta cumpla con tener claramente definidos un elemento fáctico, un elemento jurídico y un elemento probatorio, de suerte que sea posible desarrollar posteriormente un juicio razonable sobre la base de estos. Esto supone que la acusación explique y proponga una adecuada subsunción de los hechos atribuidos en los tipos penales imputados (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, 2012, considerando tercero, p. 17).



### Tomar en cuenta que...

En ocasiones, al referirse al derecho a la imputación clara y precisa y sus requisitos (elemento fáctico, jurídico y probatorio), la Corte Suprema ha usado una nomenclatura ligeramente distinta, añadiendo un requisito “lingüístico” referido al uso de lenguaje claro, sencillo y entendible; e incorporando el componente probatorio en el requisito normativo, como en la Ejecutoria que resolvió el Recurso de Nulidad N.º 2823-2015-Ventanilla (2017, fundamento 8). Igualmente, en el Acuerdo Plenario N.º 6-2009 la Corte señaló que la vigencia del principio de imputación concreta implica que la acusación cumpla con mencionar “acabadamente la fundamentación fáctica, indicar con todo rigor el título de condena y concretar una petición determinada, así como el ofrecimiento de medios de prueba” (Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema, 2009, fundamento 7).

13 Resolución 6 recaída en el Expediente N.º 39-2018-7 del 6 de octubre de 2020, emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, FJS 7.11 a 7.17 (Caso Hinostroza Pariachi).

14 Resolución 5 recaída en el Expediente N.º 303-2021-1 del 30 de diciembre de 2021, emitida por la Tercera Sala Penal de Apelaciones Nacional, FJ 6.3 (Caso Galarreta Velarde).

15 Resolución 3 recaída en el Expediente N.º 2-2019-14 del 10 de noviembre de 2020, emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, FJ 2.28 (Caso Paredes Quiroz).

Es importante tener en cuenta que cuando la jurisprudencia habla de que la imputación debe contener una subsunción que permita realizar un juicio en condiciones adecuadas, se refiere únicamente a la subsunción que podríamos llamar “formal”, esto es, aquella por la cual el Ministerio Público indica, con claridad suficiente, qué hechos son los que satisfacen cada uno de los elementos del tipo penal atribuido.

En este sentido, los cuestionamientos referidos a la subsunción que son admisibles desde la imputación concreta, y por ende, pueden ser materia de una observación formal durante la fase de control formal de la etapa intermedia, son aquellos que aluden a la falta de una correlación indicada por el Ministerio Público entre los elementos del tipo y los hechos imputados. Este tipo de cuestionamientos serán amparables como una observación formal válida en etapa intermedia siempre y cuando la Fiscalía no haya cumplido con explicitar a qué hechos de su relato corresponden los elementos necesarios del tipo penal, y esto tampoco pueda deducirse, sin incurrir en riesgo de confusión, del texto de la acusación.

Por ejemplo, si el fiscal imputase un delito de violación sexual relatando diversos aspectos de un mismo hecho, pero sin indicar qué partes de su relato acreditan la violencia física, violencia psicológica, la grave amenaza o el aprovechamiento de un entorno intimidatorio que empleó el acusado para perpetrar el crimen, ni señalar en qué parte de la narración se produjo el acceso carnal y por cuál de las vías se llegó a producir este, y esto no se aprecia claramente del texto que remitió, es evidente que dicha acusación sería observable por falta de subsunción formal.

Muy diferentes de estos son los cuestionamientos referidos a la **subsunción material** de los hechos imputados, que se basan en una alegación no de falta de claridad en cuanto a la correlación con los elementos del tipo penal imputado, sino de imposibilidad de subsunción por falta de adecuación típica. En una alegación de esta naturaleza, la defensa no sostiene que la acusación no precisa qué aspectos del relato fáctico corresponden a qué elementos del tipo penal, sino más bien que los que ha incluido el fiscal en su acusación nunca podrían satisfacer la tipicidad del delito imputado, pues este no es compatible con ellos.

No se trata aquí de una imprecisión en la subsunción, sino de una supuesta imposibilidad absoluta de que los hechos postulados por el fiscal puedan subsumirse en los elementos del tipo penal, a criterio de la defensa. Por ejemplo, en el mismo caso hipotético de violación planteado anteriormente, si la defensa no sostiene que el fiscal no ha precisado de qué parte de su relato fáctico debe desprenderse cuál fue el medio empleado por el imputado para cometer el crimen, sino más bien que el acto de proponer a una persona tener intimidad a cambio de otorgarle un préstamo de dinero que le permita salir de todas sus deudas nunca podría calificar como violación por falta de medio típico, se trata netamente de un cuestionamiento referido a la subsunción material de la conducta.

Este segundo tipo de cuestionamientos referidos a la subsunción no pueden ser formulados en el marco del **control de acusación formal** propio de la primera fase de la etapa intermedia, sino que deben ventilarse en la fase de **control material o sustancial de la acusación**, sea a través de una excepción de improcedencia de acción (si la falta de subsunción se desprende del propio relato fáctico incluido en la

acusación), o a través de una solicitud de sobreseimiento por falta de tipicidad (si el hecho del que se colige la atipicidad puede desprenderse de manera evidente con una mínima revisión de elementos de convicción documentales).

Esta misma línea de razonamiento ha sido seguida por la Corte Suprema en la Casación N.º 241-2019-Áncash, en la que precisó que la falta de imputación necesaria no se identifica “con los presuntos defectos desde lo que la defensa considera que no encuadran dentro de las exigencias del tipo delictivo (...)” (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, 2021, FJ tercero).

## 1.1 ¿Cómo debe realizarse el control formal sobre el elemento fáctico en las acusaciones por los delitos de trata de personas y explotación?

El componente fáctico de la acusación alude a los hechos que la Fiscalía atribuye a los imputados. En el caso del delito de trata de personas y explotación, este relato fáctico presupone una narración que comprenda, como mínimo, los siguientes grupos de hechos:

- i) Hechos que sirvan para acreditar el **medio típico empleado** (violencia, amenaza, otras formas de coacción o privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder, abuso de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos, concesión o recepción de cualquier beneficio), **salvo en los casos en los que las víctimas son niños, niñas o adolescentes.**
- ii) Hechos que sirvan para acreditar la **conducta principal constitutiva del delito** (captación, transporte, traslado, acogimiento, recepción, retención de otro **si el tipo penal imputado es el del inciso 1 del artículo 129-A del Código Penal**, o promoción, favorecimiento, financiación o facilitación de las conductas anteriores **si el tipo penal imputado es el del inciso 5 de la misma norma**).
- iii) Hechos que sirvan para acreditar **el fin de explotación** (venta de niños o adolescentes, prostitución, explotación sexual, explotación laboral, esclavitud, prácticas análogas a la esclavitud, mendicidad, trabajos o servicios forzados, servidumbre, extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos, o sus componentes somáticos, o cualquier otra forma de explotación).

Adicionalmente, por imperio del artículo 349, inciso 1, literal ‘b’ del CPP, la narrativa deberá dividirse en circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores en tanto ello sea relevante para el caso, debiendo separarse los hechos si es que cada uno de ellos es independiente (de ser así, cada uno dará lugar a su propia imputación).

Es por lo tanto **indispensable** que la acusación por trata de personas y/o explotación especifique siempre concretamente los hechos que denotan **qué medio típico, qué conducta constitutiva y qué finalidad de explotación** se emplearon en el caso concreto para configurar el delito, con la excepción de los casos en los que las

víctimas sean menores de edad, en cuyo caso no será necesario precisar el medio empleado.

Para profundizar un poco más sobre el abordaje de este elemento de la imputación concreta en los casos de trata de personas es preciso adaptar los desarrollos jurisprudenciales existentes al tipo específico de casuística que aquí nos interesa. En la Casación N.º 241-2019-Áncash, por ejemplo, la Corte señaló lo siguiente con relación al entendimiento del elemento fáctico:

Uno de los requisitos formales de la acusación escrita (artículo 344, apartado 1, del Código Procesal Penal) es **la fundamentación fáctica**, que ha de derivarse del procedimiento de investigación preparatoria, y **que presenta cuatro exigencias:**

**1.** Identificación del imputado. **2.** Narración sucinta de los hechos (el complejo de hechos atribuidos al encausado o el acontecimiento histórico), que exige que se debe (i) **realizar una relación circunstanciada, temporal y espacial, de los hechos punibles**, (ii) señalar el nombre completo de sus protagonistas, evitando el uso de términos o conceptos jurídicos, (iii) elaborar **una exposición clara y precisa**, incluyendo —de ser relevantes— las **circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores**, y si son varios hechos e imputados, separarlos y detallar el rol de cada uno —esto es lo que se denomina “función informativa de la acusación”—. **3.** Examen de los medios de convicción desde su pertinencia y utilidad —análisis racional, individual y de conjunto del material investigativo—. **4.** Si correspondiere, el monto de la reparación civil, lo que es propio de la acumulación de lo penal y lo civil, típico del Código Napoleónico —lo indicado en los puntos uno, dos y cuatro es lo que se denomina “hipótesis acusatoria”. (Considerando tercero; negrillas añadidas)

Trasladando lo anterior al tema que nos ocupa, y dando por descontado que el requerimiento debe contener la identificación de los imputados con indicación de sus nombres completos (lo que es una exigencia legal contenida en el artículo 349, inciso 1, literal ‘a’ del CPP concordado con el artículo 88 inciso 1, lo más importante es que la acusación por trata de personas contenga la **relación circunstanciada, temporal y espacial del delito**. Esto implica que describa no solo las circunstancias de modo (el cómo se cometió el delito), sino también el contexto específico temporal y espacial en el que se produjo (dónde y cuándo), o, como señaló la Corte con ocasión del Recurso de Nulidad N.º 2519-2017-Áncash, “ubicando al imputado en el tiempo y lugar en un hecho concreto” (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, 2018, fundamento octavo).

En lo que respecta al modo cómo sucedieron los hechos, la jurisprudencia ha insistido bastante en que la descripción fáctica contenida en la acusación no necesita tener un grado superlativo de abundancia en detalles para superar el control formal, siendo esta una regla importante sobre todo en los casos complejos —frecuentes en los de trata de personas—.

Así, en la Casación N.º 356-2020-Nacional, que trataba justamente sobre este delito, el Colegiado precisó que:

no es necesario que la imputación fiscal de la acusación determine en detalle y pormenorizadamente los hechos del delito, sino que se entiende que se ha cumplido con la imputación precisa, cuando se ha hecho *referencia contextualizada de los hechos*, tanto más si se trata de un supuesto fáctico que comprende varios tipos penales y además varios hechos. (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, 2022a, numeral 1.7)

De manera similar, en la propia Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017/CIJ-433, las Salas Penales de la Corte Suprema han señalado que la sospecha suficiente —el grado de verosimilitud de la imputación que se demanda para formular acusación— exige:

que la imputación sea completa (debe incluir todos los elementos fácticos que integran el tipo delictivo objeto de acusación y las circunstancias que influyen sobre la responsabilidad del acusado) y específica (debe permitir conocer con precisión cuáles son las acciones o expresiones que se consideran delictivas), **pero no exhaustivo** (no se requiere un relato **minucioso y detallado, o pormenorizado**, ni la incorporación ineludible al texto del escrito de acusación de elementos fácticos que obren en las actuaciones de la investigación preparatoria, **y a los que la acusación se refiera con suficiente claridad**) — **estas exigencias son materiales, no formales**, destinadas a que el acusado conozca con claridad y precisión los hechos objeto de acusación. (Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema, 2017, p. 19; negrillas añadidas).

Trasladando estos lineamientos a los casos de trata de personas y explotación, y sin perjuicio de reconocer que cada uno tendrá sus propias particularidades, pueden plantearse algunos ejemplos en los que un grado de precisión suficiente sea exhibido para, a partir de ahí, analizar qué es lo esencial sin llegar a, como dice la Corte Suprema, realizar un relato exhaustivo, minucioso, detallado o pormenorizado, que no resulta indispensable para satisfacer el derecho de defensa.

Esto último, por cierto, no significa que en los casos en los que el Ministerio Público disponga de la información suficiente, no sea saludable formular una acusación con la mayor precisión posible. Un ejemplo que podría servir para graficar lo anterior es la acusación recaída en el Expediente N.º 7821-2018, tramitado ante el Quinto Juzgado Penal Liquidador de la Corte Superior de Justicia de Lima<sup>16</sup> y que tenía el siguiente tenor:

---

16 Sentencia del 30 de junio de 2022, emitida por el Quinto Juzgado Penal Liquidador de la Corte Superior de Justicia de Lima en el Expediente N.º 7821-2018, pp. 1-2.

“(…) se le atribuye a la procesada Jill Navarro Vargas **haber captado** a las agraviadas identificadas con clave de reserva N.º 4417-1, 4417-2, 4417-3, 4417-4 y 4417-5 en su país de origen, Filipinas, mediante un anuncio publicitario en la red social Facebook denominado ‘Work in Perú’ el cual decía “Trabaja en Perú por un buen salario”, anuncio que fue atendido por las cinco agraviadas de nacionalidad filipina, habiéndoles ofrecido por su trabajo como especialista de pestañas la suma de \$ 450.00 dólares americanos y cubrir los costos de los pasajes de ida a Perú y de retorno a Filipinas, habiendo pasado las agraviadas entrevistas personales con la procesada Jill Navarro Vargas, para luego firmar un primer contrato por tres años, el cual fue rechazado por las autoridades de Filipinas, por lo que firmaron un segundo contrato por intermedio de la agencia de trabajo ‘International Skill Development’, en el cual establecía que trabajarían 8 horas diarias, se les pagaría horas extras y que el empleador debería correr con los gastos de alojamiento y con un estipendio para la comida, contratos que fueron redactados en el idioma inglés y firmados por las agraviadas y por la procesada Brenda Aranxta Díaz Flores, en calidad de representante legal de la empresa California Tan Perú S.A.C. por lo que **habría facilitado la captación de las agraviadas**, siendo que con estos contratos lograron obtener la autorización de salida del país de Filipinas de las cinco agraviadas por parte de la agencia gubernamental Philippine Overseas Employment Administration (POEA), logrando que finalmente las cinco agraviadas salieran de su país de origen hacia Perú, y que al llegar ahí dichas condiciones ofrecidas no se ajustaron a la realidad, habiéndose **utilizado el medio comisivo del engaño**.

Luego de haber obtenido los permisos de la oficina gubernamental Philippine Overseas Employment Administration, la procesada Jill Navarro Vargas les dijo a las agraviadas que viajaran desde la ciudad de Abu Dhabi hacia el país de Brasil, llegando el 05 de mayo del año 2016, en donde se encontraron con la procesada Jill Navarro Vargas, quien **las trasladó a Lima**, llegando el mismo día 05 de mayo del 2016, con la calidad migratoria de turistas, a pesar de haber viajado con un contrato de trabajo desde su país Filipinas, siendo trasladadas por la procesada Jill Navarro Vargas hacia su domicilio ubicado en el Jr. El Lindero N.º 139 en el distrito de La Molina, el cual compartía con el procesado Luis Alberto Díaz Cava, realizando con esta acción **la acogida** de las agraviadas, para luego llevarlas a trabajar en los salones de belleza Lima Tan, ubicados en la Av. Larco N.º 101, interior 207, distrito de Miraflores y en el otro local con el mismo nombre ubicado en la calle Los Antares N.º 308, stand 105-A, entre las avenidas Benavides y Velazco Astete, Centro Empresarial Nuevo Trigal, distrito de Santiago de Surco, desde el 07 de mayo del 2016, bajo las órdenes de los procesados Luis Alberto Díaz Cava, Jill Navarro Vargas y Brenda Aranxta Díaz Flores, firmando las agraviadas el día 20 de mayo del 2016 un contrato en español, en el cual se establecía como monto de remuneración la suma de S/ 900.00 más dos gratificaciones al año, el cual difería de las condiciones que les ofrecieron inicialmente, el cual fue firmado a solicitud de su jefe, el procesado Luis Alberto Díaz Cava, teniéndose presente que las agraviadas **tienen como idioma natal el tagalo y entienden el idioma inglés pero desconocen el idioma español**, por lo que no tuvieron conocimiento de lo que establecía el nuevo contrato firmado, habiéndose solicitado una copia del contrato pero éste les fue denegado por los denunciados.

(…)

Que **fueron explotadas laboralmente** ya que trabajaban desde la 9 de la mañana hasta las 10 de la noche, es decir, más de 8 horas sin recibir retribución por las

horas extras, no respetándose sus horas de almuerzo, que eran de tan solo 15 minutos y solo podían almorzar cuando terminaban su trabajo entre las 4 y 5 de la tarde, para luego proseguir a atender a los clientes que se encontraban esperando, sin tener descanso e inclusive no se les permitía ir al baño durante horas de trabajo, siendo vigiladas constantemente mediante cámaras de seguridad, encontrándose impedidas de hablar su idioma natal “Tagalo”, recibiendo amenazas por parte del procesado Luis Alberto Díaz Cava de ser denunciadas ante la autoridad migratoria en caso no sigan trabajando y también en el sentido de que debían pagar todos los gastos que se realizaron al traerlas de su país de origen, solicitándoles la suma de \$ 5,000.00, ya que era el monto que él había cubierto para traerlas desde Filipinas, resultando esta suma impagable sobre todo por el poco sueldo que recibían; llegando el procesado Luis Alberto Díaz Cava a cumplir sus amenazas respecto de las agraviadas identificadas con clave de reserva N.º 4417-1 y 4417-3 a quienes denunció ante las autoridades migratorias después de que ellas interpusieran la presente denuncia”.

Como se observa, los fragmentos de la acusación fiscal citados precisan lo esencial que no puede faltar en los casos de trata de personas: el **medio típico** (engaño), las conductas constitutivas del delito (**captación y traslado**) y la **finalidad de explotación** que habría sido perseguida (**explotación laboral**). Dentro de estos parámetros esenciales, se observa una descripción incluso abundante acerca de las circunstancias fácticas en las que los elementos del tipo antes señalados se verificaron, cuya inclusión es saludable pero no indispensable para cumplir con el estándar de imputación concreta. En los casos en los que las víctimas son niños, niñas o adolescentes, por otro lado, no es necesario, como se sabe, precisar el medio típico.

Por ejemplo, al dar cuenta de cómo se produjo el acto de captación se hacen referencias específicas a un primer contrato rechazado por la autoridad de Filipinas, al nombre de la agencia estatal filipina, que hizo los trámites para el viaje de las agraviadas, y a la de la agencia de trabajo privada en Filipinas, que facilitó el contrato que permitió sacarlas de su país de origen. Estos detalles, si bien demuestran un estudio concienzudo del expediente, no son indispensables para la acusación, y pueden citarse en el relato fáctico a través de una referencia a otro documento del expediente, sin necesidad de transcribir su información directamente en la acusación, tal y como explica la Sentencia Plenaria N.º 1-2017. Lo que sí es indispensable son los tres elementos antes señalados.

### 1.1.1 ¿Cómo debe realizarse el control formal de los datos fácticos de tiempo y lugar de los hechos imputados en los casos de trata de personas y explotación?

Otro aspecto importante vinculado al relato fáctico en las acusaciones de trata de personas y explotación tiene que ver con las circunstancias de tiempo y lugar. Aunque pueda no parecer tan evidente, la fijación de las coordenadas espaciales y temporales ha sido un problema serio en varios casos de trata. El siguiente es

un ejemplo tomado de un caso real de la jurisprudencia;<sup>17</sup> como se puede ver, las coordenadas de tiempo y lugar brillan por su ausencia en la imputación transcrita en una sentencia de trata de personas:

## “II. HECHOS DE LA IMPUTACIÓN Y PRETENSIÓN ACUSATORIA

### HECHOS

Se imputa a SUSANA ELVIRA VERA SUPANTA y JHOVANA LUCILA VERA SUPANTA, haber trasladado, acogido y retenido a la menor agraviada identificada con clave 16015 desde su ciudad de origen distrito de Pajarillo en el departamento de San Martín hasta su domicilio ubicado en el distrito de Comas, Lima; y a la denunciada, alejándola de toda persona y entorno conocido, para luego acogerla en la ciudad de Lima, donde la menor fue retenida por las imputadas, con la finalidad de explotarla, forzándola a realizar labores tanto en el hogar como en las tiendas comerciales que no le correspondían por su minoría de edad”.

Ahora bien, es preciso notar que lo que se exige en cuanto a información referida al tiempo y lugar de los hechos imputados no es necesariamente datos exactos. Por eso la jurisprudencia menciona que el relato fáctico debe presentar **una relación circunstanciada, temporal y espacial** del hecho punible, y no una fecha y una dirección exactas sobre el dónde y cuándo ocurrieron los hechos (aunque si lo segundo resulta posible, tanto mejor).

De hecho, aunque esto pueda parecer contraintuitivo, no es del todo extraña la tramitación de procesos penales en los cuales no se cuenta con la fecha y el lugar exactos donde habría sucedido el presunto hecho delictivo.

Esta situación también se produce, incluso con cierta recurrencia, en los casos de algunos delitos de clandestinidad como violación o colusión. Por ejemplo, al resolver el Recurso de Nulidad N.º 2198-2015-Lima, la Corte Suprema confirmó una condena en la que la imputación sostenía que “**durante el mes de junio del 2005**, el encausado (...) en su condición de entrenador de fútbol del Club Atlas, donde entrenaba el menor agraviado (...) lo agredió sexualmente (...)”. La Corte argumentó que “la alegación relacionada con que el menor no precisa adecuadamente el lugar ni la fecha de la agresión sexual no amerita que sea estimada, dado que no incide en el núcleo de la imputación que es verosímil y persistente en el decurso del proceso (...)” (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, 2016, considerandos segundo y tercero, numeral 3.4). De manera similar, es pertinente notar que en los casos de colusión casi nunca se precisa la fecha en la que se habría producido el acuerdo colusorio. Lo que suele detallarse son las fechas en las que sucedieron las irregularidades administrativas que permiten deducir que, en algún momento cercano y anterior a ellas, existió un acuerdo colusorio que las originó.

<sup>17</sup> Sentencia de fecha 30 de abril de 2018, recaída en el Expediente N.º 424-2017, emitida por el Segundo Juzgado Especializado en lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, p. 2.

En este sentido, **cuando se habla de que la acusación debe incluir una relación temporal y espacial del hecho punible, debe entenderse que se hace referencia a datos objetivos que permitan a los imputados hacerse una idea razonable sobre el periodo aproximado en el que sucedieron los hechos que se les atribuyen.** Este dato objetivo puede bien constituir un rango o un mes determinado de un año determinado. La falta de precisión en ese extremo no implica necesariamente una vulneración del derecho de defensa *per se*.

Ahora, podría existir algún caso en el que contar con el dato preciso de la fecha en la que hubiesen sucedido los hechos es determinante, porque, por ejemplo, el imputado puede acreditar con un alto grado de certeza que no estuvo en determinado sitio durante buena parte del periodo en el que la imputación sostiene que habría ocurrido el suceso (un viaje al extranjero o a provincia, por ejemplo); o que, habiendo estado en el lugar de los hechos, se encontraba incapacitado para actuar durante un periodo casi coincidente con el señalado en la acusación (una convalecencia en algún hospital, por ejemplo).

También podrían suceder situaciones de conflicto de Ley Penal en el tiempo, en las que saber exactamente qué día ocurrió la conducta es clave para determinar si se aplica una norma u otra. Por último, podría pasar que dos eventos similares, pero perpetrados por personas diferentes, sucedieron en fechas relativamente próximas, por lo que es necesario esclarecer con precisión cuál es el que puede ser atribuido al acusado. En casos como estos, sí podría suceder que el dato fáctico del lugar y la fecha en la que se produjeron los hechos incida en el núcleo de la imputación y la tesis defensiva, por lo que resulta indispensable contar con una mayor precisión de ese punto.

Esto es justamente lo que sucedió en la Casación N.º 75-2019-Piura, donde se evidenció que dos robos diferentes, aparentemente cometidos por personas distintas, se habían producido en un periodo de tiempo breve en el mismo local, y que la prueba actuada en juicio en realidad se había referido al segundo de ellos, a pesar de que la acusación versaba sobre el primero. La Corte ordenó un nuevo juicio para que se esclareciera el tema (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, 2020, numeral 1.6, p. 4).

Por lo anterior, el control del elemento fáctico y temporal de los hechos imputados en el delito de trata de personas no debe reducirse a exigir a la Fiscalía siempre el dato exacto de las fechas y lugares donde se habrían producido los sucesos. Por el contrario, debe partirse de un criterio más amplio por el que se analice qué grado de precisión en la fecha y el lugar de los hechos es necesario en el caso concreto para garantizar, a un nivel razonable, el derecho de defensa del acusado. De no existir razones singulares, propias del caso concreto, para exigir una mayor precisión, es posible aprobar una acusación que impute que los hechos sucedieron en un mes determinado —sin indicar el día—, o en un rango de fechas, en una localidad específica.

### 1.1.2 ¿Cómo debe realizarse el control formal de las modalidades de trata de personas y explotación concretas atribuidas a los procesados?

En lo que respecta al control formal sobre las modalidades del delito de trata de personas y explotación, es indispensable, como ya se dijo, que la acusación cumpla con especificar cuál de los seis “verbos rectores” que integran el delito de trata de personas es el que concurre en el caso concreto. Esta especificidad no se limita a señalar qué modalidad es la que se habría producido en el caso concreto, sino que debe precisarse también cuáles son las circunstancias de hecho que permiten al Ministerio Público afirmar su concurrencia. Si se imputa, así mismo, la ejecución de varios verbos rectores, la acusación deberá hacer lo propio para cada uno de ellos.

El deber de la Fiscalía de ser clara y concreta en su acusación no implica (al menos para cierto sector de la Corte Suprema) que todos los detalles de las modalidades de trata de personas empleadas en el caso específico deban estar necesariamente precisados en el requerimiento acusatorio. Así, por ejemplo, en la Casación N.º 75-2019-Piura, la Corte anuló la sentencia de segunda instancia que había desestimado los cargos contra el imputado, a quien la Fiscalía acusaba de haber captado a una menor de edad para explotarla sexualmente. La Sala Penal de Apelaciones desestimó los cargos porque el Ministerio Público no había precisado que la captación atribuida al procesado había sido ejecutada a través de terceras personas. El Colegiado señaló que “no es de recibo descartar la captación a través de terceras personas simplemente porque en la acusación no se detalló que el acusado captaba a las agraviadas a través de terceras personas. Debió ordenarse un debate al respecto” (numeral 1.12).

Si este criterio se extiende al resto de modalidades del delito de trata —que es lo que cabría esperar, dada la función nomofiláctica de la Casación—, tampoco sería posible descartar la concurrencia de cualquiera de los otros cinco verbos rectores solo porque en la acusación no se detalló que fueron cometidos a través de terceras personas. De manera similar, la Corte Suprema también ha anotado que tampoco resultaba necesario que la acusación precise ciertos detalles de la ejecución de la conducta prohibida, como por ejemplo el hecho de haber convencido a la menor de participar de las actividades de explotación haciéndole creer que la estaba ayudando, indicando que “no es de recibo descartar la influencia que ejercía el procesado en las agraviadas, simplemente porque el Ministerio Público no indicó en la acusación que este se valía de su inteligencia para captarlas haciéndoles creer que las ayudaba” (numeral 1.13).

### 1.1.3 ¿Cómo debe realizarse el control formal sobre el fin de explotación atribuido a los procesados?

En lo que respecta al fin de la explotación, este debe estar expresamente señalado también en la acusación, junto a los hechos que permiten considerar que esa fue la finalidad específica con la cual actuaron los procesados. La lista contenida en el artículo 129-A inciso 2 del CP es, como se sabe, *numerus apertus*, por lo que cualquier otro fin de explotación planteado por el Ministerio Público —siempre que tenga las mismas características de lesividad que los que se encuentran expresamente señalados— cumplirá con el requisito de imputación concreta.

Por otro lado, no debe perderse de vista que la Fiscalía deberá también mencionar cuáles son los hechos que le permiten deducir que el fin de explotación perseguido por los procesados era el que se indica en la acusación. Por lo general, en los casos de trata de personas esto se desprende de la actividad a la que se dedican las víctimas, que son captadas para fungir como una suerte de “mano de obra” no consentida. Es una consecuencia lógica del hecho de que el propósito que habitualmente caracteriza a este delito es de tipo económico, tal y como lo ha reconocido la Corte Suprema en la Casación N.º 1771-2019-Huánuco (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, 2022b, numeral 1.10).

Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia de la Corte es uniforme en el sentido de que los elementos subjetivos del tipo se desprenden de los “hechos externos u objetivos”, tal y como se indica en la Ejecutoria que resolvió el Recurso de Nulidad N.º 1430-2018-Junín (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, 2019, considerando quinto), principalmente comportamientos ejecutados por los procesados.

Por ende, si bien lo habitual es que se haga referencia en la acusación a que las víctimas fueron encontradas practicando una actividad de explotación determinada, es posible también que el fin de explotación se deduzca de otro tipo de circunstancias —que asimismo deberán estar mencionadas en la acusación—, como por ejemplo el hecho de que al legar el tratante le haya avisado a las víctimas a qué actividad se iban a dedicar y estas hayan escapado antes.

## 2. ¿Cómo debe efectuarse el control del requerimiento de sobreseimiento en los procesos penales por el delito de trata de personas y explotación? ¿Qué particularidades hay que considerar?

Cabe la posibilidad, también, de que el Ministerio Público formule no un requerimiento acusatorio, sino uno de sobreseimiento, de conformidad con el artículo 345 del CPP. De ser este el caso, el juez de la investigación preparatoria también deberá seguir el procedimiento previsto en la norma para controlar el requerimiento respectivo y optar por alguna de las siguientes tres opciones:

- i) Aprobar el requerimiento de sobreseimiento y emitir el auto respectivo;
- ii) Desaprobar el requerimiento de sobreseimiento y emitir un auto de elevación de actuados al fiscal superior, para que este confirme o desapruebe el requerimiento de sobreseimiento del fiscal provincial; u,
- iii) Ordenar la realización de una investigación suplementaria, en caso considere que no se han realizado diligencias imprescindibles.

A diferencia de lo que sucede con la acusación, el CPP no prevé un control formal del sobreseimiento, debido a que los defectos que justificarían un procedimiento de ese tipo pueden ser subsanados por el juez en el auto de sobreseimiento respectivo, o a través del pronunciamiento del fiscal superior, en caso se eleven los actuados a su Despacho (San Martín Castro, 2020, p. 551). Al margen de ello, algunos aspectos podrían ser problemáticos en casos específicos de trata de personas, vinculados a la posibilidad que tiene el juez de la investigación preparatoria de ordenar una investigación suplementaria o elevar los actuados al fiscal superior, los cuales vale la pena analizar.

## **2.1. ¿Cuándo ordenar una investigación suplementaria ante un requerimiento de sobreseimiento por el delito de trata de personas y explotación? ¿Qué particularidades propias de estos delitos deberían considerarse?**

La norma autoriza expresamente al juez de la investigación preparatoria a ordenar una investigación suplementaria en los casos en los que cree que no se han practicado diligencias importantes para el esclarecimiento de los hechos (artículo 346.5 CPP), para lo cual es necesario que, al momento de oponerse a la solicitud de sobreseimiento de la Fiscalía, la parte interesada lo pida expresamente (artículo 345.2 CPP).

La jurisprudencia, por su parte, ha establecido, a través de la Casación N.º 186-2018-Amazonas, que el juez está obligado a ordenar solo los actos de investigación solicitados por el agraviado o actor civil que promueva la investigación suplementaria, no pudiendo él mismo añadir otros que le parezcan necesarios. Los actos de investigación, a su vez, deben ser adicionales, pero no necesariamente nuevos (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, 2020, fundamento décimo octavo). Este mismo criterio ya había sido esbozado anteriormente en la Casación N.º 1693-2017-Áncash, en la cual la Corte Suprema explicó que no era necesario que los actos de investigación que justificaban la realización de la investigación suplementaria no hubiesen sido propuestos con anterioridad, dado que esa exigencia no se encontraba prevista en la norma legal del CPP, por lo que debe entenderse que la cláusula abarca “todas las actuaciones indispensables que permitan un pronunciamiento definitivo” (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, 2018a, fundamentos 3.5-3.6).

Trasladando esta regla a los casos de trata de personas, su importancia radica en que podría servirle a la parte agraviada o al actor civil para requerir una ampliación de la investigación preparatoria, con el fin de que se realicen actos de investigación que ya hayan sido propuestos y no ejecutados con anterioridad o no. De esta manera, actos de investigación como pericias antropológicas —que pueden resultar útiles para describir y acreditar el contexto de vulnerabilidad para determinado perfil de víctimas que existe en determinadas zonas del país, pero que muchas veces no se llevan a cabo por las dificultades para encontrar profesionales capacitados para hacerlas, o el tiempo que toma realizarlas— pueden dar lugar a una ampliación de la investigación preparatoria.

Otro criterio jurisprudencial que puede tener relevancia para los casos de trata de personas radica en que la Corte Suprema también ha dejado señalado, en la Casación N.º 205-2019-Santa, que la parte agraviada puede constituirse como actor civil durante la investigación preparatoria abierta a raíz de la decisión del juez de ordenar una investigación suplementaria (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, 2022c, numerales 1.6-1.8, p. 5). Esto amplía las chances de las víctimas de trata de personas de tener una participación más activa en el proceso, ya que, si se constituyen como actor civil, podrán ofrecer medios de prueba, participar en las audiencias del juicio oral, solicitar medidas cautelares y requerir su propio monto de reparación civil, entre otras ventajas.

## 2.2 ¿Cuándo expedir un auto de elevación de actuaciones al fiscal superior ante un requerimiento de sobreseimiento por el delito de trata de personas y explotación? ¿Qué particularidades propias de estos delitos deberían considerarse?

La otra opción frente a un requerimiento de sobreseimiento en la cual es relevante profundizar en los casos de trata de personas guarda relación con la posibilidad que tiene el juez de la investigación preparatoria de elevar al fiscal superior los actuados, para que este coincida o discrepe del requerimiento presentado por el fiscal provincial. Esta posibilidad, prevista en el artículo 346 del CPP, se presenta si el juez de la investigación preparatoria no coincide con los fundamentos expresados por el fiscal en su requerimiento, situación que le impide emitir el auto de sobreseimiento respectivo.

Como el principio acusatorio obliga a que solamente otro fiscal —de mayor jerarquía— pueda revisar la decisión del fiscal provincial, el juez no puede ordenarle a este último modificar su punto de vista sobre el mérito del caso. Si el fiscal superior coincide con lo expresado por el provincial, el juez deberá dictar el auto de sobreseimiento sin mayor trámite. A diferencia de lo que sucede con la investigación suplementaria, el sobreseimiento puede ser decidido incluso de oficio por el juez de la investigación preparatoria.

A nivel jurisprudencial, la Corte Suprema ha establecido, en la Casación N.º 760-2016-La Libertad, y con carácter de doctrina jurisprudencial vinculante, el siguiente estándar de verosimilitud para sobreseer una acusación:

**Vigésimo.-** Respecto al control sustancial, con relación a los elementos de convicción presentados en la acusación debe considerarse que el que puede ejercerse, tiene que circunscribirse exclusivamente a los casos en los que el juicio de suficiencia, que les está permitido hacer a las partes, **tenga por resultado la evidente certeza de la concurrencia de un supuesto de sobreseimiento y, en su caso, la imposibilidad altamente probable [de] que no se podrá incorporar nuevos elementos de prueba.** Pero entiéndase que estos son **casos límites,**

**notorios, aprehensibles por cualquiera:** inexistencia del objeto del proceso; imposibilidad [de] que el imputado haya estado presente en el lugar del hecho; el hecho investigado ha devenido atípico; o **hay eximentes de responsabilidad evidentes;** no hay mayor controversia [respecto de] que la acción penal se ha extinguido (**prescripción evidente o muerte del imputado**). Y en el caso que es **motivo casacional que resulte, todas luces, evidente que no hay elementos de convicción o que estos no estén apoyados en medios probatorios que puedan generar información relacionada con el objeto del proceso** (testigos, videos o actas). Finalmente, no pudiéndose sobreseer, en la etapa intermedia, un proceso penal **cuando haya elementos de convicción que generen duda**, en la comisión del delito o en la responsabilidad penal del imputado, que exige el esclarecimiento en el juicio oral. (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, 2017, fundamento vigésimo)

Es cierto que el estándar está diseñado para requerimientos de acusación, y no de sobreseimiento. Sin embargo, entendemos que resulta aplicable para ambos casos, ya que el fundamento de la capacidad que tiene el juez de la investigación preparatoria de declarar el sobreseimiento de una causa siempre se basa en su deber de verificar la legalidad del requerimiento emitido por el Ministerio Público al término de la investigación, sea cual fuere.

Este criterio resulta importante también para valorar los casos de trata de personas en los que se inste al juez a sobreseer la causa ya que, como se observa de lo anterior, ello solamente podrá ser posible en los casos en los que la falta de mérito para pasar al juicio oral sea preclara, notoria y fácilmente advertible por cualquiera sin mayor polémica. La idea es incluso, según el precedente vinculante citado, favorecer el debate en el juicio oral en caso haya duda de si realmente los elementos de convicción lo justifican o no.

Por otro lado, en la Casación N.º 1184-2017-Santa, la Corte Suprema ha indicado que la apelación del auto de sobreseimiento le permite a la Sala Penal de Apelaciones pronunciarse sobre la adecuada motivación de la resolución de primera instancia incluso si el fiscal superior se declara conforme con el sobreseimiento solicitado y aprobado en primera instancia (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, 2018b, considerando quinto).

Para los casos de trata de personas, este pronunciamiento también tiene relevancia porque les permite a las víctimas, incluso si no están constituidas como actor civil, motivar un pronunciamiento de Sala referido a un auto de sobreseimiento que pueda ocasionar su anulación al margen de que el Ministerio Público haya opinado en doble grado a favor de ella. Esa anulación no obligaría a la Fiscalía a apelar, pero sí a reevaluar si realmente concurre una causal de sobreseimiento en el caso concreto, tomando en cuenta las observaciones que fije el Colegiado Superior para tal efecto.

# Referencias

## Libros y/o artículos

- San Martín Castro, C. (2020). *Derecho procesal penal: lecciones*. 2.<sup>a</sup> edición. Inpeccp y Cenes.

## Jurisprudencia

### SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA

- (2012, 21 de marzo). Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N.º 956-2011-Ucayali.
- (2017, 20 de marzo). Sentencia recaída en la Casación N.º 760-2016-La Libertad.
- (2018a, 14 de noviembre). Sentencia recaída en la Casación N.º 1693-2017-Áncash.
- (2018b, 22 de mayo). Sentencia recaída en la Casación N.º 1184-2017-Santa.
- (2019, 11 de febrero). Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N.º 1430-2018-Junín.
- (2020, 18 de noviembre). Sentencia recaída en la Casación N.º 75-2019-Piura.
- (2021, 19 de mayo). Sentencia recaída en la Casación N.º 241-2019-Áncash.
- (2022a, 27 de abril). Sentencia recaída en la Casación N.º 356-2020-Nacional.
- (2022b, 23 de marzo). Sentencia recaída en la Casación N.º 1771-2019-Huánuco.
- (2022c, 28 de junio). Sentencia recaída en la Casación N.º 205-2019-Santa.

### SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA

- (2016, 5 de mayo). Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N.º 2198-2015-Ica.
- (2018, 6 de noviembre). Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N.º 2519-2017-Áncash.
- (2020, 10 de noviembre). Sentencia recaída en la Casación N.º 186-2018-Amazonas.

### SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA

- (2017, 1 de junio). Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N.º 2823-2015-Ventanilla.

### SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA

- (2009, 13 de noviembre). Acuerdo Plenario N.º 6-2009/CJ-116.
- (2017, 11 de octubre). Sentencia Plenaria N.º 1-2017/CIJ-433.



# MÓDULO V

Parámetros para la valoración probatoria en casos de trata de personas y explotación



# MÓDULO V

## Parámetros para la valoración probatoria en casos de trata de personas y explotación

1. ¿Qué es la prueba? ¿Qué son los medios de prueba y cuáles han sido regulados por el CPP?
2. ¿En qué consiste la valoración de la prueba? ¿Qué sistema de valoración de la prueba acoge nuestro CPP? ¿Cómo se aplica para los casos de trata de personas y explotación?
3. ¿Qué medios probatorios permiten acreditar la trata de personas y la explotación?
4. ¿Cómo se valora el testimonio de las víctimas de trata de personas y explotación?
  - 4.1. ¿Cómo evaluar la ausencia de incredibilidad subjetiva en el testimonio de una víctima de trata de personas o explotación?
  - 4.2. ¿Cómo evaluar la credibilidad objetiva o verosimilitud en el testimonio de una víctima de trata de personas o explotación?
  - 4.3. ¿Por qué razones se retracta un testigo-víctima de trata de personas o explotación? ¿Cómo evaluar la retractación de la víctima?
5. ¿Cómo valorar la prueba pericial en los casos de trata de personas y explotación?
6. ¿Cómo realizar la prueba por indicios en los casos de trata de personas y explotación?
  - 6.1. ¿Cómo utilizar las máximas de la experiencia?
  - 6.2. ¿Cómo utilizar las inferencias basadas en el conocimiento científico?
  - 6.3. ¿Cómo aplicar las reglas de la lógica?
  - 6.4. ¿Cómo valorar la prueba si se encuentran contraindicios?

# 1. ¿Qué es la prueba? ¿Qué son los medios de prueba y cuáles han sido regulados por el CPP?

La prueba es el elemento que ingresa al proceso penal para aportar información relevante con el fin de averiguar la verdad (Ferrer, 2007, pp. 30 y 31). En esa medida, tiene una función cognoscitiva, porque su ingreso al proceso está dirigido a esclarecer o “conocer” la verdad de los hechos que se debaten en él.

En ese contexto, un medio de prueba es el vehículo legal por medio del cual se ingresan las fuentes de prueba al proceso (Bustamante, 2001, p. 99). Tiene carácter intraprocesal porque su proposición, admisión, actuación y valoración están reguladas por reglas y formalidades establecidas por los códigos procesales.

Los medios de prueba regulados en nuestro CPP son los siguientes:



**Prueba testifical o testimonial:** es el medio de prueba a través del cual se ingresa al proceso la información que directamente ha percibido un sujeto (testigo).



**Prueba documental:** es el medio de prueba a través del cual se aporta al proceso información perennizada en un documento o similar.



**Prueba pericial:** es el medio de prueba que ingresa al proceso información especializada a través de un experto.



## Tomar en cuenta que...

La prueba ha sido clasificada en medios, fuentes y objeto de prueba. La definición de estas dos últimas es la siguiente:

- Fuente de prueba: es todo aquel elemento que se encuentra en la realidad y existe con independencia del proceso. Su relevancia para el futuro esclarecimiento de los hechos determinará su ingreso en él. Ejemplo: la grabación contenida en un dispositivo electrónico.
- Objeto de prueba: se trata de los enunciados sobre los hechos que se pretenden probar en el caso (artículo 156.1 del CPP).

## 2. ¿En qué consiste la valoración de la prueba? ¿Qué sistema de valoración de la prueba acoge nuestro CPP? ¿Cómo se aplica para los casos de trata de personas y explotación?

La valoración de la prueba es una actividad inferencial que realizan los jueces a partir de las pruebas para arribar a una conclusión (determinar la hipótesis del caso). Se constituye en la última fase del procedimiento probatorio o actividad probatoria, siendo que todo medio de prueba incorporado y actuado debe ser valorado por el juez.

Nuestro CPP acoge el sistema de valoración racional de la prueba, por cuanto el artículo 158.1 del CPP refiere que la valoración de la prueba tiene que seguir las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y la ciencia; es decir, se trata de un sistema de sana crítica, también denominado de libre valoración o valoración racional de la prueba.

Ciertamente, la valoración probatoria racional es aquella actividad interpretativa e inferencial realizada por los juzgadores para dar por probada/no probada una hipótesis a partir de los medios de prueba contenidos en el expediente que se orienta bajo las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia.



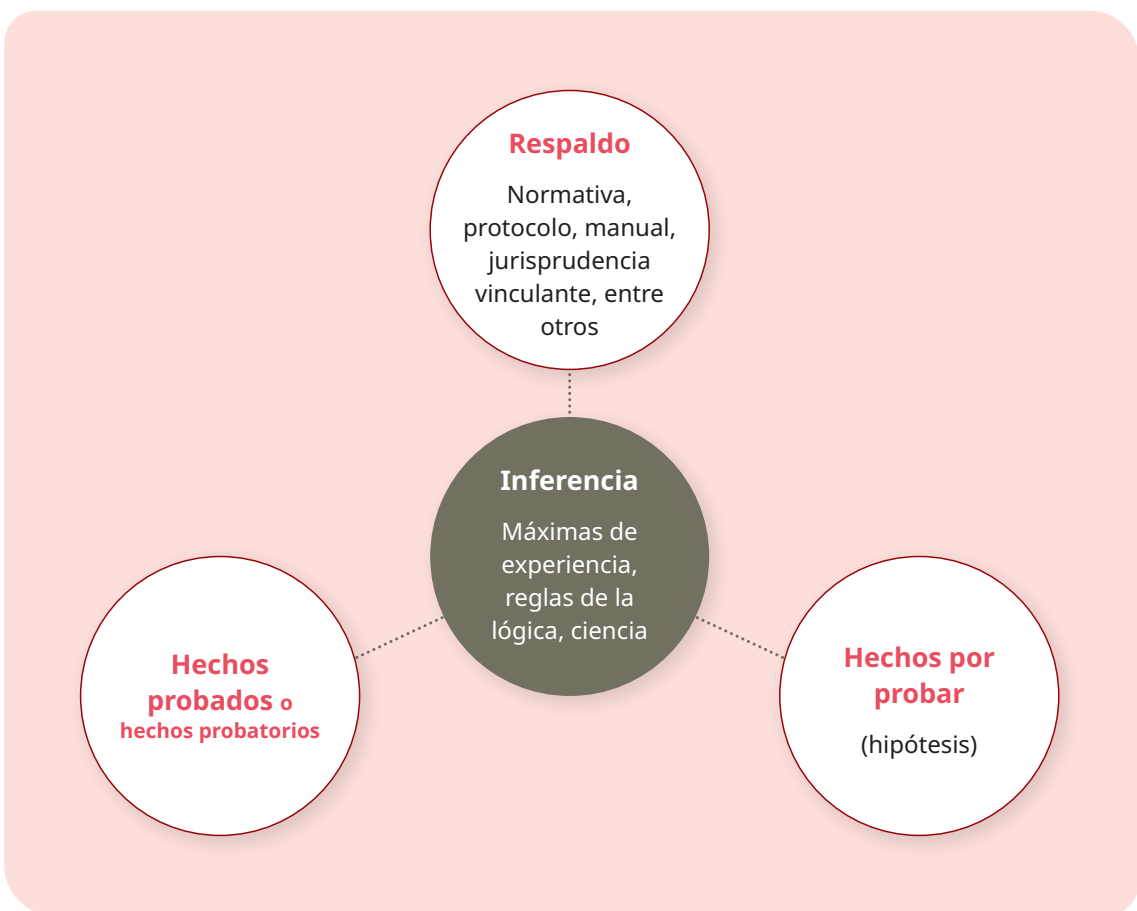
Tomar en cuenta que...

### Existen sistemas de valoración de la prueba ya superados y no aceptados por nuestro ordenamiento jurídico.

Estos son:

- **Sistema de la íntima convicción:** de conformidad con este sistema, el valor de la prueba es atribuido de acuerdo con el “leal saber y entender del juez”. Este sistema no regula de forma predeterminada el valor de cada medio de prueba, sino que es el juez u órgano decisor quien, de acuerdo con su íntimo parecer, valora positiva o negativamente el medio de prueba que le genere “mayor o menor convicción”. En este modelo el juez no tiene el deber de motivar su decisión (Nieva, 2010, p. 90).
- **Sistema tasado:** de acuerdo con este sistema, cada medio de prueba tiene un valor preestablecido y que está regulado en la norma. El legislador determina cuál es el valor de cada prueba sin dejar margen al juez para que decida el valor probatorio. Este sistema se superó en el siglo XIX (Nieva, 2010, p. 49).

Toda actividad de valoración de la prueba requiere de la realización de determinadas inferencias probatorias, que consisten en el razonamiento con el cual “se evalúa en qué medida los elementos de juicio (los hechos probatorios) avalan la hipótesis que se quiere probar” (González, 2019, p. 19). En esa medida, la operación mental que ha de ser realizada por el juez consiste en que, a partir de los hechos probados, se valore (actividad inferencial) los hechos a probar (hipótesis del caso),<sup>18</sup> con el apoyo de las máximas de la experiencia, los conocimientos científicos y las reglas de la lógica que constituyen el nexo inferencial. En ese contexto, además, se requerirá de un respaldo constituido por una base normativa, jurisprudencial o datos estadísticos que sustentan las inferencias. A continuación, el esquema básico que debería guiar todo razonamiento probatorio.

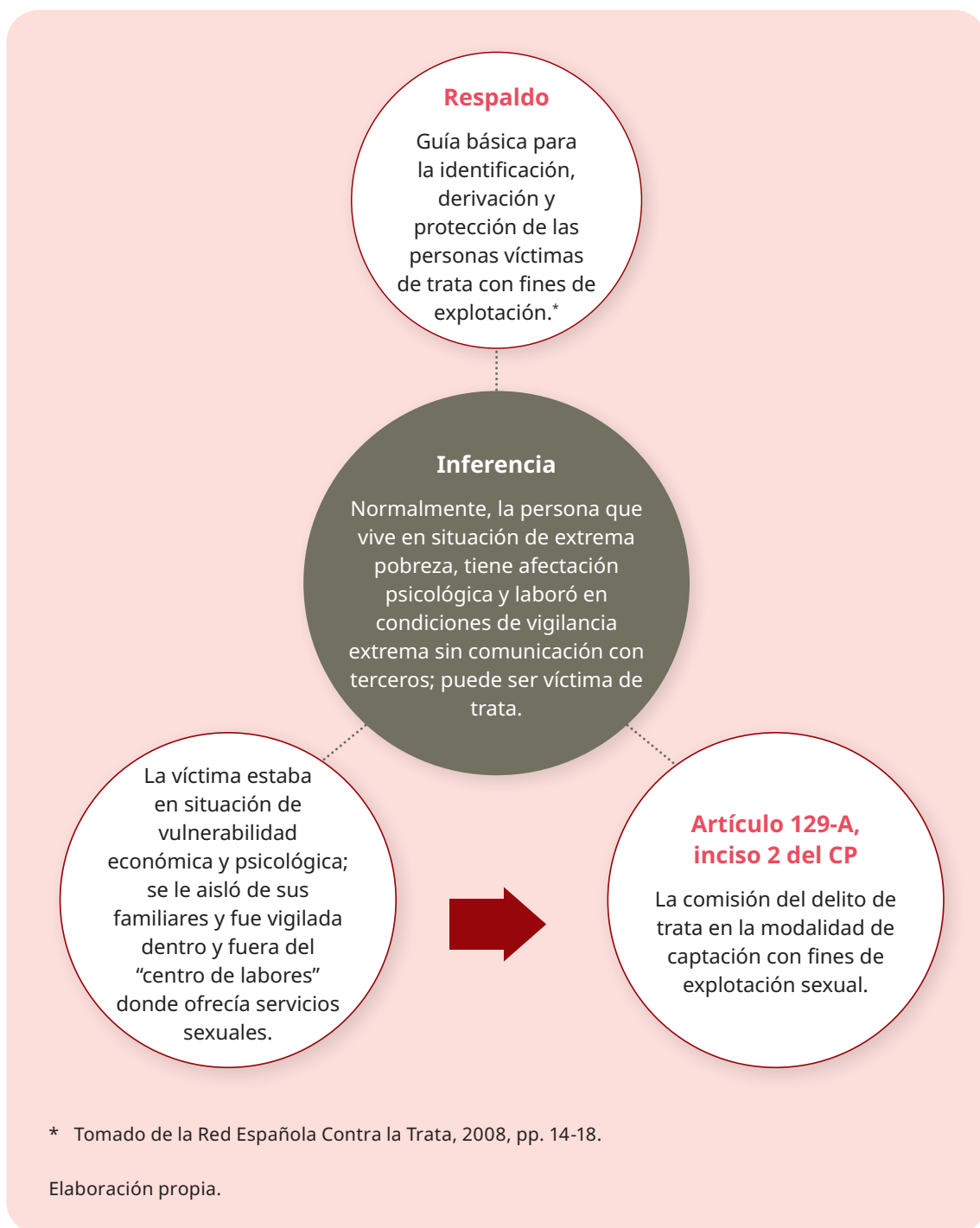


<sup>18</sup> Así, González Lagier (2019, p. 19) refiere que en el proceso de prueba se pueden distinguir tres momentos distintos: 1) la selección de los hechos probatorios, 2) la inferencia de una determinada hipótesis a partir de los hechos probatorios y 3) el momento de la decisión de aceptar los hechos como probados. El segundo momento es el que se corresponde con lo que se llama valoración de la prueba.

En el caso de la trata de personas o los delitos de explotación humana, el sistema racional de la prueba aplica el esquema anterior desde las particularidades de cada caso concreto. Por ejemplo, en cuanto a la valoración del testimonio de una víctima (menor de edad) de trata con fines de explotación laboral, se plantea el siguiente esquema.



En cuanto a la valoración de indicios en el delito de trata de personas o alguno de explotación humana, el esquema tentativo podría ser el siguiente:



### 3. ¿Qué medios probatorios permiten acreditar la trata de personas y la explotación?

El delito de trata de personas se acredita a través de la valoración de los medios de prueba que aporten información sobre las conductas de captación, transporte, traslado, acogida, recepción y retención de la víctima; y en el caso de que las víctimas no sean menores de edad, se deberá acreditar los medios como la amenaza, violencia, entre otros citados por la norma. La finalidad de la conducta (explotación sexual, trabajos forzados, venta y los contemplados por el tipo penal) debe encontrarse acreditada aunque no se haya producido efectivamente. En el caso de los delitos de explotación (sexual, trabajo forzoso y esclavitud como sus formas conexas), los medios de prueba deben permitir acreditar las conductas típicas y los medios comisivos (esto último no es necesario en el caso de niños, niñas y adolescentes).

**La prueba que permite acreditar la trata y la explotación puede ser, aunque no necesariamente de manera copulativa, la siguiente:**

- Prueba testimonial del agraviado o agraviada.
- Prueba pericial: psicológica, médico legal, ADN, entre otras.
- Prueba documental: consistente en actas, registros, fotografías.
- Declaración de los coimputados.
- Prueba material: objetos encontrados en la intervención.

Al respecto, debe recordarse que en el proceso de trata de personas y explotación la prueba es un método de conocimiento y de justificación de las decisiones judiciales (González, 2019, p. 19), razón por la cual los medios probatorios deben valorarse de forma individual y conjunta. **La valoración individual de la prueba implica analizar la fiabilidad de cada medio probatorio aportado al proceso; mientras la valoración conjunta se refiere al análisis integral de todos los medios probatorios, lo que permitirá su comparación y la determinación de su complementariedad, de ser el caso, así como la toma de la decisión.**

Se debe precisar que, aunque en los casos de trata de personas y explotación la declaración de la víctima es fundamental, no resulta suficiente para acreditar el delito, pues “la cantidad y variedad de elementos de prueba es relevante porque permiten añadir información” (Ferrer, 2022, p. 384).

## 4. ¿Cómo se valora el testimonio de las víctimas de trata de personas y explotación?

En los casos de trata de personas y explotación se valorará la declaración del testigo-víctima de acuerdo con los parámetros contenidos en el Acuerdo Plenario N.º 2-2005/CJ-116; es decir, se analiza la verosimilitud de la declaración, la ausencia de incredibilidad subjetiva y la persistencia en la incriminación. Estos requisitos han sido definidos por el referido acuerdo (Corte Suprema de Justicia, 2005, fundamento 10) de la siguiente manera:

Verosimilitud	Ausencia de incredibilidad subjetiva	Persistencia en la incriminación
Se evalúa la coherencia y solidez de la declaración, así como la corroboración periférica.	Se evalúan las relaciones entre agraviado e imputado que podrían estar basadas en odio, resentimiento, enemistad y otras que puedan incidir en la parcialidad de la declaración.	Se analiza la ratificación de la declaración incriminatoria, aunque debe tenerse en cuenta que el cambio de versión no necesariamente inhabilita su apreciación, pues puede optarse por otorgarle valor a la versión incriminatoria inicial.

Sobre estos requisitos, la Corte Suprema de Justicia, siguiendo la línea jurisprudencial del Supremo Tribunal Español, ha considerado que **no necesariamente deben concurrir para dar crédito a la versión de la víctima como prueba de cargo** (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, 2021a, fundamento cuarto); **esto significa que “no equivalen a condiciones para la validez del testimonio”** (Tribunal Supremo Español, 2007, fundamento primero), **sino que se constituyen en parámetros mínimos de contraste que se han establecido como pautas lógicas y criterios orientativos que ayudan a la racionalidad de la valoración en los términos que resultan de los artículos 158 y 393, numerales 1 y 2, del CPP** (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, 2021a, fundamento cuarto).

En este sentido, **al valorar la declaración de la víctima el juez puede otorgar credibilidad a un testimonio así no concurren las tres garantías (verosimilitud, ausencia de incredibilidad subjetiva y persistencia en la incriminación), pues no son requisitos o presupuestos rígidos<sup>19</sup> para la validez del testimonio de la víctima, sino criterios que han de ser considerados por el juez dependiendo de cada caso concreto y que sirven de apoyo en la evaluación del testimonio de la víctima.**

<sup>19</sup> El Recurso de Nulidad N.º 2210-2018-Lima del 5 de abril de 2019 también ha señalado que “[...] cabe acotar que en el examen de la prueba personal está proscrita la utilización de preceptos rígidos” (Sala Penal Permanente, 2019a, fundamento décimo noveno).

## 4.1. ¿Cómo evaluar la ausencia de incredibilidad subjetiva en el testimonio de una víctima de trata de personas o explotación?

Como se ha mencionado, el requisito de incredibilidad subjetiva analiza las relaciones entre agraviado e imputado que puedan afectar la imparcialidad del testimonio del primero de ellos. Estas relaciones pueden ser de enemistad, venganza, odio, resentimiento, etcétera, y solo se invalidará el testimonio si los hechos narrados por la víctima no pueden ser corroborados. En caso contrario, el testimonio de la víctima se constituye en prueba de cargo.

Esta es la posición asumida por la Corte Suprema de Justicia, que incluso ha establecido que el requisito de incredibilidad subjetiva debe ser analizado luego del requisito de verosimilitud. A saber:

**“La existencia de relaciones de conflictos previos entre las partes no invalida automáticamente las sindicaciones que puedan realizarse en forma posterior, pues asumir ello implicaría realizar un juicio de valor *ex ante* y no frente a hechos concretos; además de propiciar impunidad en hechos en los que conflictos precedentes impidan la prosecución de la acción penal”** (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, 2018, fundamento décimo octavo; negrillas añadidas).

**“[...] no es adecuado restar fiabilidad por la presunta incredibilidad subjetiva, basada en la animadversión y resentimiento hacia un imputado, sino que debe evaluarse la coherencia y solidez de la prueba testifical e incluso acudir a la ‘psicología del testimonio’”** (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, 2019a, fundamento décimo noveno; negrillas añadidas).

**“[...] la verificación de la ausencia de incredibilidad subjetiva, a criterio de esta Suprema Sala, debe aplicarse después de apreciar la verosimilitud de la sindicación (con la determinación de la corroboración periférica objetiva), pues de lo contrario, aun cuando exista una sindicación verídica, lógica y coherente con prueba de corroboración, esta no sería siquiera analizada por existir conflictos entre las partes que no permitan analizar más allá de dicha enemistad”** (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, 2018, fundamento décimo noveno; negrillas añadidas).

## 4.2. ¿Cómo evaluar la credibilidad objetiva o verosimilitud en el testimonio de una víctima de trata de personas o explotación?

La credibilidad objetiva o verosimilitud se determina conforme con la coherencia interna y externa del relato de la víctima. En esa medida, la coherencia interna analiza la lógica de la declaración; mientras la coherencia externa evalúa que la declaración se corrobore en datos objetivos de carácter periférico (Tribunal Supremo Español, 2019, fundamento 4.2).

La verosimilitud no “trata de establecer la verdad o mentira de la declaración” (Manzanero, 2001, p. 53), sino que analiza si el testimonio guarda coherencia interna y externa, lo que es un indicador de que la versión tiene alta probabilidad de corresponderse con los hechos investigados.

Para determinar la coherencia interna y externa del testimonio se deben analizar tres elementos:



- **Coherencia en el relato:** está vinculada con la conexión y relación lógica de los hechos que describe la parte agraviada (testimonio) con la realidad. Aunque no se requiere precisión exacta de datos como fechas, horas, personas o descripción pormenorizada del lugar, sí es necesario el relato general sobre las circunstancias atravesadas por la víctima y que de estas se aprecie la configuración de una conducta delictiva por parte del imputado.
  - ▶ En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la coherencia requiere que alguno de los pasajes del relato de la víctima se encuentre mínimamente corroborado por datos objetivos que pueden ser de muy diversa índole y no tienen que referirse necesariamente al núcleo central de la acción típica (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, 2021a, fundamento cuarto). Por consiguiente, si una víctima de trata de personas o explotación declara, podrá valorarse positivamente que su testimonio verse sobre alguno o varios de los siguientes aspectos:
    - ▶ Cuando describa de modo general a la persona que la(lo) captó, condujo, trasladó hacia el lugar donde fue ubicada(o) o hallada(o).
    - ▶ Indique de qué forma se contactó con la persona que lo(la) llevó al lugar de explotación, por qué medio, personal (conocido de un familiar, un amigo, un vecino) o electrónico, como redes sociales (mediante mensajes de Facebook, Messenger u otro).
    - ▶ Señale cuál fue el contenido de las conversaciones que tuvo con la persona (si bien la acreditación del medio no necesita de probanza en caso de ser la víctima menor de edad, sí podría ser un elemento de corroboración que apoye la tesis de acusación del delito de trata de personas).
    - ▶ Describa las actividades que realizaba, con horarios, duración y fechas aproximadas.
    - ▶ Relate con qué personas tenía comunicación y cuán frecuente era esta.
    - ▶ Detalle el lugar donde se encontraba, así como los alrededores de este, en la medida que lo recuerde.

- ▶ No es necesario que detalle fechas exactas o años de sus actividades o sucesos relevantes para el análisis del caso (deberá brindar un aproximado de tiempo).
- **Solidez del testimonio:** significa que el relato no sea fantasioso o increíble sino consistente, de tal manera que se condiga con la realidad de forma razonable. Un ejemplo en cuanto a la solidez del testimonio puede observarse en el siguiente extracto de la sentencia del Tribunal Supremo español:

[...] La declaración de la víctima ha de ser coherente en sí misma, es decir, no ha de contrariar las reglas de la lógica o de la experiencia, lo que exige valorar si la versión incluye o no aspectos insólitos o extravagantes, o si es objetivamente inverosímil por su propio contenido. (Supremo Tribunal Español, 2022, fundamento tercero, apartado segundo)

- **Corroboración probatoria periférica:** significa que la declaración debe ser valorada con otros medios de prueba (testimonial, documental, pericial, material, etcétera) que corroboren o confirmen la versión de la víctima. Esto es así porque un relato puede ser perfectamente coherente y sólido y, sin embargo, no corresponderse con la realidad de los hechos.

Por ello, un factor importante en la evaluación de la declaración de la víctima es que su testimonio se encuentre adecuadamente corroborado o apoyado en otros elementos de prueba o juicio que sirvan de sustento empírico y que sea valorado juntamente al dicho de la víctima en función de lo dispuesto en el artículo 393.2 del CPP, según el cual “el juez penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás”.

En este sentido, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en la Casación N.º 556-2016-Puno del 11 de junio de 2019 (fundamento 5.4), consideró los siguientes como elementos corroborantes de la declaración de una menor de edad víctima de trata con fines de explotación sexual:

- ▶ La declaración de seis testigos más, entre ellos del dueño del local, quien afirmó que tuvo conocimiento de que el imputado le pagaba el sueldo a la menor, que escuchó a personas de sexo femenino decir que eran obligadas a trabajar y no se les permitía salir a la calle, y que si lo hacían debían llegar puntuales.
- ▶ El acta de registro personal.
- ▶ La declaración del personal policial que intervino el local donde se halló a la menor (Sala Penal Transitoria, 2019b, fundamento 5.4).

Debe precisarse que la corroboración probatoria periférica cobra especial relevancia en el análisis de declaraciones contradictorias. Por esa razón, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el Recurso de Nulidad N.º 665-2018-Lima Sur, del 24 de septiembre de 2018, ha indicado que “[...] las corroboraciones periféricas cobran especial relevancia como dato fundamental para determinar cuál de las declaraciones tiene mayor valor y credibilidad” (Sala Penal Transitoria, 2018, fundamento noveno).

### 4.3. ¿Por qué razones se retracta un testigo-víctima de trata de personas o explotación? ¿Cómo evaluar la retractación de la víctima?

La retractación del testigo-víctima se debe a diversos factores, entre los que se tienen: riesgo de amenazas y represalias, la situación de vulnerabilidad de la víctima, el temor a la estigmatización, entre otros.

Ciertamente, **en un contexto de trata de personas o explotación, los tratantes ejercen con frecuencia violencia de carácter físico o psicológico con sus víctimas;** por ejemplo, arrebatándoles sus documentos de identidad, supervisando cada uno de sus movimientos, prohibiéndoles salir, controlando su ingreso a una hora determinada, alejando a la víctima de sus familiares o denigrando su dignidad y libertad. Todo este ambiente hostil genera el sometimiento de la víctima a su agresor, el cual —incluso luego de descubiertos los hechos— puede perpetrar represalias y amenazas.

Además, debe valorarse la **situación de vulnerabilidad de una víctima** en estos casos. En efecto, en el delito de trata de personas las víctimas son sometidas por razones de las circunstancias, tales como “el abandono, la necesidad económica, la situación de pobreza (en algunos casos, extrema), la carga familiar, la inestabilidad emocional o la situación de aislamiento, inseguridad e indefensión ante riesgos, traumas o presiones” (Defensoría del Pueblo & CHS Alternativo, 2020, pp. 44-46), condiciones que también permiten la retractación de la víctima.

Así, por ejemplo, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el Recurso de Nulidad N.º 1610-2018-Lima, del 27 de mayo de 2019, advirtió que la retractación de la víctima estuvo influenciada por factores de vulnerabilidad. En efecto, se señaló que:

la versión exculpatoria brindada por la menor agraviada en el plenario tuvo como fin beneficiar a la inculpada [...] a fin de mantener la ayuda económica para solventar los gastos de su menor hijo concebido producto, como refiere, de la violación sexual [...]. Ello deriva de la misma declaración retractativa de la víctima, en la medida que afirmó que decidió buscar a la inculpada por la red social de Facebook porque su bebé estaba mal y le dijo que sí la podía apoyar [...] entonces, es notorio que la menor agraviada fue influenciada para el giro de su incriminación inicial por su situación de vulnerabilidad compleja (niña, madre, pobre, alejada de su entorno familiar, bajo nivel de educación); por lo que, la interseccionalidad de estas identidades advierte su gran vulnerabilidad. (Sala Penal Transitoria, 2019a, fundamento vigésimo primero)

Por su parte, **las víctimas le temen también a la estigmatización**, sobre todo cuando reciben algún tipo de comentario negativo por parte del personal policial, fiscal, familiares u otras personas, normalmente vinculado con su conducta sexual. De esto se da cuenta, por ejemplo, en el **Recurso de Nulidad N.º 480-2016-Ayacucho**, del 11 de agosto de 2017, en el que fueron procesados miembros de la Policía por encubrir a los responsables del delito de trata de personas. Se conoció que estos tuvieron comunicaciones previas y reiteradas con la menor de edad agraviada. Así, al momento de la intervención en el local, le habría dicho que no contase lo

sucedido porque: “[...] como mujercita debía ser delicada y sobre el trabajo de prestar servicios sexuales no debía contarlo, porque más adelante ella se iba a casar y si su esposo se enteraba la iba a rechazar” (Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, 2017, fundamento primero); posteriormente, cuando la menor de edad fue llevada al hospital por estar con amenaza de aborto, otro de los efectivos policiales le habría recordado que “era mejor no hablar sobre el pasado” (Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, 2017, fundamento primero).

Atendiendo precisamente a estas variadas circunstancias, **la Corte Suprema de Justicia estableció, en el Acuerdo Plenario N.º 1-2011/CIJ-116, algunos alcances sobre los supuestos de retractación y no persistencia de la declaración de las víctimas en el caso de delitos de violación sexual, los cuales son aplicables también para el delito de trata de personas y las otras formas de explotación humana.** Pese a que el acuerdo plenario tiene como asunto el tratamiento en delitos de naturaleza sexual, es aplicable al delito de trata de personas y a otras formas de explotación, en tanto está relacionado con la problemática de valoración de la prueba-declaración de la víctima, institución aplicable a todo tipo de delitos.

El Acuerdo Plenario N.º 1-2011/CIJ-116 ha establecido que el juez deberá valorar circunstancias como la extensión temporal de las investigaciones, los sentimientos negativos luego de la denuncia, los reproches contra la víctima, su necesidad económica, el remordimiento, la presión ejercida contra la víctima y el temor a las represalias (fundamento 24), todo lo cual repercute en la modificación de la incriminación primigenia. En ese sentido, ante la retractación y no persistencia de la declaración, se deberá efectuar una evaluación interna y externa del testimonio, en los siguientes términos:

### **Evaluación interna**

- a) La solidez o debilidad de la declaración incriminatoria y la corroboración coetánea;
- b) La coherencia interna y exhaustividad del nuevo relato y su capacidad corroborativa; y,
- c) La razonabilidad de la justificación de haber brindado una versión falsa, verificando la proporcionalidad entre el fin buscado —venganza u odio— y la acción de denunciar falsamente.

### **Evaluación externa**

- a) Los probados contactos que haya tenido el procesado con la víctima o su objetiva posibilidad, que permitan inferir que la víctima ha sido manipulada o influenciada para cambiar su verdadera versión; y,
- b) La intensidad de las consecuencias negativas generadas con la denuncia en el plano económico, afectivo y familiar.

Así mismo, deberá efectuarse sobre la declaración el juicio de credibilidad según los parámetros establecidos por el Acuerdo Plenario N.º 1-2011/CIJ-116 (fundamento 24). A saber:

- Ausencia de incredibilidad subjetiva, en la que se apreciará que no existen razones de peso para pensar que la víctima se retractó movida por razones tales como la exculpación de terceros, la venganza o la obediencia, lo que obliga a atender las características propias de la personalidad del declarante, fundamentalmente a su desarrollo y madurez mental.
- Existencia de datos objetivos que permitan una mínima corroboración periférica de la versión inculpativa primigenia de la víctima.
- Declaración inicial inculpativa fantasiosa o increíble.
- Declaración inicial inculpativa coherente.

Valorado todo lo anterior, el juez podrá optar por considerar válida la declaración inculpativa inicial de la víctima. Ciertamente, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N.º 3044-2004-Lima, del 1 de diciembre de 2004, ha sostenido el siguiente criterio:

Quinto: [...] cuando se trata de testigos o imputados que han declarado indistintamente en ambas etapas del proceso penal, en la medida en que la declaración prestada en la etapa de instrucción se haya actuado con las garantías legalmente exigibles —situación que se extiende a las declaraciones en sede policial, siempre que se cumpla lo expresamente estatuido en la norma habilitante pertinente referida a la presencia del fiscal y, en su caso, del abogado defensor—, **el Tribunal no está obligado a creer aquello que se dijo en el acto oral, sino que tiene libertad para conceder mayor o menor fiabilidad a unas u otras de tales declaraciones, pues puede ocurrir, por determinadas razones, que el Tribunal debe precisar cumplidamente, que ofrezca mayor credibilidad lo declarado en la etapa de instrucción que lo dicho después en el juicio oral, en tanto dicha declaración se haya sometido en tal acto a contradicción con las garantías de igualdad, publicidad e inmediación y trasunta una mayor verosimilitud y fidelidad [...].** (Negritas añadidas)

## 5. ¿Cómo valorar la prueba pericial en los casos de trata de personas y explotación?

La prueba pericial es un “medio de prueba en donde su autor, con experticia y conocimientos especiales, aporta información técnica y conclusiones probatorias (...). Está constituida por las opiniones de los técnicos en la materia y [es] resultado de los actos personales del experto que brinda información calificada” (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, 2016, fundamento décimo cuarto).

La prueba pericial se encuentra regulada entre los artículos 172 al 181 del CPP. Este medio de prueba “conlleva el ofrecimiento de información especializada que debería contribuir a la correcta toma de decisión sobre los hechos en un proceso judicial” (Vázquez, 2015, p. 37). En ese sentido, el artículo 172 del CPP prevé su procedencia “siempre que, para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada”.

La valoración de la prueba pericial puede realizarse desde tres aspectos, según el Acuerdo Plenario 4-2015/CIJ-116 (fundamento 23):

- **Objetivo:** abarca el método científico empleado, los instrumentos, teorías, las técnicas y su funcionamiento.
- **Subjetivo:** respecto al perito, nivel de conocimientos, capacidad de raciocinio, formación académica que acreditará su profesionalidad.
- **Fáctico:** sobre el objeto peritado, que puede tratarse de una persona u objeto.

La evaluación de tales aspectos debe realizarse tomando en consideración los criterios desarrollados por la Corte Suprema de Justicia. A saber:

En primer término, el **Acuerdo Plenario N.º 4-2015/CJ-116** (fundamento 22) hace referencia a los siguientes:

- ▶ Grado académico, especialización y profesionalidad del perito.
- ▶ Elaboración del informe pericial según las reglas de la lógica, los conocimientos científicos o técnicos.
- ▶ Correlación entre los extremos propuestos por las partes y los expuestos en el dictamen (o informe) pericial.
- ▶ Correspondencia entre los hechos probados y los extremos del dictamen.
- ▶ Existencia de contradicciones entre el informe pericial y lo expuesto por el perito en el acto oral.
- ▶ Explicación del método utilizado.
- ▶ Aportación de los documentos, instrumentos o materiales utilizados para elaborar el dictamen pericial y explicación de cómo se utilizaron.

- ▶ Determinación de las condiciones en que se elaboró la pericia, la proximidad en el tiempo y el carácter detallado en el informe. En caso sean varios peritos, se evaluará la uniformidad de conclusiones.
- ▶ Si la prueba es científica, realización de la pericia de conformidad con los estándares fijados por la comunidad científica. El juez deberá examinar la relevancia y aceptación de la comunidad científica de la teoría utilizada y qué inferencias se emplearon para llegar a la conclusión.
- ▶ Apreciación del posible grado de error en las conclusiones del perito.

Además de estos criterios, deben tomarse en cuenta los desarrollados en el **Recurso de Nulidad N.º 840-2019-Lima**, del 28 de octubre de 2020 (Sala Penal Permanente, 2020b, fundamento octavo):

- ▶ Primero, debe hacerse una evaluación objetiva de la prueba. Esta labor significa: Analizar si el perito aplicó correctamente la teoría, los principios y los métodos de su disciplina o área de conocimiento.
- ▶ Luego, debe realizarse la evaluación subjetiva de la pericia y, consecuentemente, analizar si la actuación del perito fue veraz y objetiva. Para ello, ha de verificarse si el experto tiene sanciones por haber mentido o incurrido en actos irregulares en casos previos, si tiene algún interés en el resultado del proceso (personal, académico, social, cultural, etcétera), si su veracidad fue cuestionada en anteriores ocasiones o si tiene algún sesgo o prejuicio que pueda influir en su actuación, entre otros supuestos.

En cuanto a la valoración objetiva de la pericia, el **Acuerdo Plenario N.º 2-2007/ CIJ-116** señala que deben evaluarse los siguientes elementos: el reconocimiento pericial, el dictamen o informe pericial y el examen pericial propiamente dicho. Cada elemento ha sido definido por el referido acuerdo plenario (fundamento 7) de la siguiente manera:

- **Reconocimiento pericial:** está constituido por el conjunto de actividades especializadas que realizan los peritos sobre el objeto peritado. Es importante que el juez evalúe las operaciones realizadas por el perito, cómo se han efectuado, en qué tiempo, la duración de cada análisis pericial, las técnicas empleadas y cómo son aplicadas al caso concreto. En lo que atañe a la trata de personas, por ejemplo, que se explique en cuántas sesiones se realizaron las entrevistas a la víctima e imputados del delito y qué técnicas se emplearon.
- **Dictamen o informe pericial:** es la declaración técnica realizada por el perito que efectuó el reconocimiento. Según el artículo 178 del CPP, el dictamen pericial debe contener, entre otras cosas, la descripción de la situación o estado de hechos, sea persona o cosa, sobre los que se hizo el peritaje; la exposición detallada de lo que se ha comprobado en relación con el encargo; la motivación o fundamentación del examen técnico; la indicación de los criterios científicos o técnicos, médicos y reglas de los que se sirvieron para hacer el examen; las conclusiones, etcétera. Debe señalarse que el informe pericial no debe contener apreciaciones en cuanto a la responsabilidad penal del imputado en relación con el hecho delictuoso materia del proceso.



## Tomar en cuenta que...

Como ha señalado Miranda (2012, p. 147), los requisitos establecidos en el artículo 178 pueden constituirse en filtros de admisibilidad de la prueba pericial, pese a que el CPP no lo haya estipulado de ese modo; sumado a ello, puede exigirse que el informe pericial establezca la posible fiabilidad con la que cuenta la pericia (Vázquez, 2019, p. 114). Ello con el fin de no caer en la postura acrítica de asumir que toda prueba pericial, por el solo hecho de emplear conocimientos científicos, es infalible y, por el contrario, se consideren requisitos adicionales que brinden a los jueces información sobre la fiabilidad de la pericia que ingresará al proceso.

- **El examen pericial propiamente dicho:** de acuerdo con el artículo 181 del CPP, el examen o interrogatorio de perito se orienta a obtener una mejor explicación sobre la comprobación del objeto de la pericia, sobre los fundamentos y conclusión que sostiene. En esta fase del proceso rige el principio de contradicción, por lo que el juez puede pedir que se aclare el contenido del informe pericial o se realicen cuestionamientos a la información presentada que le permitan una mejor comprensión del caso. En esta fase del proceso también tiene lugar el debate pericial de las conclusiones discrepantes entre los peritos.

En los casos de trata de personas y explotación, diversos hechos requieren de conocimientos técnicos o científicos para ser esclarecidos. En ese marco, algunas de las pruebas periciales que pueden efectuarse en el contexto de la investigación de delitos de trata de personas son las siguientes:

- Exámenes sobre restos de sangre, cabellos, huellas u otros para establecer a quién le corresponden (pericias científicas).
- Examen de lesiones físicas o psicológicas que podría tener la víctima (pericias médico-legales).
- Examen psicológico o psiquiátrico sobre los posibles responsables de la comisión del delito (pericia psicológica y psiquiátrica).
- Determinación de costumbres o grado cultural de la sociedad en que se desarrollaron los hechos (pericia antropológica).
- Fiabilidad de los documentos (actas, filmaciones, fotografías, grabaciones) cuando se cuestionan su autenticidad u originalidad (pericia informática).
- Fiabilidad de las comunicaciones telefónicas, dispuestas en el levantamiento del secreto de las comunicaciones como parte de la investigación preliminar (pericia acústica forense).
- Originalidad de la voz de uno de los imputados (pericia acústica forense).

## 6. ¿Cómo realizar la prueba por indicios en los casos de trata de personas y explotación?

La prueba indiciaria es un método de prueba que permite la acreditación de la hipótesis (conclusión) por medio del empleo de inferencias y presunciones a partir de hechos conocidos (indicios). En ese sentido, “a través de la prueba indiciaria se trata de obtener, partiendo de las proposiciones fácticas introducidas y acreditadas (depuradas), nuevas afirmaciones fácticas, mediante el empleo de máximas de experiencia y reglas de la lógica” (Miranda, 2012, p. 35). Por tanto, la prueba indiciaria no es un tipo de prueba ni un medio de prueba, razón por la cual un sector doctrinario la denomina “procedimiento probatorio que versa sobre un hecho circunstancial” (Gascón, 2004, p. 89).



### Tomar en cuenta que...

El Acuerdo Plenario N.º 01-2006/ESV-22, que contiene el RN N.º 1912-2005-Piura, precisó que “lo característico de esta prueba (la indiciaria) es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar” (Sala Penal Permanente, 2005, fundamento cuarto).

El Recurso de Casación N.º 1726-2019-Ayacucho, del 23 de noviembre de 2021, ha sido enfático en señalar que “la prueba por indicios no es un medio de prueba sino una pauta jurídica de valoración”. A final de cuentas, es una forma esquemática de exponer el razonamiento propio de la lógica formal, y que se expresa a través de la descripción del presente silogismo:

1. Hecho base o indicio (premisa menor).
2. Máxima de experiencia o criterio lógico (premisa mayor).
3. Hecho presunto (conclusión). Por lo demás, esta realidad no es un acontecimiento aislado en el razonamiento probatorio de un proceso, sino que se trata de una constante en cualquier enjuiciamiento, dado que siempre se intenta la averiguación de unos hechos delictivos (hechos presuntos) a través de la reflexión (criterio lógico) sobre la existencia de unos indicios. (Sala Penal Permanente, 2021b, fundamento 5)

A partir de lo anterior, la **prueba indiciaria** responde a la siguiente estructura: **(i) indicios; (ii) inferencia resultante** (en razón a lo que la máxima de la experiencia determina); **(iii) conclusión inferida categórica** (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, 2020c, fundamento sexto). Al respecto, el Recurso de Casación 1726-2019/Ayacucho del 23 de noviembre de 2021, ha dado mayor detalle sobre esta estructura en su fundamento quinto, señalando lo siguiente (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, 2021b, fundamento quinto):

- Los indicios o afirmaciones base no solo han de ser periféricos al hecho principal, sino que además se aprecian en conjunto, no aisladamente, de suerte que los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos indicios completamente probados. El análisis descompuesto y fraccionado de diferentes indicios puede conducir a conclusiones inaceptables desde el punto de vista del razonamiento impugnativo; cada indicio debe ponerse en relación con los restantes. Los indicios han de estar no solo relacionados con el hecho nuclear, sino además interrelacionados entre sí, como notas de un mismo sistema en el que cada uno de ellos represente sobre los restantes en tanto y en cuanto formen parte de él, de tal modo que la fuerza de convicción de esta prueba dimana no solo de la adición o suma, sino también de esta imbricación.
- El enlace o inferencia tiene una importancia trascendental para configurar una correspondencia entre afirmación base (hecho secundario o instrumental: indicio) y afirmación presumida (hecho principal, el previsto en el tipo delictivo). El enlace o afirmación ha de ser preciso y directo según las reglas de la sana crítica judicial (leyes lógicas, máximas de la experiencia y conocimientos científicos), para extraer de los indicios o afirmaciones base una determinada consecuencia, fundadas en el principio de normalidad y actuadas con arreglo a criterios de causalidad y oportunidad. Ha de haber una conexión y congruencia entre un hecho y otro (afirmación base y afirmación presumida), en tanto los hechos no se presentan aislados, sino relacionados entre sí, bien mediante relaciones de causa efecto, bien mediante un orden lógico y regular. A final de cuentas, el enlace consiste en que las afirmaciones base o indicios no permitan otras inferencias contrarias igualmente válidas epistemológicamente; de ello depende la racionalidad de la inferencia.
- El control de legitimidad de la racionalidad y solidez de la inferencia o enlace en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse: (i) tanto desde el canon de su lógica o cohesión —de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él—, (ii) como desde su suficiencia o calidad concluyente —no es razonable la inferencia o enlace cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa—. Corresponde a esta Sala de Casación, en este ámbito, verificar si la motivación fáctica alcanza esta necesidad de hacer uso de un enlace, desde perspectivas de lógica, coherencia y razonabilidad, de acuerdo con las leyes de la lógica, las máximas de la experiencia y los principios científicos.
- Finalmente, debe revisarse si no consta prueba de lo contrario (contraprueba respecto de la afirmación base y prueba en contrario respecto de la afirmación presumida).



## Tomar en cuenta que...

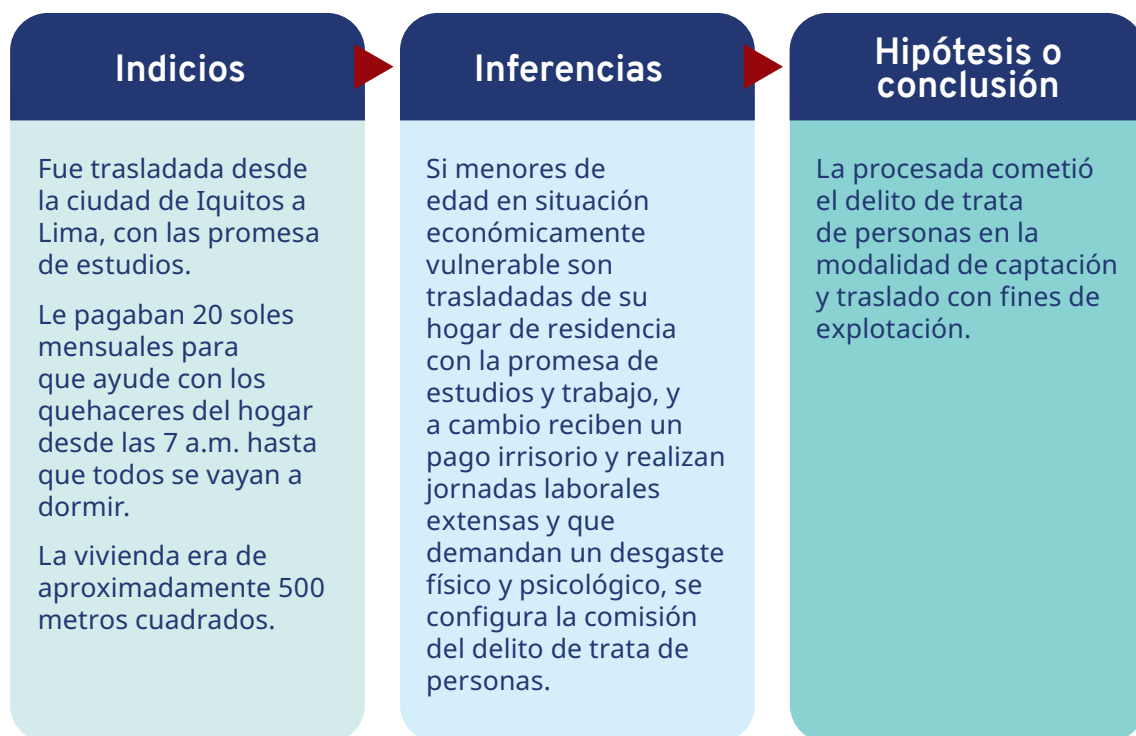
Sobre los indicios, el Acuerdo Plenario N.º 1-2006/ESV-22, que contiene diversas ejecutorias vinculantes, presentó el RN N.º 1912-2005-Piura, de 6 de septiembre de 2005, el cual refiere que los indicios deben cumplir con las siguientes características (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, 2005, fundamento cuarto):

- Han de estar plenamente probados —por diversos medios de prueba—; de lo contrario, solo serían una sospecha sin sustento real.
- Plurales, varios o únicos (en este último caso, de singular fuerza acreditativa).
- Concomitantes al hecho que se trata de probar —los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar.
- Interrelacionados: cuando sean varios, deben reforzarse entre sí, no excluir el hecho consecuencia, que estén imbricados entre sí.
- Indicios débiles o fuertes: los primeros acompañan y dependen de los segundos; por sí solos no tienen fuerza suficiente.
- La inferencia debe responder a las reglas de la lógica y la experiencia; los hechos deben surgir del hecho consecuencia, y entre ambos debe existir un enlace preciso y directo.

La **prueba indiciaria en el delito de trata de personas** debe ser construida por el juez<sup>20</sup> definiendo en primer lugar los hechos probados o indicios (hechos secundarios al tipo penal); en segundo lugar, realizando la actividad inferencial con el empleo de las máximas de experiencias, las reglas de la lógica o los conocimientos científicos; finalmente, se debe determinar si de la valoración conjunta de los indicios (o de un indicio con singular fuerza acreditativa) puede establecerse que se cometió el delito de trata de personas.

<sup>20</sup> Sin perjuicio de que sea el fiscal quien la proponga en su acusación, pero si no lo hiciera el juez tiene el deber de analizar la necesidad de esta, dependiendo del caso analizado.

A manera de ejemplo, se presenta a continuación la estructura de la prueba indiciaria en el delito de trata de personas, a propósito del caso abordado por el Recurso de Nulidad N.º 1610-208-Lima (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, 2019a, fundamento segundo):



Sumado a los indicios colocados en el cuadro, en el caso concreto se analizó la concurrencia de otros más para acreditar la comisión del delito de trata de personas, tales como que la procesada costó los gastos de transporte de la menor; que fue trasladada con la autorización de sus padres; que los quehaceres del hogar consistían en cocinar, lavar, planchar y atender a los cuatro hijos de la procesada, y que salía solo un día al mes. Así mismo, se acreditó que la procesada conocía la situación de vulnerabilidad de la menor, por cuanto, “la inculpada conocía las carencias y condiciones personales de la menor (escasos recursos, vendía sandías en el mercado, era criada por sus abuelos, no estudiaba, su nivel de educación)” (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, 2019a, fundamento vigésimo sexto).



### Tomar en cuenta que...

La prueba indiciaria o indirecta tiene suficiente entidad para enervar la presunción de inocencia (Sala Penal Permanente, 2020a, fundamento tercero). Al respecto, el Tribunal Constitucional ha referido, en el Expediente N.º 728-2008-PHC/TC/LIMA (fundamento 25):

Si bien el juez penal es libre para obtener su convencimiento porque no está vinculado a reglas legales de la prueba y, entonces, puede también llegar a la

convicción de la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado, a través de la prueba indirecta (prueba indiciaria o prueba por indicios), será preciso empero que cuando esta sea utilizada, quede debidamente explicitada en la resolución judicial; pues no basta con expresar que la conclusión responde a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos, sino que dicho razonamiento lógico debe estar debidamente exteriorizado en la resolución que la contiene.

## 6.1. ¿Cómo utilizar las máximas de la experiencia?

Las máximas de la experiencia representan la base de conocimientos generales para la valoración de la prueba, pero expresan nociones de sentido común que tienen como único fundamento el hecho de formar parte de la cultura [de la persona media] en cierto lugar y en cierto momento (Taruffo, 2011, p. 219). El CPP prevé, en el artículo 158.1, que “en la valoración de la prueba el juez deberá observar las máximas de la experiencia” y “la valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, especialmente [...] las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos”.

En ese contexto, las máximas de la experiencia cumplen una función instrumental en la actividad de valoración probatoria, pues permiten llegar a las conclusiones a partir de los datos fácticos con los que cuenta el caso. La formulación de las generalizaciones posee el tipo condicional: “Si se da la condición A, entonces se produce B”; así se aprecia en el siguiente ejemplo tomado del Recurso de Nulidad N.º 2465-2018-Lima Sur:

**SEXTO.** [...] no es consistente el argumento de error en la edad de la víctima, atento a la diferencia de edades entre víctima y victimario —más del doble— y por el hecho de que el imputado es un adulto, que incluso tiene una pareja y vivía con ella cuando le hizo sufrir el acto sexual a la agraviada. En estos casos, según máximas de experiencia, se atribuye el conocimiento de la minoría de edad de la víctima, lo que está corroborado objetivamente con el acta de nacimiento de la misma. (Sala Penal Permanente, 2019b, fundamento sexto)

Ahora bien, las máximas de la experiencia se expresan como enunciados condicionales que son susceptibles de verificación de verdad o falsedad; es decir, son enunciados derrotables. Por ello, el Recurso de Nulidad N.º 2210-2018-Lima ha sido enfático al señalar que “las máximas de experiencia admiten prueba en contrario” (Sala Penal Permanente, 2019a, fundamento vigésimo primero). Por ello, resulta necesario que se expresen razones (respaldo) que sustenten la inferencia y que esta incluso se derive de otros hechos conocidos con el fin de otorgar confiabilidad a la máxima de la experiencia.

En ese sentido, no pueden ser consideradas máximas de la experiencia aquellas que no cuenten con un mínimo respaldo. Entre las máximas de la experiencia que

sí poseen tal calidad se encuentran las siguientes (Anderson et al., 2015, pp. 141 y 325):

- De generalidad o nivel de abstracción, marcadas por generalizaciones abstractas y en los casos o contextos concretos.
- De confiabilidad o de grado de certeza, dentro de la cual pueden identificarse en primer término las leyes científicas, las opiniones científicas bien fundadas, las conclusiones ampliamente compartidas basadas en la experiencia común, ocupando un segundo lugar las creencias comúnmente afirmadas pero no probadas e improbables y, finalmente, en último lugar, se encontrarían los prejuicios y sesgos arraigados con independencia de los datos disponibles y las creencias menos arraigadas pero operativas.
- De fuente o base, basadas en la experiencia personal reiterada y aquellas fundamentadas en el conocimiento obtenido de generalizaciones sintético-intuitivas.
- Del grado de coincidencia, referido a cuán ampliamente podría la generalización ser aceptada o compartida al interior de una particular comunidad en la que un problema deba ser resuelto.

## 6.2. ¿Cómo utilizar las inferencias fundadas en el conocimiento científico?

En este caso la inferencia está sustentada en un **conocimiento científico especializado vinculado con las ciencias sociales o ciencias naturales que son utilizados por los expertos o peritos**. Por ejemplo, se usa la información brindada por una prueba pericial psicológica practicada a una víctima que concluyó que presentaba conducta ansiosa que respondería al contexto de violencia familiar. A partir de dicha inferencia, el juez podrá llegar a la acreditación de la hipótesis o conclusión con base en los indicios o hechos probados que se han presentado, tal como se muestra a continuación:

Indicio	Inferencia	Hipótesis
Es un hecho probado que la declaración de la víctima ha sido espontánea. Pero también se ha probado que “no tiene buena contextualización”.	La declaración de la víctima debe ser valorada de acuerdo con el informe de pericia psicológica que indicó que “su reacción ansiosa podría obedecer a los eventos de violencia familiar que presentó y que vivió al lado de sus progenitores”. <sup>21</sup>	La versión de la víctima es coherente.

<sup>21</sup> Caso tomado de la Casación N.º 12-2021-Cusco, del 29 de abril de 2022 (Sala Penal Permanente, 2022b, fundamento vigésimo primero).

Otro ejemplo podría presentarse con la información proporcionada por la pericia toxicológica. La citada inferencia deberá ser tomada en cuenta por el juez para llegar a la hipótesis a partir de los indicios o hechos probados con los que se cuenta.

Indicio	Inferencia	Hipótesis
<p>Es un hecho probado que la víctima laboró en el bar La Noche.</p> <p>Es un hecho probado que la víctima indicó que laboraba limpiando las mesas y el local.</p> <p>Es un hecho probado que el examen toxicológico forense practicado a la agraviada arrojó positivo y concluyó 0,89 g 0/00 de alcohol etílico.<sup>22</sup></p>	<p>Debe valorarse: i) los resultados del examen toxicológico y ii) que este se realizó 4 horas después, por lo que el estado de embriaguez original de la víctima al momento de los hechos no sería el mismo después de transcurrido dicho periodo. Esto de acuerdo con la aplicación del método Widmark.</p>	<p>La víctima laboraba en el bar “La Noche” acompañando a los clientes y bebiendo alcohol con ellos, por varias horas.</p>

### 6.3. ¿Cómo aplicar las reglas de la lógica?

Las reglas de la lógica son también conocidas como reglas del saber o de la razón humana (Nieva, 2010, p. 348). En el esquema que se presenta a continuación, la inferencia hace uso de una regla de la lógica (principio de no contradicción), que involucra que una proposición no puede ser al mismo tiempo verdadera y falsa. Dicha inferencia será realizada por el juez para llegar a la hipótesis a partir de los indicios o hechos probados.

Indicio	Inferencia	Hipótesis
<p>Es un hecho probado que la víctima vivía en la provincia de Yauyos cuando fue trasladada a Lima por la imputada.</p> <p>Es un hecho probado que la imputada indicó que trasladó a la víctima para brindarle educación.</p> <p>Es un hecho probado que la víctima asistió al colegio solo las primeras semanas del año escolar.</p>	<p>De acuerdo con las reglas de la lógica (principio de no contradicción: una proposición no puede ser al mismo tiempo verdadera y falsa), tenemos:</p> <p><b>Es verdad que</b>, de acuerdo con el reporte del colegio, la víctima no asistió a este durante casi todo el año; entonces, <b>no puede ser verdad</b> que la víctima haya sido trasladada a Lima para estudiar.</p>	<p>La víctima fue trasladada a un local en Lima para efectuar trabajos forzados durante más de 12 horas.</p>

<sup>22</sup> Caso tomado de la Casación N.º 581-2020-Lambayeque, del 12 de abril de 2022 (Sala Penal Permanente, 2022b, fundamento 1.10).

## 6.4. ¿Cómo valorar la prueba si se encuentran contraindicios?

Los contraindicios consisten en aquellos indicios (hechos conocidos) que refutan la hipótesis asumida por una de las partes, normalmente, la hipótesis acusatoria. La refutación de la hipótesis puede ser directa o indirecta: “es directa cuando resulta incompatible con otra afirmación que se ha dado por probada. A su vez, la refutación es indirecta cuando implica una afirmación que se demuestra que es falsa o poco probable” (Zavaleta, 2018, p. 217). Los contraindicios, para ser capaces de refutar una hipótesis, deben tener la característica de ser consistentes, lo que significa que posean un valor probatorio sólido y suficiente para contradecir el indicio probado.

### Ejemplo de contraindicios

Esquema 1: el hecho B es un contraindicio consistente de A

**A.** Es un hecho conocido que la imputada indicó que en su local no se obligaba a las agraviadas a tener trato sexual con los clientes.

**B.** Es un hecho conocido que en el local “Los Ángeles” se hallaron preservativos usados y restos de papel higiénico.

Existe una refutación, por cuanto el hecho probado B es incompatible con el A.

Esquema 2: el hecho B es un contraindicio consistente de A

**A.** Es un hecho conocido que el imputado sostuvo que trataba a la agraviada como “una hija”.

**B.** Es un hecho conocido que la agraviada cocinaba y limpiaba en la casa del imputado 12 horas al día y no asistía al colegio.

Existe una refutación, por cuanto el hecho probado B demuestra que el indicio A es poco probable o falso.

# Referencias

- Bustamante Alarcón, R. (2001). *Derecho a probar como elemento esencial de un proceso*. Ara Editores.
- Defensoría del Pueblo & CHS Alternativo (2020). *Informe N.º 001-2020-DP/ADHPD. Abordaje judicial de la trata de personas*.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (director) (2022). *Manual de razonamiento probatorio*. Corte Suprema de Justicia de la Nación.
- Gascón Abellán, M. (2004). *Los hechos en el Derecho. 2.ª edición*. Bases argumentales de la prueba. Marcial Pons.
- González Lagier, D. (2019). Tres modos de razonar sobre hechos (y algunos problemas sobre la prueba judicial planteados a partir de ellos). En C. Vázquez Rojas, *Hechos y razonamiento probatorio* (pp. 17-67). Zela.
- Manzanero, A. (2001). Procedimientos de evaluación de la credibilidad de las declaraciones de menores víctimas de agresiones sexuales. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, 51-71.
- Ministerio Público-Fiscalía de la Nación. (2019). *Protocolo para la acreditación de la situación de vulnerabilidad de las víctimas de trata de personas*.
- Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Marcial Pons.
- Red Española Contra la Trata (2008). *Guía básica para la identificación, derivación y protección de las personas víctimas de trata con fines de explotación*.
- Taruffo, M. (2011). *La prueba de los hechos*. Marcial Pons.
- UNICEF. (2008). *Convención sobre los Derechos del Niño*.
- (UNODC), O. d. (2009). *Manual sobre la investigación del delito de trata de personas*. UNODC.
- Vázquez Rojas, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Marcial Pons.
- Vázquez Rojas, C. (2019). *La prueba pericial en el razonamiento probatorio*. Zela.
- Zavaleta Rodríguez, R. E. (2018). Razonamiento probatorio a partir de indicios. *Derecho & Sociedad*, (50), 197-219. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/20388>

## **SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA**

- (2004, 1 de diciembre). Sentencia recaída en el Recurso de Nulidad N.º 3044-2004-Lima.

- (2005, 6 de septiembre). Sentencia recaída en el Recurso de Nulidad N.º 1912-2005-Piura.
- (2018, 6 de agosto). Sentencia recaída en la Casación N.º 1211-2017-Ica.
- (2019a, 5 de abril). Sentencia recaída en el Recurso de Nulidad N.º 2210-2018-Lima.
- (2019b, 19 de noviembre). Sentencia recaída en el Recurso de Nulidad N.º 2465-2018-Lima Sur.
- (2020a, 21 de octubre). Resolución recaída en la Apelación N.º 5-2019-Lima.
- (2020b, 28 de octubre). Sentencia recaída en el Recurso de Nulidad N.º 840-2019-Lima.
- (2020c, 9 de noviembre). Sentencia recaída en la Casación N.º 396-2019-Ayacucho.
- (2021a, 5 de julio). Sentencia recaída en la Casación N.º 875-2019-Arequipa.
- (2021b, 23 de noviembre). Sentencia recaída en la Casación N.º 1726-2019-Ayacucho.
- (2022a, 12 de abril). Sentencia recaída en la Casación N.º 581-2020-Lambayeque.
- (2022b, 29 de abril). Sentencia recaída en la Casación N.º 12-2021-Cusco.

#### **SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA**

- (2016, 15 de marzo). Sentencia recaída en el Recurso de Nulidad N.º 1658-2014-Lima.
- (2018, 24 de septiembre). Sentencia recaída en el Recurso de Nulidad N.º 665-2018-Lima Sur.
- (2019a, 27 de mayo). Sentencia recaída en el Recurso de Nulidad N.º 1610-2018-Lima.
- (2019b, 11 de junio). Sentencia recaída en la Casación N.º 556-2016-Puno.

#### **SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA**

- (2017, 11 de agosto). Sentencia recaída en el Recurso de Nulidad N.º 480-2016-Ayacucho.

#### **SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA**

- (2005, 30 de septiembre). Acuerdo Plenario N.º 2-2005/CJ-116.
- (2006, 13 de octubre). Acuerdo Plenario N.º 01-2006/ESV-22.
- (2007, 16 de noviembre). Acuerdo Plenario N.º 2-2007/CIJ-116.
- (2011, 6 de diciembre). Acuerdo Plenario N.º 1-2011/CIJ-116.
- (2015, 2 de octubre). Acuerdo Plenario N.º 4-2015/CJ-116.

#### **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ**

- (2008, 13 de octubre). Expediente N.º 728-2008-PHC/TC/LIMA (Caso Llamuja Linares).

#### **TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL**

- (2007, 5 de enero). Sentencia recaída en el Expediente N.º 1315/2006.
- (2019, 31 de octubre). Sentencia recaída en el Expediente N.º 527/2019.
- (2022, 30 de mayo). Sentencia recaída en el Expediente N.º 2052/2022.

# MÓDULO VI

Criterios para la determinación de la pena en el delito de trata de personas y explotación y para la resolución de los concursos aparentes de leyes y los concursos de delitos



# MÓDULO VI

## Criterios para la determinación de la pena en el delito de trata de personas y explotación y para la resolución de los concursos aparentes de leyes y los concursos de delitos

1. ¿En qué consiste la determinación judicial de la pena?
2. ¿Cuál es el procedimiento para determinar judicialmente la pena?
3. ¿Qué caracteriza a las circunstancias genéricas, cualificadas y específicas que deben valorarse para determinar la pena?
4. ¿Qué circunstancias genéricas suelen aplicarse en los delitos de trata de personas y explotación para la determinación de la pena?
5. ¿Cómo se individualiza la pena en los delitos de trata de personas y explotación si concurren agravantes específicas?
6. ¿Qué es el concurso aparente de leyes? ¿Tiene algún impacto en la determinación judicial de la pena?
7. ¿El delito de trata de personas presenta situaciones de concurso aparente de leyes con otros delitos?
8. ¿El delito de explotación sexual presenta situaciones de concurso aparente de leyes con otros delitos?
9. ¿Los delitos de trabajo forzoso y esclavitud presentan situaciones de concurso aparente de leyes con otros delitos?
10. ¿Qué es un concurso de delitos y cuál es su relación con la determinación judicial de la pena?
11. ¿Qué tipos de concurso de delitos tiene regulado el Código penal peruano?
12. ¿El delito de trata de personas presenta situaciones de concurso de delitos con otros tipos penales?
13. ¿El delito de explotación sexual presenta situaciones de concurso de delitos con otros tipos penales?
14. ¿Los delitos de trabajo forzoso y esclavitud presentan situaciones de concurso de delitos con otros tipos penales?

# 1. ¿En qué consiste la determinación judicial de la pena?

El Acuerdo Plenario N.º 1-2008/CJ-116 señala que una sentencia penal emite tres juicios importantes: primero, un juicio de subsunción cuya finalidad es determinar la tipicidad de la conducta atribuida a la persona; segundo, una declaración de certeza, que establece la evidencia sobre su responsabilidad; y, tercero, **la individualización de la sanción, en la que se debe definir con claridad la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas aplicables a la persona** (fundamento 6).

## Acuerdo Plenario N.º 1-2008/CJ-116

Individualización de la pena	Definir con claridad la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas aplicables a la persona.
------------------------------	--

Elaboración propia.

A este tercer juicio se le denomina **determinación judicial de la pena, individualización judicial de la pena o dosificación de la pena**, y es un procedimiento técnico y valorativo que realiza un juez o jueza penal (Corte Suprema de Justicia, 2008, fundamento 6) de acuerdo con las reglas y principios señalados en el Código penal y la Constitución, para establecer la pena que le corresponde imponer a una persona en un caso específico.

# 2. ¿Cuál es el procedimiento para determinar judicialmente la pena?

El Acuerdo Plenario N.º 1-2008/CJ-116 señala que, para individualizar la pena, el juez o jueza penal debe realizar **dos pasos** (fundamento 7): primero, determinar la **pena básica**, es decir, el espacio en el que la ley le permite decidir una pena concreta, para lo cual debe fijarse en el límite mínimo y máximo establecido en el tipo penal aplicable y, de no establecerse alguno de estos límites, recurrir al artículo 29 del Código Penal.

Seguidamente, para establecer la **pena concreta** debe evaluar la concurrencia de **circunstancias**, que son **“factores objetivos o subjetivos que influyen en la medición de la intensidad del delito”** (Corte Suprema de Justicia, 2008, fundamento 8) y que le permitirá aplicar el **sistema de tercios**, regulado en el artículo 45-A del Código Penal.

Ciertamente, este artículo ha establecido reglas para la determinación concreta de la pena según la concurrencia de circunstancias genéricas, cualificadas y específicas.

### 3. ¿Qué caracteriza a las circunstancias genéricas, cualificadas y específicas que deben valorarse para determinar la pena?

- Las **circunstancias genéricas** están reguladas en el artículo 46 del Código Penal. Pueden ser atenuantes o agravantes y aplicarse a cualquier delito siempre que este no posea circunstancias atenuantes o agravantes específicas. Además, las circunstancias genéricas se aplican en el marco de la pena básica establecida por el tipo penal aplicable.

El artículo 46 comprende como circunstancias genéricas atenuantes, por ejemplo, a la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible; la realización de conductas voluntarias dirigidas a disminuir las consecuencias del delito consumado; la reparación del daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado, entre otras. En cuanto a las circunstancias agravantes, el artículo 46 comprende la ejecución del delito bajo móviles de intolerancia o discriminación, tales como el origen, raza, religión, sexo, orientación sexual, identidad de género, factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión, condición económica o de cualquier otra índole; el empleo en la ejecución de la conducta punible de medios de cuyo uso pueda resultar peligro común; la realización de la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función; la pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito; etcétera.

- Las **circunstancias privilegiadas**, ya sean atenuadas o agravadas, están reguladas en la parte general del Código Penal; son aplicables a cualquier delito incluso cuando en ellos concurren circunstancias específicas y configuren un nuevo marco punitivo, es decir, una nueva pena básica (Corte Suprema de Justicia, 2008, fundamento 8). Son ejemplos de circunstancias privilegiadas los artículos 46-A, 46-B y 46-C del Código Penal, que regulan una circunstancia agravante por la condición del sujeto, la reincidencia y la habitualidad, respectivamente.
- Las **circunstancias específicas** pueden ser tanto atenuadas como agravadas y se encuentran reguladas en la Parte Especial del Código Penal. Solo se aplican respecto de los delitos específicos para los cuales han sido comprendidas.

## 4. ¿Qué circunstancias genéricas suelen aplicarse en los delitos de trata de personas y explotación para la determinación de la pena?

Si se hace una revisión del delito de trata de personas y de los delitos de explotación, en ninguno concurren circunstancias atenuantes específicas, mas sí circunstancias agravantes específicas. En ese contexto, lo común es acudir a tales circunstancias de agravación antes que a las genéricas y, solo en el caso de los supuestos de atenuación, recurrir al artículo 46 del Código Penal.

Sobre esa base, un caso aún poco estudiado es el de personas que, habiendo sido víctimas de trata o explotación, se convierten en tratantes o explotadores o facilitan, promueven o favorecen la trata de personas o la explotación de otra persona.

Al respecto, se ha planteado que el reproche del sujeto no puede ser el mismo debido al impacto que tiene el fenómeno de la trata en sus víctimas y a la ausencia de mecanismos para la reintegración de estas en la sociedad. En estos casos, por tanto, corresponde aplicar la circunstancia de atenuación genérica comprendida en el artículo 46, numeral 1, literal 'd', del Código Penal, que toma en consideración la **influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible**; además, se debe tener en consideración —como refiere el artículo 45 del Código Penal—, al momento de fundamentar y determinar la pena, las carencias sociales sufridas por el agente.

A partir de lo anterior, corresponde que se aplique el **sistema de tercios** regulado en el **artículo 45-A** del Código Penal, según el cual, en el caso de concurrencia de circunstancias genéricas, la pena básica del delito debe dividirse en tres partes y corresponde la aplicación de las siguientes reglas:

- Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior.
- Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio.
- Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior.

TERCIO INFERIOR	TERCIO INTERMEDIO	TERCIO SUPERIOR
No concurren circunstancias agravantes ni atenuantes o solo concurren circunstancias atenuantes.	Concurren circunstancias agravantes y atenuantes.	Concurren únicamente circunstancias agravantes.

Elaboración propia.

## 5. ¿Cómo se individualiza la pena en los delitos de trata de personas y explotación si concurren agravantes específicas?

En el delito de trata de personas concurren diversas circunstancias de agravación específicas. Por ejemplo, el artículo 129-B del Código Penal comprende circunstancias **agravantes de primer y segundo grado**.

En el **primer caso**, la agravación de la pena tiene una sanción mínima de **12 años hasta los 20 años de privación de la libertad** cuando, por ejemplo, existan pluralidad de víctimas; la víctima tenga entre 14 y menos de 18 años de edad; el hecho sea cometido por dos o más personas; etcétera.

En el segundo caso, se establece una agravante de segundo grado con una pena privativa de libertad **no menor de 25 años y no mayor de 35 años** cuando se produzca la muerte, lesión grave o se ponga en inminente peligro la vida y la seguridad de la víctima; la víctima sea menor de 14 años de edad o padezca, temporal o permanentemente, de alguna discapacidad física o mental; o el agente sea parte de una organización criminal.

El Acuerdo Plenario N.º 2-2010/CJ-116 reconoce que en la casuística judicial es común la concurrencia de circunstancias agravantes (fundamento 8), lo que demanda un análisis integrado de cada una de ellas (fundamento 9), motivo por el cual “el Juez no puede dejar de apreciar y valorar cada circunstancia concurrente” (fundamento 9); en el mismo sentido, Corte Suprema de Justicia, 2008, fundamento 9). A partir de lo anterior, del referido acuerdo se desprende lo siguiente:

- ▶ **“A mayor número de circunstancias agravantes concurrentes la posibilidad de alcanzar el extremo máximo de la pena básica será también mayor”** (fundamento 10).
- ▶ **“La eficacia de las circunstancias agravantes concurrentes quedará siempre limitada por la imposibilidad de realizar una doble valoración sobre un mismo indicador o factor de agravación. Esto es, garantías procesales como el *ne bis in ídem* exigen, para tales casos, que el juez aplique un test de compatibilidad sobre todas las circunstancias agravantes que concurren”** (fundamento 10). Así, por ejemplo, si concurren la circunstancia de primer grado (hecho cometido por dos o más personas) y la circunstancia de segundo grado (organización criminal) del delito de trata de personas, esta última será la aplicable.
- ▶ Por su parte, cuando concurren circunstancias agravantes específicas de distinto grado o nivel en las que no pueda realizarse la subsunción referida en el punto anterior, se señala que: **“(…) en estos casos la circunstancia de mayor grado absorberá el potencial y eficacia agravante de las de grado inferior. Por consiguiente, ella operará como pena básica a partir de la cual el juez determinará la pena concreta a imponer”** (fundamento 12). En esa medida, si, por ejemplo, el delito de trata de personas se cometiera contra

varias víctimas y estas fueran menores de 14 años, la pena básica sería no menor de 25 ni mayor de 35 años de privación de libertad, pues la agravante de segundo grado contenida en el artículo 129-B absorbe a la agravante de primer grado.

En los delitos de explotación sexual, trabajo forzoso y esclavitud debe realizarse semejante análisis en relación con las agravantes de primer, segundo y tercer grado que presentan. Por ejemplo, el artículo 129-C señala que la pena del delito de explotación sexual será no menor de 15 ni mayor de 20 años de privación de la libertad cuando el agente tiene a la víctima bajo su cuidado o vigilancia por cualquier motivo, o mantiene con ella un vínculo de superioridad, autoridad, poder o cualquier otra circunstancia que la impulse a depositar su confianza en él y cuando el agente comete el delito en el ámbito del turismo, en el marco de la actividad de una persona jurídica o en el contexto de cualquier actividad económica.

El mismo artículo señala que la pena será no menor de 20 ni mayor de 25 años cuando exista pluralidad de víctimas; la víctima tenga discapacidad, sea adulta mayor, padezca de una enfermedad grave, pertenezca a un pueblo indígena u originario, o presente cualquier situación de vulnerabilidad; se produzca una lesión grave o se ponga en peligro inminente la vida o la salud de la víctima; el agente actúe como integrante de una banda o una organización criminal; entre otras. En cuanto a la agravante de tercer grado, se refiere que si se produce la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad será no menor de 25 ni mayor de 30 años.

En ese contexto, no hay que olvidar que deben valorarse todas las circunstancias agravantes que concurren en un caso concreto, y que la concurrencia de diversas circunstancias agravantes implica que la posibilidad de alcanzar la mayor pena establecida por el tipo penal puede alcanzarse.



### Tomar en cuenta que...

El Acuerdo Plenario N.º 1-2008/CJ-116 ha señalado, en relación con la valoración de las circunstancias presentes en un caso concreto, lo siguiente:

“(…) Al respecto, la teoría penal más representativa precisa que al producirse una concurrencia de circunstancias, el Juez no puede dejar de apreciar o valorar la presencia de cada circunstancia concurrente. Esto es, toda circunstancia presente en el caso penal debe ser evaluada en sus efectos para la configuración de la pena concreta. Por tanto, a mayor número de circunstancias agravantes la posibilidad de alcanzar el extremo máximo de la pena básica es también mayor” (fundamento 9).

## 6. ¿Qué es el concurso aparente de leyes? ¿Tiene algún impacto en la determinación judicial de la pena?

Existe concurso aparente de leyes cuando un hecho puede —aparenta— subsumirse en varias normas; sin embargo, la realidad es que una de ellas capta en su totalidad el desvalor del hecho (Molina, 2020, p. 5). El concurso aparente de leyes no se encuentra regulado en el Código Penal Peruano, pero es una figura desarrollada por la doctrina y jurisprudencia de aplicación aceptada en el ordenamiento jurídico del país. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha referido en el Recurso de Nulidad N.º 743-2018-Lima que:

El concurso aparente de leyes se presenta en aquellas situaciones en las que para la tipificación de un hecho concurren, en apariencia, dos o más tipos penales; sin embargo, una regla extraída del sistema jurídico permite determinar que el hecho se encuadre en uno de los supuestos típicos en concurso aparente. (Fundamento 4.5)

Las reglas que permiten determinar la presencia de un concurso aparente de leyes son las siguientes:

Reglas de solución del concurso de leyes	
<b>Especialidad</b>	La ley especial desplaza a la ley general por tener características específicas que comprenden con mayor precisión la conducta (Molina, 2020, p. 7).
<b>Consumción</b>	<p>La ley más amplia consume el desvalor de la ley consumida (Molina, 2020, p. 9). De esta regla se deducen las siguientes situaciones prácticas (Molina, 2020, pp. 9-13):</p> <p>a) Situaciones de progresión temporal: la consumación comprende a la tentativa como la lesión comprende a la puesta en peligro de un bien jurídico.</p> <p>b) Distintas formas de participación: la autoría consume a la participación. Ello por cuanto la intervención más cualificada de una persona comprende el desvalor de su actuación previa como partícipe.</p> <p>c) Hechos que acompañan habitualmente a otro más grave con base en el principio de punición suficiente: de acuerdo con el análisis de cada caso concreto, podrá sostenerse que un hecho más grave comprende a otro de menor gravedad cometido en el contexto del primero. Por ejemplo, un homicidio consume —en principio— a las lesiones producidas durante la realización de tal acto; o un delito contra la libertad sexual consume a las lesiones psíquicas derivadas de este. No obstante, si este último acto es de tal intensidad que no puede ser comprendido por el delito más grave, corresponde plantear un concurso de delitos.</p> <p>d) Actos posteriores impunes (o copenados): los actos dirigidos a obtener un aprovechamiento del delito quedan consumidos por el desvalor de este siempre que afecten el mismo bien jurídico.</p>
<b>Subsidiariedad</b>	La ley subsidiaria se aplica en defecto de la principal porque expresamente así se señala o porque así se deduce tácitamente del contenido de ambas normas (Molina, 2020, p. 8).

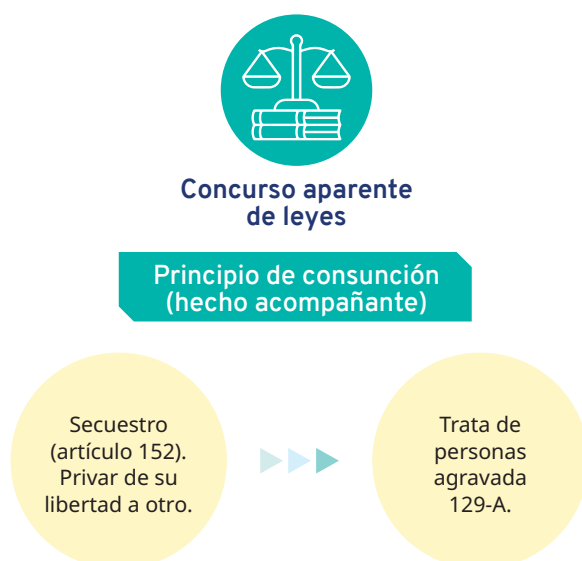
Elaboración propia.

En este contexto, el concurso de leyes no tiene un impacto en la determinación de la pena del hecho, en tanto se aplicará la que le corresponde al delito que capta la totalidad del desvalor de aquel. En consecuencia, luego de identificar el delito que corresponde ser aplicado en el caso concreto, se debe estudiar si concurren circunstancias atenuantes, agravantes o ambas y, según estas, proceder de acuerdo con las reglas para la determinación de la pena trabajadas en los numerales anteriores.

## 7. ¿El delito de trata de personas presenta situaciones de concurso aparente de leyes con otros delitos?

La trata de personas presenta una relación de concurso aparente de delitos con otros tipos penales como aquellos que protegen la libertad, la vida o la salud individual, y que pueden verse afectados mientras se ejecutan las conductas propias de la trata de personas. Por ejemplo, una de las conductas típicas de la trata de personas sanciona la retención, con lo que se produce una afectación a la libertad de la persona. Así mismo, durante la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención puede ocurrir la muerte de la víctima a manos del tratante o este puede lesionarla.

En el primer caso, nos encontramos ante un concurso aparente de leyes entre el delito de trata de personas y el delito de secuestro, porque este último sanciona a quien, sin derecho, motivo ni facultad justificada, priva a otro de su libertad personal. En esa medida, el concurso aparente se presenta porque la privación de la libertad constituye un hecho acompañante de otro más grave, que en este caso es la trata de personas.



Elaboración propia.

En el segundo caso se presenta una situación de concurso aparente entre los delitos de homicidio simple y lesiones dolosas graves con las agravantes de la trata de personas, reguladas en el artículo 129-B inciso 1, que señala que la pena será privativa de libertad no menor de 25 años cuando se produzca la muerte, lesión grave o se ponga en inminente peligro la vida y la seguridad de la víctima. Nuevamente, las afectaciones a la salud individual y a la vida de la persona constituyen un supuesto de hecho acompañante en relación con el fenómeno más grave, que es la trata de personas.



**Concurso aparente de leyes**

**Principio de consunción (hecho acompañante)**



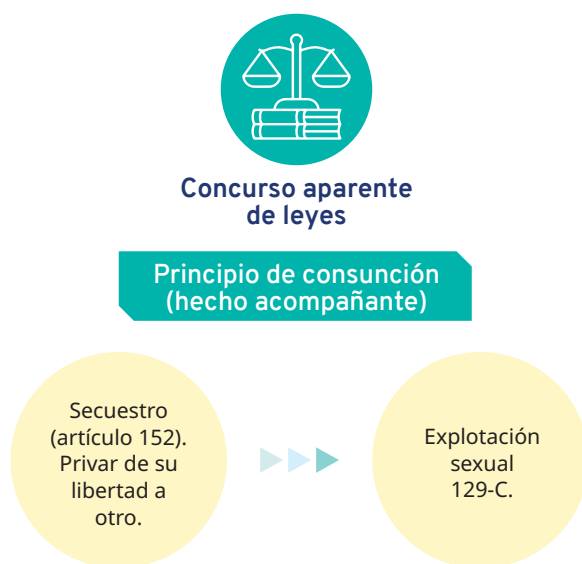
Elaboración propia.

Es preciso señalar que, aunque en principio la concurrencia de un delito de secuestro, lesiones u homicidio en relación con la trata de personas debe ser resuelta como un concurso aparente de leyes, tal situación puede derivar en un concurso de delitos —se explicará más adelante—, por las especiales condiciones en que se comete la afectación a la libertad, la salud o la vida. Por ejemplo, si se produce la muerte de la persona bajo los supuestos establecidos en el artículo 108 del Código Penal,

que regula el delito de homicidio calificado, no puede sostenerse que el desvalor de tal conducta está comprendido por el inciso 1 del artículo 129-B. Efectivamente, si el homicidio se comete con crueldad o alevosía, la intensidad del ataque es tal que el delito de trata de personas no puede consumir suficientemente el desvalor de la conducta, pues la referida agravante, leída junto con los otros supuestos por ella comprendida, como la producción de una lesión grave o un peligro inminente para la vida, permite entender que desvalora el tipo base de homicidio mas no sus agravantes.

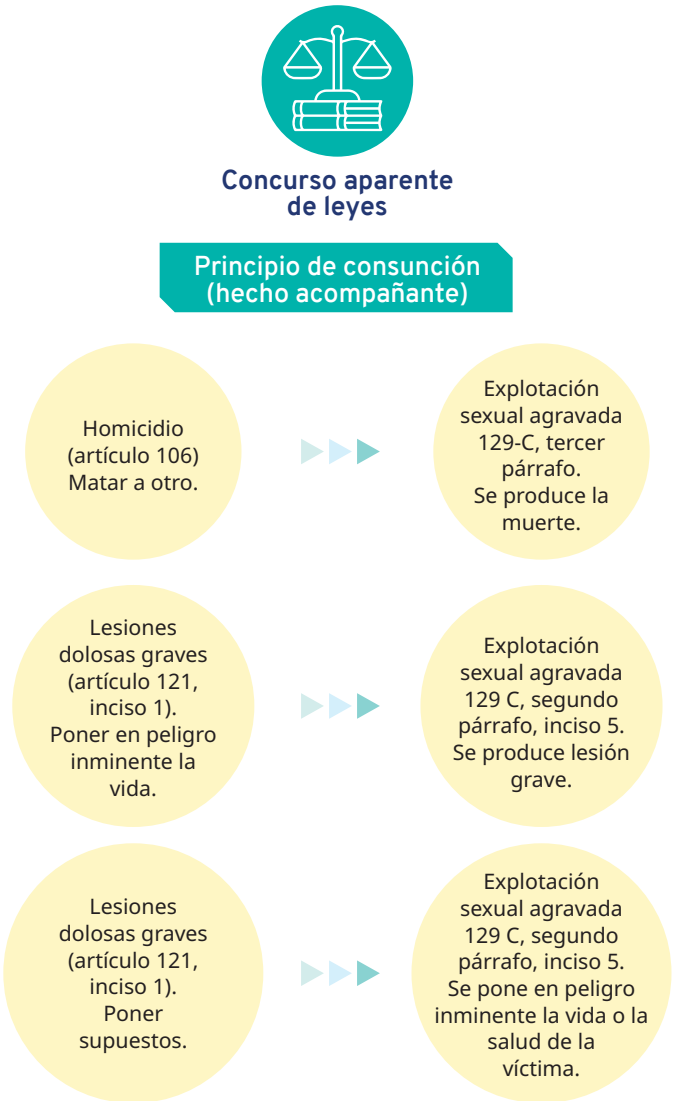
## 8. ¿El delito de explotación sexual presenta situaciones de concurso aparente de leyes con otros delitos?

El delito de explotación sexual, regulado en el artículo 129-C del Código Penal, sanciona a quien, mediante violencia, amenaza u otro medio, obliga a una persona a ejercer actos de connotación sexual con la finalidad de obtener un aprovechamiento económico o de otra índole. En tanto el tipo penal establece un catálogo abierto de medios comisivos, uno de ellos puede ser la privación de la libertad. En ese marco, como ocurre con la trata de personas se presenta una primera situación de concurso aparente entre la explotación sexual y el delito de secuestro, siendo que la primera comprende al segundo en razón del criterio del hecho acompañante.



Por su parte, el tercer párrafo del artículo 129-C del Código Penal presenta una agravante en su tercer párrafo, según la cual el delito de explotación sexual recibirá una pena no menor de 25 años ni mayor de 30 años de privación de libertad cuando se produzca la muerte de la víctima. A su vez, el segundo párrafo del artículo 129-C, específicamente su inciso 5, señala que la pena será no menor de 20 ni mayor de 25 años de privación de la libertad cuando se produzca una lesión grave a la víctima

o se ponga en peligro inminente su vida o su salud. En ese contexto, se produce una situación de concurso aparente de leyes con los delitos de homicidio y lesiones dolosas graves, en el que el delito de explotación sexual agravada comprende estos supuestos debido al criterio del hecho acompañante más grave propio del principio de consunción.



Elaboración propia.

No obstante, como se señaló para el delito de trata de personas, será necesario analizar cada caso concreto y determinar, con base en las circunstancias de comisión del hecho, si la explotación sexual siempre puede comprender el desvalor de la conducta realizada por el agente en relación con los otros delitos. Piénsese, como ya se dijo, en la producción de la muerte de una persona mediante crueldad o alevosía.

Ahora bien, debe señalarse también que el delito de explotación sexual ha sido regulado en el Código Penal junto a sus modalidades conexas, con alguna de las

cuales presenta un concurso aparente de leyes. Al respecto, dichas modalidades conexas pueden resumirse en el siguiente cuadro.

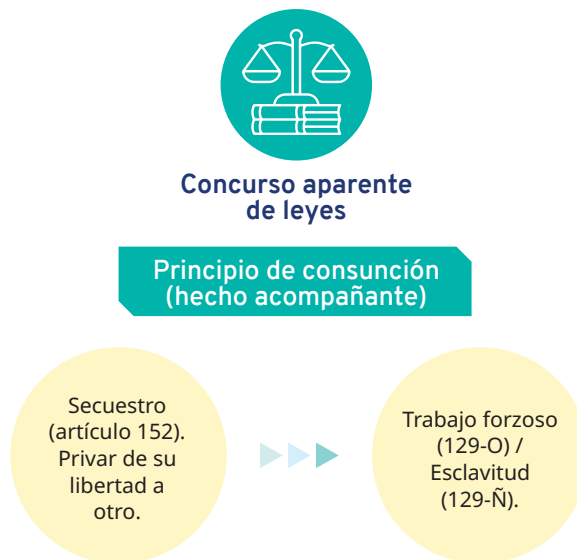
Delito	Conducta típica
Promoción o favorecimiento de la explotación sexual (artículo 129-D).	Promover, favorecer o facilitar la explotación sexual de otra persona.
Cliente de la explotación sexual (artículo 129-E).	Tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realizar otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de esas vías con una víctima de explotación sexual mediante una prestación económica o ventaja de cualquier naturaleza.
Beneficio por explotación sexual (artículo 129-F).	Recibir un beneficio económico o de otra índole derivado de actos de explotación sexual, sin participar en ellos.
Gestión de la explotación sexual (artículo 129-G).	Dirigir o gestionar la explotación sexual de otra persona con el objeto de tener acceso carnal.
Explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (artículo 129-H).	Hacer ejercer a niña, niño o adolescente actos de connotación sexual con la finalidad de obtener un aprovechamiento económico o de otra índole.
Promoción y favorecimiento de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (artículo 129-I).	Promover, favorecer o facilitar la explotación sexual de niña, niño o adolescente.
Cliente del adolescente (artículo 129-J).	Tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realizar otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de esas vías con una víctima adolescente de explotación sexual mediante una prestación económica o ventaja de cualquier naturaleza.
Beneficio de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (artículo 129-K).	Recibir un beneficio económico o de otra índole derivado de actos de explotación sexual de niña, niño o adolescente, sin participar de ellos.
Gestión de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (artículo 129-L).	Dirigir o gestionar la explotación sexual de niña, niño o adolescente con el objeto de tener acceso carnal.

Sobre el particular, se presenta una situación de concurso aparente de leyes entre el delito base de explotación sexual (129-C) y el delito de promoción o favorecimiento de la explotación sexual (129-H). Ello por cuanto la conducta de la persona que promueve o favorece la explotación sexual constituye una modalidad

de participación (complicidad o instigación) que puede ser sancionada utilizando el artículo 129-C y los artículos 24 o 25 del Código Penal y, al mismo tiempo, a través del artículo 129-H del referido cuerpo normativo. No obstante, se trata de un concurso porque, por el principio de consunción, la conducta tipificada como forma de autoría comprende a la que materializa una forma de participación delictiva (Rodríguez y Montoya, 2020, p. 99).

## 9. ¿Los delitos de trabajo forzoso y esclavitud presentan situaciones de concurso aparente de leyes con otros delitos?

El delito de trabajo forzoso sanciona, según el artículo 129-O del Código Penal, a quien somete u obliga a otra persona, a través de cualquier medio o contra su voluntad, a realizar un trabajo o prestar un servicio, sea retribuido o no. Por su parte, el delito de esclavitud, comprendido en el artículo 129-Ñ, sanciona a quien obliga a una persona a trabajar en condiciones de esclavitud o servidumbre, o la reduce o mantiene en dichas condiciones. En ambos delitos, uno de los medios que puede emplear el agente es la privación de la libertad; de ahí que, como ocurre con la trata de personas y la explotación sexual, se presenta una situación de concurso aparente con el delito de secuestro.

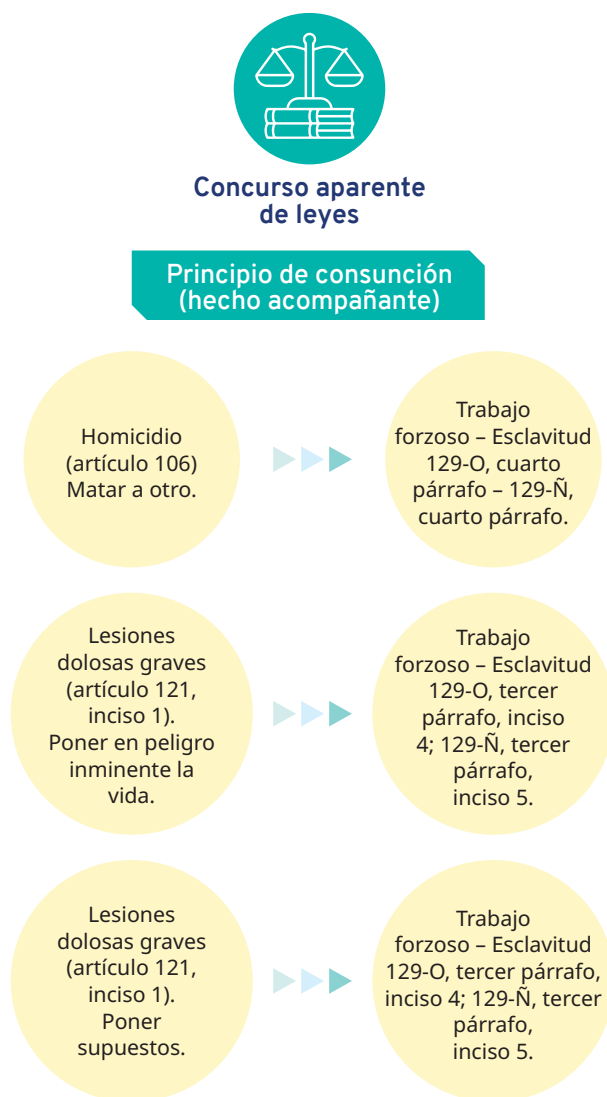


Elaboración propia.

Por su parte, el artículo 129-O contempla una agravante en el inciso 4 de su tercer párrafo en caso se produzca lesión grave o se ponga en peligro inminente la vida o la salud de la víctima en el marco del trabajo forzoso. El cuarto párrafo del referido artículo establece una pena no menor de 20 ni mayor de 25 años de privación de la libertad si se produce la muerte de la víctima. De igual manera, el artículo 129-

Ñ comprende las mismas agravantes en su tercer párrafo inciso 5 y en su cuarto párrafo, respectivamente.

En ese marco, surge también un concurso aparente de leyes entre los delitos de trabajo forzoso y esclavitud con los delitos de homicidio y lesiones debido al principio de consunción, ya explicado antes.



Elaboración propia.

Debe recordarse, como se señaló para el delito de trata de personas y explotación sexual, que será necesario analizar cada caso concreto y determinar, debido a las circunstancias de comisión del hecho, si los delitos de trabajo forzoso o esclavitud siempre pueden comprender el desvalor de la conducta realizada por el agente en relación con los otros delitos. Piénsese, como ya se explicó antes, en la producción de la muerte de una persona mediante crueldad o alevosía.

## 10. ¿Qué es un concurso de delitos y cuál es su relación con la determinación judicial de la pena?

Existe concurso de delitos cuando: (i) un hecho realizado por una persona constituye dos o más delitos; o, (ii) cuando varios hechos realizados por una misma persona constituyen distintos delitos (Mir Puig, 2019, p. 674); por tanto, a diferencia de lo que ocurre con el concurso aparente de leyes, ninguno de los delitos comprende la totalidad del hecho o hechos realizados por la persona.

En esa medida, como explica el Acuerdo Plenario N.º 4-2009/CJ-116:

Las normas sobre el concurso de delitos tienen una incidencia directa en la determinación del marco penal aplicable. Así han sido concebidas por el derecho positivo; el Código Penal las incorpora en el Capítulo II del Título III del Libro Primero, dedicado a la aplicación de la pena. Sin perjuicio de lo expuesto, es de enfatizar que los concursos delictivos —concurso ideal, concurso real, delito continuado y delito masa—, son casos de concurrencia de tipos penales realizados sin que ninguno excluya a otro, con diferentes normas penales violadas y diversidad de bienes jurídicos lesionados. (Fundamento 12)

En tanto el concurso de delitos tiene incidencia directa en la determinación de la pena aplicable y los criterios para su graduación están establecidos legalmente, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que los magistrados y las magistradas deben valorar “todos aquellos hechos y circunstancias que determinan su apreciación jurídica para la definición del marco penal y de la pena concreta” (2009, fundamento 15), pues se encuentran sometidos al principio de legalidad (2009, fundamento 15).

Tal es la importancia de valorar la presencia de concursos delictivos en los casos concretos, que la Corte Suprema de Justicia ha establecido que incluso cuando la acusación fiscal no los identifique, los jueces y juezas tienen la obligación de hacerlo en tanto:

La regla general es que la individualización de la pena es tarea que corresponde a los tribunales como esencialmente unida a la función de juzgar, y siempre deben hacerlo dentro del marco legal, con independencia de la posición de la acusación. (2009, fundamento 16)

Al respecto, en el Acuerdo Plenario N.º 4-2009/CJ-116, la Corte Suprema agrega lo siguiente:

En estos casos prima el principio de legalidad, pues el Juez está sometido a la Ley, que no puede dejar de aplicarla. El Juez, en suma, debe imponer la pena dentro del marco legal correspondiente. No está librado al arbitrio del Ministerio Público la fijación de penas distintas a las señaladas por la ley para cada delito. No se trata de impedir que la acusación señale un límite máximo —que es la pauta legal fijada por el NCPP—, sino de evitar que pueda establecer penalidades diferentes a las legales, cuestión totalmente diferente, que se resuelve con la primacía del principio de legalidad. (Fundamento 17)



## Tomar en cuenta que...

El Acuerdo Plenario N.º 4-2009/CJ-116 analiza —entre otros temas— cuál debe ser la actuación de un juez o jueza que verifica problemas en la acusación fiscal en relación con la omisión de la identificación de un concurso de delitos y que no fue subsanada en la etapa intermedia. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia refiere que, por el principio de legalidad, tal situación debe ser valorada y que ello no constituye una vulneración al principio de contradicción o a la garantía de defensa procesal, concretamente, al derecho al conocimiento de los cargos, por cuanto:

“Es evidente que el concurso de delitos no constituye una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal; es decir, elementos fácticos accidentales del delito, que no condicionan su existencia, pero inciden en la moderación o agravación de la pena. Las reglas sobre el concurso de delitos tampoco inciden en la calificación jurídica de las conductas delictivas: tipicidad objetiva y subjetiva, grado del delito, tipo de autoría o de participación. Por tanto, las referencias jurídicas al concurso de delitos, necesarias para la valoración del hecho procesal, no infringen principio ni garantía procesal alguna, siempre que, como corresponde, no se introduzcan nuevos datos o elementos a los que no se hubieran podido referir las partes por desconocimiento de los mismos —por lo demás, es de tener presente que los elementos de hecho son susceptibles de prueba y las valoraciones lo son de debate—. Así las cosas, no hace falta plantear la tesis o, en otros términos, el no planteamiento de la tesis en este caso, aun cuando sería recomendable a fin de consolidar un debate puntual sobre este asunto —de suerte que en clave garantista es conveniente hacerlo para instar una discusión jurídica acabada sobre el concurso real y sus consecuencias punitivas—, no vulnera las formas esenciales del juicio ni genera indefensión alguna” (fundamento 13).

## 11. ¿Qué tipos de concurso de delitos tiene regulado el Código Penal Peruano?

El Código Penal Peruano regula tres tipos de concurso de delitos cuyas consecuencias en la determinación de las penas son distintas, tal como se resume en el siguiente cuadro.

Tipo	Características	Consecuencias en la pena
Concurso ideal de delitos (artículo 48)	Varias disposiciones son aplicables al mismo hecho.	Se aplicará la máxima pena del delito más grave, pudiendo incrementarse esta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de 35 años.
Concurso real de delitos (artículo 50)	Concurren varios hechos punibles que deben considerarse como otros tantos delitos independientes.	Se suman las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de los delitos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua, se aplicará únicamente esta.
Concurso real retrospectivo (artículo 51)	Ocurre cuando después de la sentencia condenatoria se descubre otro hecho punible cometido antes de ella por el mismo condenado.	Luego de realizar un nuevo proceso penal, la pena que fije el juez se sumará a la anterior hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua, se aplicará únicamente esta, sin perjuicio de fijarse la reparación civil para el nuevo delito.

Elaboración propia.

Sobre el concurso ideal de delitos, el Recurso de Casación N.º 795-2017/ÁNCASH refiere que existe acuerdo en la doctrina en torno a que los requisitos que sustentan el referido concurso son los siguientes (fundamento 4.2):

- A.** Unidad de acción.
- B.** Se requiere una doble o múltiple desvaloración de la ley penal.
- C.** Identidad del sujeto activo.
- D.** Unidad y pluralidad de sujetos pasivos.

El Recurso de Casación N.º 795-2017-Áncash explica que la unidad de acción implica que el autor realiza una sola acción para lograr su propósito múltiple. Este propósito se materializa en la configuración de una pluralidad de delitos, lo que permite hablar de una desvaloración múltiple de la ley penal. La identidad del sujeto activo hace alusión a que una sola persona realiza la acción y, finalmente, la unidad y pluralidad de sujetos pasivos implica que los bienes jurídicos afectados pueden ser similares o distintos (fundamento 4.2).

En cuanto al concurso real de delitos, el Acuerdo Plenario N.º 4-2009/CJ-116 ha referido que sus presupuestos y requisitos legales son los siguientes (fundamento 6):

- A. Pluralidad de acciones.
- B. Pluralidad de delitos independientes.
- C. Unidad de autor.

En ese contexto, se ha señalado que en tanto el concurso de delitos se resuelve en un mismo proceso penal, para la determinación de la pena concreta se utiliza el principio de acumulación (Corte Suprema de Justicia, 2009, fundamentos 6 y 7), por lo que debe seguirse el siguiente esquema para el establecimiento de esta:

A. Identificación de una pena básica y una pena concreta parcial para cada delito integrante del concurso. Ello supone, como primer paso, que se defina la posibilidad de sanción establecida para el delito —límites mínimo y máximo o pena básica— en base a la penalidad conminada en la ley para dicho ilícito. El segundo paso consiste, atento a las circunstancias correspondientes y/o concurrentes de su comisión, en la concreción de la pena aplicable al delito en cuestión —pena concreta parcial—. Cabe precisar que esta primera etapa de determinación de la pena deberá cumplirse tantas veces como delitos que estén en concurso real. El órgano jurisdiccional debe operar para ello en principio de la misma forma como si cada hecho debiera enjuiciarse solo.

B. En la segunda y última etapa, cumplida la precedente, el Juez procederá a sumar las penas concretas parciales y así obtener, con dicha adición, un resultado que será la pena concreta total del concurso real. Sin embargo, esta pena concreta resultante tendrá que ser sometida a un doble examen de validación. En primer lugar, será del caso verificar que la pena no exceda de treinta y cinco años si es pena privativa de libertad temporal, así como que tampoco exceda el equivalente al doble de la pena concreta parcial establecida para el delito más grave de los comprendidos por el concurso real. En caso de que el resultado de la pena concreta total supere cualquiera de esos dos límites legales, su extensión deberá de reducirse hasta el límite correspondiente (treinta y cinco años o el que representa el doble de la pena concreta parcial fijada para el delito más grave). Finalmente, el artículo 50 CP incorpora una última verificación de carácter excepcional. Ésta implica cotejar que ninguno de los delitos integrantes del concurso real haya obtenido como pena parcial la de cadena perpetua, ya que de darse tal supuesto dicha sanción punitiva sería la única que tendría la condición de pena concreta, suprimiéndose, en tal caso, las demás penas concretas parciales. Cabe aclarar que si más de un delito resultase con pena concreta parcial de cadena perpetua estas no se sumarían debiendo aplicarse como pena concreta total sólo una de ellas. (Corte Suprema de Justicia, 2009, fundamento 7)

Finalmente, sobre el **concurso real retrospectivo**, el Acuerdo Plenario N.º 4-2009/CJ-116 refiere que sus presupuestos y requisitos legales son los siguientes (fundamento 8):

- A.** Pluralidad de delitos.
- B.** Juzgamiento sucesivo de los delitos en concurso.
- C.** Unidad de autor.

Al respecto, se ha señalado que el artículo 51 del Código Penal regula una modalidad especial de concurso real, pues el sujeto ha realizado una pluralidad de acciones que han derivado en una pluralidad de hechos delictivos; no obstante, no fueron juzgados simultáneamente en un solo proceso penal (Corte Suprema de Justicia, 2009, fundamento 8). Por ello, al autor no se le puede aplicar una pena más severa que aquella que se le hubiera impuesto si los hechos hubieran sido juzgados simultáneamente. Por lo anterior, la determinación de la pena en estos casos sigue el siguiente procedimiento:

En coherencia con dicho criterio la modificación del artículo 51 CP, mediante la Ley 28730, ha establecido que la pena concreta para tales casos surgirá, también, de la aplicación del mismo procedimiento regulado para el concurso real de delitos en el artículo 50 CP. Es decir, el órgano jurisdiccional competente en cada juzgamiento deberá adicionar las penas concretas parciales que obtenga por los delitos que procesó, a aquellas que ya fueron impuestas en los juzgamientos precedentes. Luego deberá someter el resultado o pena concreta total del concurso real retrospectivo, a las verificaciones y límites señalados en el mismo artículo 51 CP y a los cuales ya se ha hecho mención al analizar el caso del concurso real (no superar treinta y cinco años de pena privativa de libertad ni superar el doble de la pena concreta parcial correspondiente al delito más grave y aplicar sólo la pena de cadena perpetua si ella resulta como sanción para, cuando menos, uno de los delitos en concurso). (Corte Suprema de Justicia, 2009, fundamento 9)

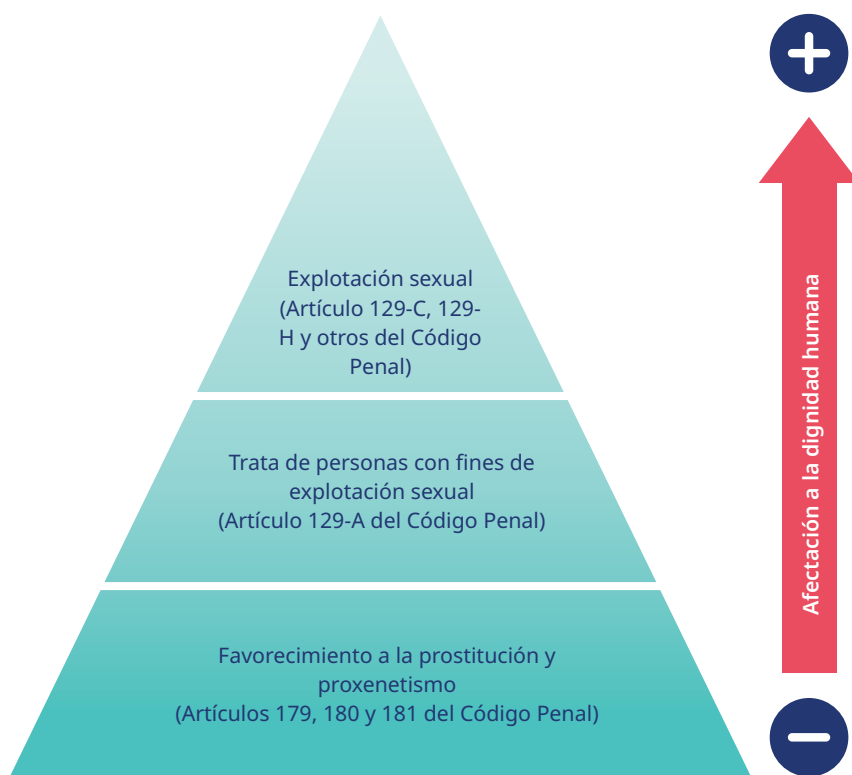
## 12. ¿El delito de trata de personas presenta situaciones de concurso de delitos con otros tipos penales?

El Acuerdo Plenario N.º 3-2011/CJ-116 considera que entre el delito de **trata de personas y los delitos de favorecimiento a la prostitución y proxenetismo existe un concurso real de delitos**, pues una persona puede configurar simultáneamente o de modo sucesivo estos tipos penales (fundamento 18).

Como explica la Corte Suprema de Justicia, el delito de favorecimiento a la prostitución implica que el agente impulsa o crea las condiciones para la prostitución de la víctima (2011, fundamento 16); mientras que, en el delito de proxenetismo, el agente oferta y administra la prostitución de esta (2011, fundamento 17). En ambos casos, la víctima presta su consentimiento para ejercer actos de prostitución, siendo que la razón para sancionar al agente radica en que pone en peligro de trata

de personas o explotación sexual a la víctima. Ciertamente, por encontrarse esta última bajo el dominio del agente, el traspaso de una a otra situación no resulta complejo.

En ese sentido, la diferencia entre el favorecimiento a la prostitución y el proxenetismo con la trata de personas radica en que en esta última no media el consentimiento de la víctima, quien a través de los medios comisivos descritos en el artículo 129-A es colocada en una situación tal que puede ser explotada sexualmente (Rodríguez y Montoya, 2020, p. 111). Justamente por ello, se ha señalado que entre los delitos de favorecimiento a la prostitución, proxenetismo, trata de personas con fines de explotación sexual y explotación sexual existe una relación según la cual se incrementa la afectación a la dignidad de la persona.



Elaboración propia.

En relación con el favorecimiento a la prostitución y el proxenetismo y su vínculo con la trata de personas, lo que hace que no pueda verificarse un concurso aparente de leyes es la diferente intensidad que se demuestra en dos momentos distintos a la dignidad de la persona. Esta situación se desprende no solo de la descripción de las conductas típicas sino, y sobre todo, de que en un momento se ejerce la prostitución con consentimiento, pero, en otro, se aplican medios sobre la víctima que impiden que brinde su consentimiento y la colocan en posición de ser explotada sexualmente.

## 13. ¿El delito de explotación sexual presenta situaciones de concurso de delitos con otros tipos penales?

Según el Acuerdo Plenario N.º 06-2019/CJ-116, entre los delitos de explotación sexual y el delito de trata de personas existe una relación de concurso real de delitos. Al respecto, el referido acuerdo plenario menciona lo siguiente:

(...) Tratándose del mismo sujeto activo debe señalarse que la conducta de trata es independiente de las conductas de explotación. Si bien las modalidades típicas de trata de personas, desde la captación hasta la acogida, son normalmente previas a la concreción de la finalidad —la explotación de la víctima—, el contenido de injusto es distinto al de la explotación misma. Desde una perspectiva normativa no puede equipararse este supuesto, por ejemplo, con el de las lesiones de necesidad mortal que es absorbida por el resultado muerte de la víctima. Los actos de explotación, en sus diversas modalidades, se independizan de las modalidades de trata, no solo por el momento diverso en que se produce, sino por el contenido de injusto determinable en función de la vulneración del bien jurídico —dignidad de la persona—, distinto del de la modalidad de explotación. (Fundamento 24)

En esa medida, aunque la trata de personas crea las condiciones para la explotación y el delito de explotación sexual materializa la propia explotación de la persona, para la Corte Suprema de Justicia tal relación no determina la existencia de un concurso aparente de leyes, por cuanto los momentos, fines e intensidades de ataque a la dignidad impiden que la explotación sexual comprenda el desvalor de la trata de personas, o al revés. Lo anterior impide que se aplique el principio de consunción y, como explica la Corte Suprema, permite observar dos hechos distintos con la consecuente realización de dos delitos diferentes.

A pesar de lo anterior, el Acuerdo Plenario N.º 06-2019/CJ-116 reconoce que en los delitos de explotación sexual que cuenten con una agravante específica debido a que la conducta se deriva de una situación de trata de personas, no podrán aplicarse las reglas del concurso real para la determinación de la pena, por cuanto ello implicaría valorar doblemente el mismo injusto (fundamento 28). Al respecto, el acuerdo plenario refiere lo siguiente:

Ahora bien, en siete delitos de explotación sexual se incorpora como circunstancia agravante el que el delito se derive de una situación de trata de personas. Son los casos de los delitos previstos en los artículos 153-B, 153-D, 153-G, 153-H, 153-I, 153-J y 181-A. En estos casos no se podría aplicar la pena del concurso entre el delito de trata de personas y la circunstancia que agrava la explotación sexual derivada de la trata de personas, pues se estaría valorando doblemente el mismo injusto —la trata de personas—. (Fundamento 28)

En esa medida, aun estableciendo que entre los delitos de explotación sexual y trata de personas existe una relación de concurso real de delitos, para la Corte Suprema de Justicia se aplicará solo la pena de los delitos de explotación sexual cuando estos comprendan la agravante por derivación de la trata, en virtud de lo señalado por el Acuerdo Plenario N.º 1-2008/CJ- 116 y el Acuerdo Plenario 2-2010/CJ-116, que hacen referencia al *ne bis idem* en la valoración de la determinación de la pena.

Se debe señalar que el Acuerdo Plenario N.º 06-2019/CJ-116 refiere que, en los **casos de trata de personas y explotación sexual cometidos por las mismas personas, integrantes de una banda u organización criminal**, también se verifica un concurso real de delitos, aunque, como en el caso anterior, sostiene que **no se pueden aplicar las reglas de determinación de la pena correspondientes al concurso real de delitos, por cuanto ello implicaría valorar doblemente el mismo injusto**. En efecto, el acuerdo plenario señala:

b) si el agente cometió el delito de trata y el de explotación sexual —por ejemplo, pornografía infantil, artículo 183-A— como integrante de una banda u organización criminal, se fija la pena más grave de veinte a veinticinco años —correspondiente al delito de trata de personas adolescentes o niños respectivamente—, a la que se adiciona la pena del delito de pornografía infantil simple hasta diez años —pena conminada para este delito—; c) en estos casos no se podría aplicar la pena del concurso entre el delito de trata de personas y la circunstancia que agrava la explotación sexual, derivada de la condición de integrante de la organización criminal o banda criminal, pues se estaría valorando doblemente el mismo injusto —comisión como integrantes de una organización o banda—. (Fundamento 30)

## 14. ¿Los delitos de trabajo forzoso y esclavitud presentan situaciones de concurso de delitos con otros tipos penales?

La Corte Suprema de Justicia no se ha pronunciado aún sobre los posibles concursos de delitos que se presentan en relación con los tipos penales de trabajo forzoso y esclavitud. No obstante, siendo que ambos tipos penales comprenden como circunstancias de agravación a su derivación de una situación de trata de personas, pueden trasladarse algunas conclusiones a partir del Acuerdo Plenario N.º 06-2019/CJ-116.

De hecho, el tercer párrafo del artículo 129-O, en su inciso 5, establece como agravante que el trabajo forzoso se derive de una situación de trata de personas; igualmente, el tercer párrafo del artículo 129-Ñ, en su inciso 6, determina como agravante de la esclavitud que esta se derive de tal situación. Al respecto, guiados por los lineamientos establecidos por el Acuerdo Plenario N.º 06-2019/CJ-116, puede señalarse que entre el delito de trata de personas y las referidas formas de explotación laboral existe un concurso real de delitos, toda vez que los momentos, fines e intensidades de ataque a la dignidad en ambos supuestos impiden que el

trabajo forzoso o la esclavitud comprendan completamente el desvalor de la trata de personas, o al revés.

No obstante, como ocurre para el caso del delito de explotación sexual, lo anterior no implica que se apliquen las reglas del concurso de delitos para la determinación de la pena, por cuanto, como explica el Acuerdo Plenario N.º 06-2019/CJ-116, ello significaría valorar doblemente el mismo injusto, con lo que se vulneraría el principio de *ne bis idem*. En ese sentido, en estos casos bastará aplicar la pena comprendida en las agravantes del trabajo forzoso o la esclavitud.

# Referencias

## Libros y/o artículos

- Mir Puig, S. (2016). *Derecho penal. Parte general*. 10.<sup>a</sup> edición. Reppertor.
- Molina Fernández, F. (2020). Concurso de leyes y concurso de delitos. En *Memento Práctico Penal*, pp. 3250-3999. Francis Lefebvre.
- Rodríguez Vásquez, J. y Montoya Vivanco, Y. (2020). *Lecciones sobre el delito de trata de personas y otras formas de explotación. Dirigido a juezas y jueces penales*. Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ-DAD).

## Jurisprudencia

### **SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

- (2008, 18 de julio). Acuerdo Plenario N.º 1-2008/CJ-116.
- (2009, 13 de noviembre). Acuerdo Plenario N.º 4-2009/CJ-116.
- (2010, 16 de noviembre). Acuerdo Plenario N.º 2-2010/CJ-116.
- (2011, 6 de diciembre). Acuerdo Plenario N.º 3-2011/CJ-116.
- (2019, 10 de septiembre). Acuerdo Plenario N.º 06-2019/CJ-116.

### **SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

- (2018, 26 de octubre). Recurso de Nulidad N.º 743-2018-Lima.

### **SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

- (2017, 19 de diciembre). Recurso de Casación N.º 795-2017/Áncash.

# MÓDULO VII

Determinación de la reparación civil  
en casos de trata de personas y  
explotación



# MÓDULO VII

## Determinación de la reparación civil en casos de trata de personas y explotación

1. ¿Qué es la reparación civil derivada de los daños contenida en el Código Penal?
2. ¿Cómo está regulada la reparación civil de los daños en el Código Penal?
3. (Sigue) ¿Cómo está regulada la reparación civil en el caso de delitos de trata de personas y de explotación?
4. ¿Cómo un juez o jueza determina la responsabilidad civil para la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios?
5. (Sigue) ¿Cuál es la importancia del juicio de resarcibilidad en los casos de responsabilidad civil (indemnización de daños y perjuicios) cuando está de por medio el análisis del delito de trata de personas y explotación?
6. (Sigue) ¿Cuál es la importancia del juicio de causalidad en los casos de responsabilidad civil (indemnización de daños y perjuicios) cuando está de por medio el análisis del delito de trata de personas y explotación?
7. (Sigue) ¿Cuál es la importancia del juicio de imputación en los casos de responsabilidad civil (indemnización de daños y perjuicios) cuando está de por medio el análisis del delito de trata de personas y explotación?
8. ¿Cuáles son los componentes de la indemnización de daños y perjuicios?
9. (Sigue) ¿Cuáles son los componentes de la indemnización de daños y perjuicios cuando está de por medio el análisis del delito de trata de personas y de explotación?
10. ¿Cómo se prueban los componentes de la indemnización de daños y perjuicios?
11. (Sigue) ¿Cómo se prueban los componentes de la indemnización de daños y perjuicios cuando está de por medio el análisis del delito de trata de personas y explotación?
12. ¿Cuándo se justifica la cuantificación o estimación de los daños materiales y morales que componen la indemnización de daños y perjuicios?
13. (Sigue) ¿Cómo se estima el daño moral cuando está de por medio el análisis del delito de trata de personas y explotación?
14. (Sigue) ¿Cómo se cuantifican o estiman los daños materiales cuando está de por medio el análisis del delito de trata de personas y explotación?

# 1. ¿Qué es la reparación civil derivada de los daños contenida en el Código Penal?

La reparación civil es el conjunto de mecanismos de protección civil con los que cuentan las víctimas de daños derivados de conductas que, en el marco de un proceso penal, son analizadas para determinar si configuran delitos. Entonces, la reparación civil podrá proceder independientemente de que dichas conductas sean, finalmente, consideradas como delitos o no.

De este modo, si se establece que hay delito en el proceso penal (sentencia condenatoria) y se comprueba que el agente es responsable por la lesión a la víctima, entonces habrá lugar a la reparación civil. Así mismo, si no se llega a establecer que hay delito en el proceso penal (sentencia absolutoria o sobreseimiento), pero se comprueba que el agente es responsable por la lesión a los intereses de la víctima, entonces también procederá la reparación civil.

De lo anterior se pueden extraer tres consecuencias de vital importancia:

- En primer lugar, la reparación civil pone su foco de atención en la protección de la víctima que ha sufrido daño y no en si la conducta que lo produjo llegó a ser considerada como delito. De ahí que antes que de considerar a la reparación civil como *ex delicto*, resulta más gráfico entenderla como *ex damno*. La reparación civil no es una consecuencia, y menos accesoria, del delito.
- En segundo lugar, en el marco del proceso penal se pueden reconocer, por lo menos, dos finalidades. Por un lado, la determinación de la responsabilidad penal del agente (establecer si se ha producido un delito o no); por otro lado, la determinación de la reparación civil de la víctima (establecer si la víctima ha sufrido un daño y si el agente debe asumir la reparación civil por él).
- En tercer lugar, la reparación civil solo procederá en tanto se configuren los propios presupuestos y elementos de cada mecanismo de protección civil previsto legislativamente. Ello implica que, inclusive si se establece la responsabilidad penal del acusado, no cabe designar necesaria o automáticamente al responsable penal como obligado a la reparación civil.

Como se puede apreciar, si bien la reparación civil se analiza en el marco de un proceso penal, sigue una lógica que no depende del análisis dogmático que se requiere para establecer si una conducta califica como delito. La reparación civil es un tema civil que se discute en el marco de un proceso penal. El fundamento civil de la reparación se confirma con el hecho de que, legislativamente, el artículo 101 del Código Penal dispone que aquella se regula por las disposiciones pertinentes del Código Civil.

La reparación civil se atiende en el marco de un proceso penal, básicamente, por razones de celeridad procesal y de unidad de respuesta del ordenamiento jurídico (Del Río, 2010, p. 227). Si es posible que el juez que conoció de la conducta generadora de daño, independientemente de que dicha conducta haya sido considerada como delito, pueda pronunciarse sobre las formas de proteger a la víctima dañada,

entonces es conforme con la economía procesal que el juez atienda a establecer la reparación civil, siempre que se verifiquen los requisitos legalmente establecidos para ello.

En función de lo anterior, bien ha hecho nuestra judicatura al momento de reconocer que la reparación civil se encuadra en el marco de una acumulación heterogénea respecto de la pretensión penal conforme se ha indicado en el Acuerdo Plenario N.º 4-2019/CJ-116 (Corte Suprema de Justicia, 2019, fundamento 26). Desde esta perspectiva, el juez penal tiene competencia para pronunciarse tanto sobre la responsabilidad penal como acerca de la reparación civil. Sin embargo, debe ser cuidadoso de respetar los presupuestos y elementos de cada una de ellas y no condicionarlas recíprocamente.

A manera de resumen, podemos identificar que es posible cualquiera de los siguientes escenarios:

#### Posibles escenarios

Que haya responsabilidad penal + que proceda la reparación civil,  
o

Que haya responsabilidad penal + que no proceda la reparación civil,  
o

Que no haya responsabilidad penal + que proceda la reparación civil,  
o

Que no haya responsabilidad penal + que no proceda la reparación civil

Elaboración propia.

## 2. ¿Cómo está regulada la reparación civil en el Código Penal?

La reparación civil se encuentra regulada en el artículo 93 del Código Penal. De acuerdo con esta disposición normativa, ella comprende: (i) la restitución del bien (o, si no es posible, el pago de su valor); y, (ii) la indemnización de daños y perjuicios.

Tal como se puede apreciar, **la reparación civil no se identifica con la indemnización de daños y perjuicios**. Esta, la indemnización de daños y perjuicios, se encuentra comprendida en la reparación civil, pero no agota su contenido. La reparación civil va más allá de la indemnización de daños y perjuicios, ya que, según el diseño legislativo establecido en el Código Penal, también comprende la restitución derivada de un desequilibrio patrimonial, sea de forma específica (con el mismo bien) o por equivalente (reintegrando el valor económico del bien). Estamos ante dos tipos diferentes de protección de los intereses de la víctima: por un lado, la tutela resarcitoria (indemnización de daños y perjuicios), y, por otro lado, la tutela restitutoria (restitución por desequilibrio patrimonial).

Que la reparación civil no se limite a la indemnización por daños y perjuicios se confirma cuando se ha señalado que la extensión objetiva de la acción civil en el proceso penal comprende, por ejemplo, la restitución y la indemnización de daños (San Martín, 2015, pp. 273-274). La restitución consiste en reponer al estado de cosas que existía en el momento de la comisión del delito o a devolver la cosa a su legítimo propietario (que es el caso de los delitos contra el patrimonio) (San Martín, 2015, p. 273). La indemnización comprende todo evento lesivo producido por el delito e incluye daños materiales y morales del perjudicado, su familia e incluso de terceros, así como lucro cesante y daño emergente (San Martín, 2015, p. 274). La indemnización de daños y perjuicios atañe a la destrucción de algún aspecto de la esfera material o moral de un sujeto. La restitución por desequilibrio patrimonial implica el reequilibrio por la generación de una riqueza injustificada a partir de la lesión del poder de disposición de otro sujeto (Nicolussi, 1998).

Por ejemplo, cuando un sujeto es víctima de trata de personas con fines de explotación laboral, este experimenta, entre otras consecuencias nocivas, por un lado, la lesión a su derecho a la integridad física, si, por ejemplo, ha sufrido actos de violencia destinados a forzar la realización de la labor encomendada; por otro lado, se está realizando la explotación de su capacidad laboral, es decir, se está lesionando el poder de decidir la forma de ejercicio de su libertad de trabajo, lo cual está generando un enriquecimiento económico injustificado a favor del tratante. El primer caso se afronta a través de la **indemnización de daños y perjuicios**. Esta buscará compensar a la víctima por los daños a la integridad física sufridos por ella. En el segundo caso, la víctima puede ser protegida a través de la **restitución por el desequilibrio patrimonial** derivado del no pago de aquellos salarios (mínimos) que implicaron un ahorro para el tratante e, incluso, puede abarcar las ganancias ilícitas que la actividad de trata generó a su costa.

Conforme se puede apreciar, la **indemnización de daños y perjuicios** (tutela resarcitoria) y la **restitución por desequilibrio patrimonial** (tutela restitutoria) son

dos aspectos diferentes de la reparación civil; no solo porque legislativamente se los formula de forma diferenciada, sino porque estructuralmente suponen una serie de elementos diversos. En este punto, regresar al artículo 101 del Código Penal resulta indispensable, ya que, como habíamos adelantado, establece una remisión a las disposiciones del Código Civil para regir la reparación civil. Este dato es de especial importancia, pues **la legislación civil no solo dispensa una regulación general para la indemnización de daños y perjuicios, sino también una para la restitución por desequilibrio patrimonial.**



### Reparación civil

(Artículos 92 al 101 del Código Penal)

#### Tutela resarcitoria

Indemnización de daños y perjuicios  
(artículos 1969 al 1988 del CC)



#### Tutela restitutoria

Restitución por desequilibrio patrimonial  
(artículos 1954 y 1955 del CC)

Elaboración propia.



### Tomar en cuenta que...

La reparación civil en el proceso penal no se identifica en la indemnización de daños y perjuicios. Si bien la comprende, no se agota en ella. La reparación civil también abarca a la restitución por desequilibrio patrimonial.

Ahora bien, a pesar de algunos puntos en común que puede haber entre la **indemnización de daños y perjuicios y la restitución por desequilibrio patrimonial** (por ejemplo, ambas pueden manifestarse a través de obligaciones de dar sumas de dinero o, en ciertos casos, con obligaciones de dar, hacer o no hacer), las diferencias entre ambas son patentes. Nos centraremos en sus diferencias estructurales (los elementos que se requieren para la concesión de cada una de ellas) y en diferencias de contenido (los aspectos que cada una confieren a la víctima).

En primer lugar, abordemos las **diferencias estructurales**.

- Por un lado, la **indemnización de daños y perjuicios** requiere de la presencia de un daño resarcible, de una relación de causalidad entre el daño y el acto generador y un criterio de imputación, que son los elementos generales de la responsabilidad civil extracontractual (artículos 1969, 1970, 1971 y siguientes del Código Civil).
- Por otro lado, la **restitución por desequilibrio patrimonial** supone la constatación del enriquecimiento de una persona (lo que genera el desequilibrio patrimonial) a costa de otra y la ausencia de una justificación para el enriquecimiento, que no son otra cosa que los elementos subyacentes al enriquecimiento sin causa (artículo 1954 y siguientes del Código Civil).

En función de lo anterior, se puede comprobar que la **reparación civil no depende de la responsabilidad penal**. Este tipo de responsabilidad requiere, tradicionalmente, de la comprobación de una acción humana, típica, antijurídica y culpable. Sin embargo, ni la indemnización de daños y perjuicios ni la restitución por desequilibrio patrimonial requieren de los elementos antes mencionados. Si bien es cierto algunos de los elementos de la responsabilidad penal o de la reparación civil podrían coincidir en algún caso, lo cierto es que ello es tan solo eventual, por lo que se confirma que no existe dependencia alguna entre la responsabilidad penal y la reparación civil.



### Tomar en cuenta que...

Advertir que nos encontramos ante un supuesto de **restitución por desequilibrio patrimonial** (por ejemplo, la restitución de un bien) es importante porque para su concesión no se requerirá la acreditación de los elementos de la responsabilidad civil (daño resarcible, relación de causalidad entre daño resarcible y acto generador y criterio de imputación). Esto será de vital importancia para justificar la restitución de los salarios impagos, por ejemplo, en los casos de trata de personas y explotación.

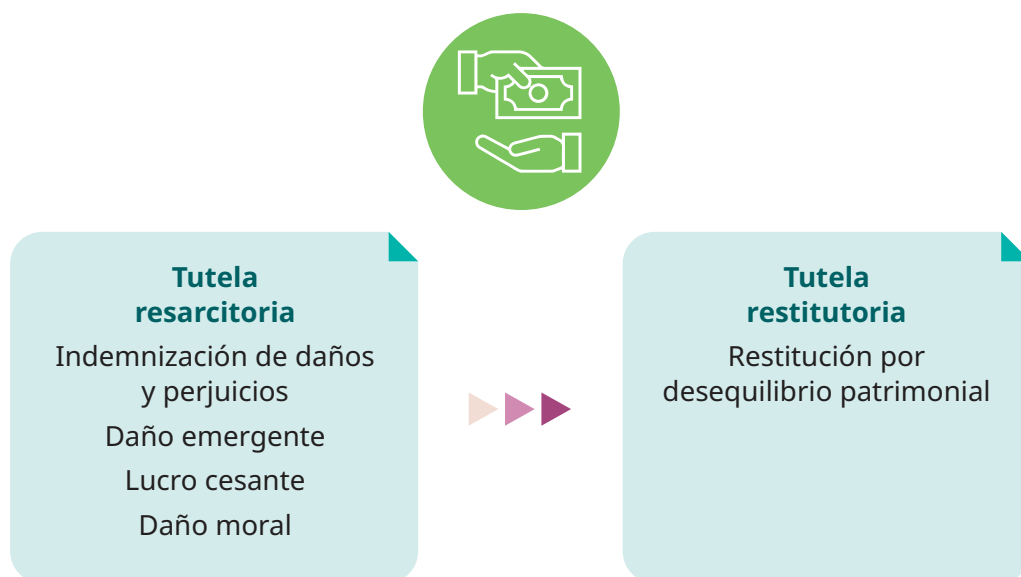
En segundo lugar, abordemos las **diferencias de contenido**.

Por un lado, la **indemnización de daños y perjuicios** está compuesta por los siguientes componentes: daños materiales o de contenido económico (el daño emergente y el lucro cesante) y daño inmaterial (también conocido como daño moral). Veamos el alcance de cada uno de estos conceptos.

- El “daño emergente”, en el marco de la responsabilidad extracontractual (aplicable para la responsabilidad civil objeto de análisis), puede ser concebido como la eliminación o el menoscabo (actual o futuro, en función de si se devenga antes o después de la emisión de la sentencia que establece la responsabilidad

civil) de un componente del patrimonio de la víctima como consecuencia del evento dañoso (lesión de un interés) (Campos, 2022, p. 11). Por ejemplo, si una víctima de trata no solo es privada de bienes de su propiedad al momento en que es captada, sino que estos son destruidos, el valor económico de aquellos permitirá conformar un daño emergente a favor de la víctima.

- El “lucro cesante”, a su turno, 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) (Campos, 2022, p. 12). Por ejemplo, si la persona venía realizando una actividad laboral y esta se ve suspendida por haber sido secuestrada por una organización de trata, se podrá advertir que la víctima de trata dejará de percibir la utilidad de la actividad laboral que venía realizando.
- El “daño moral”, bajo el esquema que se viene reproduciendo, es “aquel que afecta la esfera interna del individuo o que lesiona sus bienes vitales, entendiéndose por estos todos los que conciernen a su personalidad jurídica (los derechos de la personalidad), antes que a sus posesiones o titularidades materiales o a sus expectativas económicas” (León, 2016, p. 63). En consecuencia, el “daño moral” comprende, por un lado, el “daño moral puro o en sentido estricto (...), que consiste en el padecimiento anímico y temporal subsiguiente al evento dañoso” (León Hilario, 2016, p. 64); y, por otro lado, “[E]l daño moral en sentido amplio[,] que consiste en la violación de derechos de la personalidad” (León, 2016, p. 64). Por ejemplo, el daño por estrés postraumático que sufre una víctima de trata de personas luego de haber transitado por esta contemporánea forma de esclavitud.



Por otro lado, la restitución por desequilibrio patrimonial está compuesta, por lo menos, por los siguientes conceptos:

- El enriquecimiento o aumento del patrimonio que haya beneficiado al agente consistente en la correspondiente disminución patrimonial que haya sufrido la víctima (Fernández, 2015, pp. 112-113).
  - ▶ Por ejemplo, esto sucede cuando el tratante sustrae un bien de la víctima de trata: disminuye el patrimonio de la víctima (se le priva de un bien) y aumenta el patrimonio del agente (se le incorpora un bien).
  - ▶ Este concepto no es equivalente al daño emergente. En este último solo se constata una pérdida patrimonial sin que se haya trasladado al agente algún recurso que produzca un enriquecimiento en su patrimonio. Por ejemplo, si el bien de propiedad de la víctima de trata no fuese sustraído, sino destruido, estaríamos ante un claro caso de daño emergente.
- El enriquecimiento o no disminución del patrimonio del agente consistente en la evitación de una pérdida en su patrimonio (Fernández, 2015, pp. 112-113).
  - ▶ Por ejemplo, cuando el agente consume bienes de terceros o servicios de terceros con la finalidad de evitar incurrir en un gasto que le correspondía asumir. El costo evitado es aquello que corresponde ser restituido por concepto de desequilibrio patrimonial. Es el caso de los salarios impagos a las víctimas de trata con fines de explotación.
  - ▶ Este concepto no es equivalente al de lucro cesante. En el lucro cesante se aprecia alguna utilidad que probablemente iba a ingresar en el patrimonio del agente y no lo hace porque el daño se manifiesta. En el supuesto de desequilibrio patrimonial se evita una pérdida, no se frustra una utilidad.
- El enriquecimiento o aumento del patrimonio, aunque en la víctima no haya mediado alguna disminución de su patrimonio, derivado de la explotación que haya realizado el agente de un derecho de la víctima, pero sin que haya mediado su consentimiento o alguna otra razón que justifique tal aumento de patrimonio.
  - ▶ Por ejemplo, esto sucede cuando el agente explota dolosa y económicamente la propiedad, la imagen o algún otro derecho de la víctima (como puede ser la propiedad industrial o la autodeterminación de la persona, por ejemplo). Esto se aprecia, en los casos de trata de personas, cuando la explotación de la víctima produce ganancias a favor del tratante.
  - ▶ Este concepto tampoco es equivalente al de lucro cesante. En el caso de desequilibrio patrimonial, la víctima no iba a percibir algún rédito razonablemente en el futuro. Estamos ante ganancias ilícitamente obtenidas por el agente, no ante lucro cesante.



### **Tutela resarcitoria**

Indemnización de daños  
y perjuicios



### **Tutela restitutoria**

Restitución por  
desequilibrio patrimonial

- Aumento de patrimonio  
derivado de correlativa  
disminución patrimonial
- Aumento de patrimonio  
derivado de la evitación de  
una pérdida
- Aumento de patrimonio  
derivado de explotaciones  
indebidas

Elaboración propia.

## 2. (Sigue) ¿Cómo está regulada la reparación civil en el caso de delitos de trata de personas y de explotación?

La reparación civil en los delitos de trata de personas y de explotación ha merecido una intervención legislativa expresa. La Ley N.º 31146 modificó la Ley N.º 28950 e incorporó una disposición (artículo 9) que reconocía algunos conceptos que podrían ser parte de la reparación civil.



### Ley N.º 28950 Artículo 9. Reparación civil (Contenido mínimo)

Salarios impagos  
Costos que demande el tratamiento médico, siquiátrico y psicológico  
Costos de rehabilitación física, social y ocupacional  
Indemnización por la pérdida de oportunidades, empleo, educación y prestaciones sociales

Conforme se puede apreciar, se ha regulado el contenido de la reparación civil para la trata de personas y la explotación, bajo dos características: (i) el reconocimiento de una lista enunciativa (por ende, no taxativa) de conceptos que pueden ser reparados; y, (ii) el uso de una terminología no jurídica para evidenciar los conceptos que conforman la reparación civil. Ambos aspectos merecen ser comentados.

- En primer lugar, hay que destacar (y reiterar) que **los conceptos contemplados en la legislación no constituyen una lista cerrada de aquellos que puedan conformar la reparación civil.**
  - ▶ De hecho, tal como se verá más adelante, existen otros conceptos que pueden ser incluidos en la reparación civil derivada de delitos de trata y de explotación como, por ejemplo, los daños a la propiedad de las víctimas o las multas que los tratantes imponen, las cuales aumentan las deudas que las víctimas tienen respecto de ellos.

- ▶ Así mismo, la legislación especial no menciona ninguna manifestación del daño moral. Esto confirma que la lista no es cerrada, ya que es inconcebible admitir que no se produzcan daños de este tipo en los casos de trata de personas.
- En segundo lugar, si bien el hecho de que no se haya empleado una terminología jurídica para aludir a los conceptos mínimos que conforman la reparación civil ayuda a su mejor comprensión bajo una finalidad didáctica, esto **no implica que cada uno de aquellos no pueda ser reconducido a los componentes generales de la reparación civil.**
- ▶ Por ejemplo: (i) los salarios impagos son una forma de restitución de un desequilibrio patrimonial (aumento de patrimonio del agente a costa de la víctima); (ii) los costos que demanden los tratamientos médicos y los costos de rehabilitación son una manifestación del daño emergente; y, (iii) la pérdida de oportunidades, empleo, educación y prestaciones sociales, en función de los hechos del caso, pueden representar un escenario de daño emergente, lucro cesante o, incluso, daño moral.
- ▶ Estos ejemplos pueden ser esquematizados de la siguiente manera:

### Restitución por desequilibrio patrimonial



**Ley N.º 28950**  
Salarios impagos



**Código Civil**  
Restitución por desequilibrio patrimonial

Elaboración propia.

## Indemnización de daños y perjuicios



### Ley N.º 28950

Costos que demande el tratamiento médico, psiquiátrico y psicológico

Costos de rehabilitación física, social y ocupacional

Indemnización por la pérdida de oportunidades, empleo, educación y prestaciones sociales



### Código Civil

Daño emergente

Daño emergente

Daño emergente / Lucro cesante

Elaboración propia.

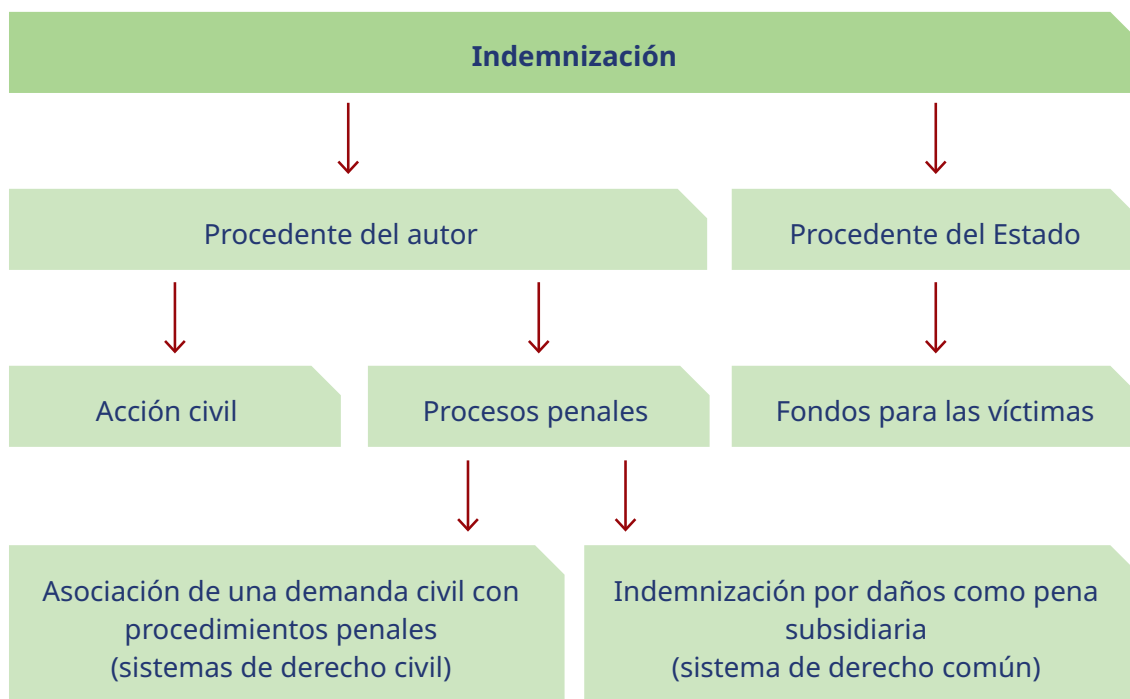
Una precisión adicional debe ser realizada. **La reparación civil a la que se refiere la disposición previamente expuesta alude solamente a una de las diversas formas en la que se puede conseguir dicha reparación.**

Recordemos que la Ley N.º 31146 también incluyó en la Ley N.º 28950 el artículo 10 (Bienes decomisados u objeto de extinción de dominio), según el cual en los delitos contra la dignidad humana:

(...) cuando el patrimonio del condenado resulte insuficiente para hacer efectiva la reparación civil, el juez ordenará al Programa Nacional de Bienes Incautados (Pronabi) o a la entidad que haga sus veces que el producto de la subasta de los bienes decomisados u objeto de extinción de dominio generados por dichos delitos sea destinado al pago de la reparación civil a las víctimas, de manera proporcional.

Como se puede apreciar, la modificación legislativa está destinada a hacer efectivo el pago de la reparación civil; no establece cuándo procede o qué conceptos alcanza.

Lo previamente expuesto es concordante con los modelos existentes a **nivel comparado, en los que la reparación puede provenir de los agresores o del Estado**. Cuando proviene de los agresores, la reparación se puede obtener en un proceso penal, en un proceso civil o en un proceso administrativo. Cuando proviene del Estado, se recurre a la constitución de fondos de compensación. De forma esquemática (OSCE/ODIHR, 2007, pp. 83-84), se han sistematizado las diversas alternativas del siguiente modo:



### 3. ¿Cómo un juez o jueza determina la responsabilidad civil para la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios?

Hemos visto que la reparación civil comprende la **indemnización por daños y perjuicios** y la **restitución por desequilibrio patrimonial**. A continuación, nos centraremos en la reparación civil consistente en la **indemnización por daños y perjuicios**, es decir, en la que se deriva de la tutela resarcitoria de los daños sufridos por la víctima. **También es denominada, simplemente, responsabilidad civil.**

La responsabilidad penal y la responsabilidad civil tienen diferentes funciones, estructura y operatividad. Así lo ha precisado el Acuerdo Plenario N.º 4-2019/CJ-116 (Corte Suprema de Justicia, 2019, fundamento 26). No es esta la ocasión para incidir en las diferencias. Por el contrario, lo que interesa destacar en esta oportunidad es la metodología que hay que seguir al momento de establecer la responsabilidad civil.

Así como en el derecho penal, para la determinación del delito, tradicionalmente se deben evaluar una serie de factores en un orden específico (acción humana, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), lo mismo sucede en el derecho civil respecto de la responsabilidad civil con miras a obtener una indemnización de daños y perjuicios. Para ello, se ha propuesto **un análisis en tres niveles o juicios: juicio de resarcibilidad, juicio de causalidad y juicio de imputación** (Campos, 2012, pp. 212-214).



**Juicio de resarcibilidad**

(artículo 1971-CC)

**Juicio de causalidad**

(artículos 1985, 1983 y 1978-CC)

**Juicio de imputación**

(artículos 1969, 1970 y 1981-CC)

Elaboración propia.

- En el **juicio de resarcibilidad** se identifican cuáles son los intereses jurídicamente relevantes que han sido lesionados y se establece si son susceptibles de protección por la responsabilidad civil. El juicio de resarcibilidad se caracteriza por ser atípico y bilateral.
  - ▶ Atípico, porque no hay un reconocimiento legislativo previo de qué intereses pueden ser objeto de protección por la tutela resarcitoria, por lo que se identifican caso por caso.
  - ▶ Bilateral, porque no solo se tienen que tomar en consideración los intereses de la víctima, sino que se debe realizar una valoración comparativa con los intereses del agente.
  - ▶ La base legal del juicio de resarcibilidad se encuentra en el artículo 1971 del Código Civil, según el cual no hay responsabilidad en los casos de ejercicio regular de un derecho, legítima defensa y estado de necesidad justificante.
- En el **juicio de causalidad** tiene como objetivo establecer al causante o a los causantes materiales (esto implica un análisis desde el punto de vista fáctico) del daño.
  - ▶ Para ello se estudian los siguientes elementos: el daño resarcible (que debe ser cierto y especial), el acto generador (que puede ser lícito o ilícito) y la relación de causalidad (que es el nexo entre el daño y el acto generador).
  - ▶ De acuerdo con el entendimiento general del artículo 1985 del Código Civil, el parámetro para fijar la relación de causalidad es el de la causa adecuada; es decir, un evento será considerado causa del daño si existe una relación de regularidad o normalidad causal (León, 2016, pp. 84-90).

- ▶ En consecuencia, no habrá responsabilidad en caso haya mediado un caso fortuito, una fuerza mayor, el hecho determinante de tercero o el hecho de la propia víctima (artículo 1972 del Código Civil).
- En el **juicio de imputación** se analizan las justificaciones para trasladar el coste económico de los daños de la víctima al responsable (Fernández, 2005, pp. 237-272; Fernández y León, 2005, pp. 9-75). El elemento que se analiza en esta sede es el criterio de imputación.
  - ▶ En este momento se establece si la responsabilidad civil es por hecho propio (si el responsable es también el causante del daño) o por hecho ajeno (si el responsable no ha sido causante del daño).
  - ▶ En el primer caso (responsabilidad por hecho propio), la responsabilidad puede ser subjetiva, basada en el dolo o la culpa (artículo 1969 del Código Civil), u objetiva, basada en el riesgo o en la exposición al peligro (artículo 1970 del Código Civil).
  - ▶ En el segundo caso (responsabilidad por hecho ajeno), la responsabilidad es objetiva y está basada en la garantía (artículo 1981 del Código Civil).



### Tomar en cuenta que...

Desde la perspectiva de la responsabilidad civil, una persona actúa con culpa si, estando el agente y la víctima en posibilidad de prevenir el daño, el agente no asumió las medidas de prevención para evitarlo (Fernández, 2005, pp. 237-272). A su turno, una persona realiza una actividad riesgosa o peligrosa si es la única que tenía la capacidad de evitar la generación del daño y no asumió las medidas de prevención (Fernández y León, 2005, pp. 9-75). Los supuestos de responsabilidad por culpa o por actividades riesgosas o peligrosas no están tipificados legalmente, siendo que corresponde al juez valorar las capacidades de prevención de los sujetos en cada caso en particular. La garantía, por su parte, prescinde de la valoración de la conducta del principal y se sustenta en la especial posición que existe entre el principal y el dependiente, dada la relación de encargo (actuar por cuenta ajena) que existe entre ambos (Fernández, 2019, p. 188).

En consecuencia, cada vez que se tenga que analizar la responsabilidad civil para obtener una indemnización de daños y perjuicios, se debe transitar necesariamente por cada uno de los niveles de análisis reseñados.

La parte civil, al momento de formular su pretensión de reparación civil en el extremo que se refiere a la responsabilidad civil (Espinoza, 2019, pp. 751-752), deberá justificar (a nivel fáctico y jurídico) todos y cada uno de los juicios enunciados, así como los elementos que los componen.

A su turno, el juez o jueza, cuando deba pronunciarse sobre ella, deberá realizar una motivación suficiente sobre cada elemento, so pena de incurrir en alguna patología de la motivación. Si la motivación judicial debe ser racional (Ferrer, 2019, pp. 16-18), entonces el juez no puede dejar de pronunciarse de forma analítica respecto de cada uno de los niveles de análisis y elementos de la responsabilidad civil.



### Tomar en cuenta que...

Fundamentar la reparación civil reproduciendo, por un lado, algunas disposiciones normativas del Código Penal o del Código Procesal Penal, y, por otro lado, las conclusiones de Acuerdos Plenarios, constituye un supuesto de motivación aparente. El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N.º 00728-2008-HC, respecto de esta patología en la motivación, indicó lo siguiente: “Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico” (Tribunal Constitucional, 2008, fundamento 7).

Finalmente, debemos reiterar que la necesidad de realizar un análisis propio y autónomo de la responsabilidad civil se presenta tanto en los casos en los que se haya emitido una sentencia penal condenatoria como en aquellos en los que esta haya sido absolutoria.

- **Si la sentencia penal fue condenatoria, ello no implica que se deba prescindir de un análisis propio de la responsabilidad civil dirigido a establecer si procede o no la indemnización de daños y perjuicios.**
  - ▶ Independientemente de la responsabilidad penal, hay aspectos de la responsabilidad civil que no siempre se analizan al momento de establecer la responsabilidad penal. Por ejemplo, la existencia de un daño. De ahí que es posible que, configurado un delito, ello no determine la existencia de responsabilidad civil alguna si no ha mediado daño (daño emergente, lucro cesante o daño moral).
  - ▶ Esto puede suceder, conforme se ha tenido oportunidad de precisar en el Acuerdo Plenario N.º 6-2006/CJ-116, en algunos supuestos en los que medie un delito de peligro (Corte Suprema de Justicia, 2006, fundamento 10). Y es que si bien “no cabe descartar la existencia de responsabilidad civil en esta clase de delitos”, de ello se desprende que en aquel escenario en el que no se pueda identificar que haya un daño (cierto y especial), no cabe afirmar ninguna responsabilidad civil.

- Si la sentencia penal fue absolutoria, la posibilidad de establecer la responsabilidad civil se mantiene intacta.
  - ▶ Conforme ha señalado el Acuerdo Plenario N.º 4-2019/CJ-116: “[S]e reconoce, por tanto, la posibilidad real de que pese a un sobreseimiento o una absolución —en función de los diferentes criterios de imputación del derecho penal y el derecho civil— corresponda imponer una reparación civil” (Corte Suprema de Justicia, 2019, fundamento 30).
  - ▶ Al respecto, se puede añadir que **no solo es un aspecto que depende de los diferentes criterios de imputación** (por ejemplo, puede ser que el tipo penal sea solo doloso y que la conducta del agente solo sea culposa, por lo que, no habiendo responsabilidad penal, podrá darse un supuesto de responsabilidad civil), **sino de los otros elementos de cada una de las responsabilidades bajo examen** (puede ser que no se configure la responsabilidad penal porque la conducta no sea típica, pero ello no implica que a nivel de la responsabilidad civil se pueda constatar la existencia de un daño cierto y especial que se rige por ser atípico).



### Tomar en cuenta que...

Según lo indicado por el Acuerdo Plenario N.º 4-2019/CJ-116: “La competencia funcional para definir, con la intervención de las partes legitimadas, las bases de la pretensión civil —admisibilidad y procedencia— y la admisión de los medios de prueba corresponden, como es lógico, al juez de la investigación preparatoria en cuanto tiene el señorío de la etapa intermedia. Acto seguido, la decisión acerca de la fundabilidad o no de la reparación civil incumbe al juez penal en el curso de la audiencia correspondiente. Si el fiscal introdujo la pretensión penal y la pretensión civil en su acusación al juez penal, unipersonal o colegiado, corresponderá decidir al juez penal competente según la entidad del delito acusado (confróntese artículo 28, numerales 1 y 2, del CPP). Empero, si clausurada la pretensión penal tras el auto de sobreseimiento y, por tanto, admitida y declarada procedente, cuando sea de rigor, la pretensión civil en la etapa intermedia —con la definición de los medios de prueba que deberán actuarse—, es de reiterar que en el acto oral solo se debatirá —actuación probatoria y alegación sobre ella— la pretensión civil —con la intervención como parte demandante del actor civil o, en su defecto, del Ministerio Público, según correspondiere—. En estos casos la competencia funcional siempre estará a cargo del juez penal unipersonal, que es la pauta seguida en la justicia civil: solo un juez conoce en primera instancia de la pretensión civil” (Corte Suprema de Justicia, 2019, fundamento 31).

## 4. (Sigue) ¿Cuál es la importancia del juicio de resarcibilidad en los casos de responsabilidad civil (indemnización de daños y perjuicios) cuando está de por medio el análisis del delito de trata de personas y explotación?

En el marco del análisis del delito de trata de personas y de explotación se identifica como bien jurídicamente protegido a la **dignidad de las personas** (ahora, según expresa disposición de la Ley N.º 31146). En consecuencia, si se llega a determinar la responsabilidad penal del agresor, ello implica que se ha reconocido que se ha afectado la dignidad de la víctima o de las víctimas.

Si se traslada este factor al análisis de la responsabilidad civil, es necesario formular algunas precisiones con relación al **juicio de resarcibilidad**. Recordemos que este nivel de análisis tiene como objetivo, conforme se ha indicado previamente, identificar cuáles son los intereses jurídicamente relevantes que han sido lesionados y establecer si son susceptibles de protección por la tutela resarcitoria.

- En primer lugar, si se ha establecido la responsabilidad penal por el delito de trata de personas, entonces es necesario reconocer que, a nivel de la responsabilidad civil, **la dignidad humana es uno de los intereses, cuya relevancia jurídica es indiscutible, que ha sido lesionado por el agresor**. En este supuesto la constatación es automática, dada la relevancia jurídica de la dignidad humana. En consecuencia, a nivel del juicio de resarcibilidad, ya se ha constatado la lesión a la base de los derechos de la personalidad que deberá tenerse en cuenta al fijarse la responsabilidad civil del agresor.
- En segundo lugar, y sin perjuicio de lo anterior, **no solamente la dignidad de la persona es la que se puede haber visto lesionada con ocasión del delito de trata de personas, sino que otros intereses jurídicamente relevantes también se pueden haber visto comprometidos**. Para ello será necesario prestar atención a la naturaleza compleja del delito de trata de personas. Veamos, solo a manera de ejemplo, qué otros intereses se pueden haber visto lesionados en atención a algunos de los medios empleados en el delito de trata de personas.

Medios	Daños
Violencia	Se lesiona la integridad física.
Amenaza (otras formas de coacción)	Se lesiona la integridad psicológica.
Privación de la libertad	Se lesiona la libertad ambulatoria.
Fraude o engaño	Se lesiona la autonomía.

Elaboración propia.

- En tercer lugar, y en la misma línea previamente expuesta, **en los casos de explotación también se afectan otros intereses jurídicamente relevantes diferentes de la dignidad humana.** De nuevo, a manera de ejemplo, veamos qué otras situaciones jurídicas se pueden ver lesionadas, pero ahora tomando en cuenta las conductas subyacentes al delito de explotación.

Fines	Daños
Obligar a una persona a ejercer actos de connotación sexual.	Se lesiona la integridad física y síquica.
Someter u obligar a una persona a realizar un trabajo o prestar un servicio, sea retribuido o no.	Se lesiona la autonomía y el derecho al trabajo.

Elaboración propia.

- En cuarto lugar, se debe afirmar que **el juez penal tiene la competencia para pronunciarse sobre qué otras situaciones jurídicas se han lesionado al momento del análisis del juicio de resarcibilidad en la determinación de la responsabilidad civil,** independientemente del bien jurídicamente protegido por el delito de trata de personas o de explotación. Esto se sustenta en el hecho de que la pretensión de reparación civil (lo que abarca, pero no se limita, a la indemnización de daños y perjuicios) implica una acumulación heterogénea respecto de la pretensión penal, por lo que el juez penal tiene competencia para pronunciarse sobre ambos aspectos.
- Finalmente, **en caso no se haya configurado el delito de trata de personas o de explotación, el juez o jueza igualmente se encuentran obligados a identificar cuáles han sido los intereses dañados en la víctima, dentro del juicio de resarcibilidad, al momento de analizar la procedencia de la responsabilidad civil para imponer la indemnización de daños y perjuicios.** Recordemos que es posible que se conceda a favor de la víctima una indemnización de daños y perjuicios, a pesar de que no haya responsabilidad penal del agente. El juez o jueza penal tiene competencia para ello.



### Tomar en cuenta que...

El análisis que debe realizar el juez o la jueza de los intereses que han sido lesionados a efectos de establecer la responsabilidad civil (juicio de resarcibilidad) no se debe limitar al bien jurídicamente protegido por el delito, sino que debe responder a un análisis de las conductas, medios y fines implicados en el delito de trata de personas y de explotación. No solo debe analizarse las conductas o los medios o los fines, sino que tiene que efectuarse un análisis de forma global.



## Tomar en cuenta que...

Si no se realiza una adecuada identificación de todas las situaciones jurídicas que puedan haber sido lesionadas al momento de la comisión del delito de trata de personas o de explotación, la responsabilidad civil no cumplirá la función compensatoria que está llamada a cumplir. En consecuencia, se arribará a pronunciamientos subcompensatorios, es decir, decisiones judiciales que no resguarden los intereses de las víctimas. Téngase presente que en el marco del proceso penal no solo se debe determinar la responsabilidad del autor, sino una adecuada indemnización de daños y perjuicios a favor de las víctimas.

## 5. (Sigue) ¿Cuál es la importancia del juicio de causalidad en los casos de responsabilidad civil (indemnización de daños y perjuicios) cuando está de por medio el análisis del delito de trata de personas y explotación?

Respecto del delito de trata de personas y de explotación se han precisado las particularidades que tienen las formas de intervención delictiva (autoría y participación), dado que en estos delitos se ha optado legislativamente por el concepto unitario de autor (Rodríguez y Montoya, 2020, pp. 48-50). Así, por ejemplo, con relación a las conductas de promoción, favorecimiento o facilitación y financiamiento se han identificado manifestaciones de instigación para la primera y de complicidad para la segunda y la tercera (Rodríguez y Montoya, 2020, pp. 69-74).

El análisis que sobre el particular se realice en el ámbito de la determinación de la responsabilidad penal tendrá una incidencia directa al momento de transitar por el **juicio de causalidad** en el análisis de la reparación civil en su manifestación de la indemnización de daños y perjuicios. Como se recuerda, el juicio de causalidad tiene como objetivo establecer el causante material, es decir, desde el punto de vista de los hechos, del daño. Por ello, en este nivel de análisis se estudia el daño, el acto generador y la relación de causalidad entre el daño y el acto generador.

En particular, corresponde realizar tres precisiones:

- En primer lugar, de conformidad con el artículo 1983 del Código Civil: “Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente”.
- ▶ Si bien esto implica que respecto de la víctima de trata o de explotación esta podrá reclamar la indemnización de daños y perjuicios a cualquiera de los que han sido considerados como responsables del daño (responsabilidad

solidaria), ello no implica que no se pueda establecer el nivel de participación de aquellos en la generación del daño con miras a establecer relaciones internas entre quienes permitan algún tipo de subrogación entre los responsables del daño.

- ▶ Por ello, a continuación el citado artículo agrega lo siguiente: “[E]mpero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales”.
- En segundo lugar, a partir de lo anterior, nótese que **le corresponde al juez o jueza, cuando se pronuncie sobre la indemnización de daños y perjuicios, establecer el nivel de participación —por ejemplo, en términos porcentuales— en el daño causado de cada uno de los responsables.** De no hacerlo, no significa que no se realice un reconocimiento del tipo de participación, sino que se entenderá que todos intervinieron por igual, pero ello podría ser incongruente con el hecho de que en la determinación de la responsabilidad penal se hayan identificado, por ejemplo, diferentes niveles de intervención delictiva.



### Tomar en cuenta que...

Si el juez ha fijado diversas formas de intervención delictiva, deberá necesariamente controlar —al momento de establecer la indemnización de daños y perjuicios— si en la generación del daño hubo una misma o diferenciada participación por parte de los responsables. De no hacerlo, y no justificar las razones por las que no lo hace, se incurriría en un supuesto de motivación insuficiente. El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 00728-2008-HC, respecto de esta patología en la motivación, indicó lo siguiente: “Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la **insuficiencia, vista aquí en términos generales, solo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la ‘insuficiencia’ de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo**” (Tribunal Constitucional, 2008, fundamento 7).

- En tercer lugar, en atención al artículo 1978 del Código Civil, se dispone que: “También es responsable del daño aquél que incita o ayuda a causarlo. El grado de responsabilidad será determinado por el juez de acuerdo con las circunstancias”.
- ▶ Tal como se puede apreciar, **a efectos de la determinación de la responsabilidad civil, el incitador o el partícipe son considerados como**

**responsables.** En consecuencia, de una lectura concordada con el artículo 1983 del Código Civil, **al ser responsables, aquellos también responderán solidariamente de la indemnización de daños y perjuicios.** Pero, dado que su nivel de intervención es diferente de aquel que pueda ser considerado como autor, corresponde al juez o jueza establecer el “grado de responsabilidad” con relación a la producción del daño.

- ▶ Si bien participarán como deudores solidarios respecto de la víctima y no podrán oponer su diferente nivel de intervención respecto de esta al momento en que solicite el pago de la indemnización de daños y perjuicios, ello no implica que no se deba fijar el distinto grado de responsabilidad. **En caso no se realice una lectura concordada con el artículo 1983 del Código Civil, se podría llegar al absurdo de considerar que los incitadores o los partícipes responderán de forma mancomunada (y no solidaria) de la indemnización de daños y perjuicios, a pesar de haber sido considerados responsables.**



### Tomar en cuenta que...

Que se establezcan diversas relaciones internas entre los responsables de la indemnización de daños y perjuicios en función de su participación en el daño, no afecta el derecho de la víctima, ya que respecto de ella la obligación indemnizatoria es siempre solidaria.

## 6. (Sigue) ¿Cuál es la importancia del juicio de imputación en los casos de responsabilidad civil (indemnización de daños y perjuicios) cuando está de por medio el análisis del delito de trata de personas y explotación?

Los delitos de trata de personas y de explotación son delitos dolosos, siendo que no se acepta ninguna modalidad culposa o negligente (Montoya et al., 2017, p. 115).

Nuevamente, la constatación que se ha realizado con relación a los delitos materia de análisis tendrá una incidencia particular en el **juicio de imputación** al momento de establecer la indemnización de daños y perjuicios. Como se señaló, el juicio de imputación tiene como objetivo justificar el traslado del coste económico del daño de la víctima al responsable. En este escenario, se estudian los criterios de imputación. Bajo este contexto, corresponde realizar dos precisiones:

- En primer lugar, sin perjuicio del estándar probatorio que se establezca para la corroboración del dolo con fines del establecimiento de la responsabilidad penal, lo cierto es que en determinado porcentaje de casos dicho estándar no podrá ser superado, por lo que no se podrá determinar este tipo de responsabilidad, sin perjuicio de que los otros elementos del tipo se hayan verificado.
  - ▶ Sin embargo, como se adelantó, **ello no impide que se pueda realizar un análisis de la responsabilidad civil, toda vez que esta no requiere del dolo para su configuración, siendo perfectamente posible la activación de la tutela resarcitoria a título de culpa, riesgo o exposición al peligro e, incluso, garantía.**
  - ▶ Esta constatación tiene, por lo menos, dos efectos prácticos: (i) ampliar las posibilidades para justificar la indemnización de daños y perjuicios, a pesar de que no se haya constatado la responsabilidad penal; y, (ii) apreciar que la responsabilidad civil puede perfectamente establecerse respecto de personas jurídicas, lo cual tiene su correlato con la identificación del tercero civilmente responsable.



### Tomar en cuenta que...

Desde la perspectiva de la responsabilidad civil, una persona actúa con culpa si, estando el agente y la víctima en posibilidad de prevenir el daño, el agente no asumió las medidas de prevención para evitarlo (Fernández, 2005, pp. 237-272). A su turno, una persona realiza una actividad riesgosa o peligrosa si es la única que tenía la capacidad de evitar la generación del daño y no asumió las medidas de prevención (Fernández y León, 2005, pp. 9-75). Los supuestos de responsabilidad por culpa o por actividades riesgosas o peligrosas no están tipificados legalmente, siendo que corresponde al juez valorar las capacidades de prevención de los sujetos en cada caso en particular. La garantía, por su parte, prescinde de la valoración de la conducta del principal y se sustenta en la especial posición que existe entre el principal y el dependiente, dada la relación de encargo (actuar por cuenta ajena) que existe entre ambos (Fernández, 2019, p. 188).

- En segundo lugar, si nos centramos en la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad civil, hay que recordar que, de conformidad con la segunda parte del artículo 1969 del Código Civil: “[E]l descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”. Esta constatación es central, ya que se aleja de los lineamientos metodológicos propios del derecho penal, en los que rige una “presunción de inocencia” y la imputación subjetiva (dolo o culpa) debe ser probada.

- ▶ **En la responsabilidad civil rige una inversión de la carga de la prueba de la culpa al momento de fijar la responsabilidad civil.**
- ▶ Esto implica dos consecuencias: (i) el juez o la jueza deberá valorar, por igual, los medios probatorios destinados a acreditar que la conducta ha sido culposa y aquellos que tienen como objetivo acreditar la hipótesis consistente en que el imputado como responsable no es culpable; y, (ii) **en caso, hacia el final de la valoración de los medios probatorios, el juez o la jueza no haya determinado si hubo culpa o no en el supuesto agente, entonces se deberá dar por corroborada la culpa del considerado como causante del daño.**
- ▶ Esto es el resultado de entender a la carga de la prueba, en su versión objetiva, como un mandato al juez dirigido a resolver los casos ante la falta de corroboración de un dato fáctico.



### Tomar en cuenta que...

En la responsabilidad civil por culpa, esta debe ser probada sobre la base de los medios probatorios aportados al proceso. No opera en este supuesto ninguna presunción de inocencia a favor del sindicado como responsable. Por el contrario, en caso no se haya establecido los medios probatorios para afirmar o negar que medió una actuación culposa, el juez deberá considerar acreditada la culpa y, en consecuencia, declarar la responsabilidad del agente (siempre que se hayan acreditado los demás elementos de la responsabilidad civil).

## 7. ¿Cuáles son los componentes de la indemnización de daños y perjuicios?

Una vez que se ha establecido la responsabilidad civil, luego de culminar exitosamente el tránsito de los juicios de resarcibilidad, causalidad e imputación, corresponde establecer el alcance de la indemnización de daños y perjuicios que deberá asumir quien haya sido considerado como responsable.

Ahora bien, la indemnización de daños y perjuicios, a la que se alude en el artículo 93 del Código Penal, no identifica los componentes que la conforman. Por ello, recurriendo a las disposiciones del Código Civil en virtud del artículo 101 del Código Penal, se puede afirmar que la indemnización de daños y perjuicios está conformada por dos tipos de daños: los materiales y los inmateriales.

Los daños materiales, caracterizados por tener un componente económico, son el daño emergente y el lucro cesante. Los daños inmateriales, por su parte, son los daños morales que —en complemento a la categoría anterior— no tienen una connotación económica.



### **Daños materiales**

Daño emergente  
Lucro cesante

### **Daños morales**

Daño moral

Elaboración propia.

A continuación, reiteramos únicamente los perfiles conceptuales de cada uno de estos componentes, que ya han sido explicados —con ejemplos— líneas arriba:

- El “daño emergente” consiste en la eliminación o el menoscabo (actual o futuro, en función de si se devenga antes o después de la emisión de la sentencia que establece la responsabilidad civil) de un componente del patrimonio de la víctima como consecuencia del evento dañoso (lesión de un interés).
- El “lucro cesante” 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” y “lucro cesante futuro”.
- El “daño moral” es “aquel que afecta la esfera interna del individuo o que lesiona sus bienes vitales, entendiéndose por estos todos los que conciernen a su personalidad jurídica (los derechos de la personalidad), antes que a sus posesiones o titularidades materiales o a sus expectativas económicas” (León, 2016, p. 63).

## **8. (Sigue) ¿Cuáles son los componentes de la indemnización de daños y perjuicios cuando está de por medio el análisis del delito de trata de personas y de explotación?**

Como premisa, hay que reconocer que la indemnización de daños y perjuicios, en un contexto como el descrito (delitos de trata y explotación), cumple una diversidad de funciones que han sido sistematizadas (Naciones Unidas/ODD, 2009, p. 423) de la siguiente manera: (i) desde el punto de vista social, al otorgarse una indemnización se reconoce que la trata es un delito; (ii) desde una perspectiva humana, se reconoce el sufrimiento de la víctima, y la indemnización puede constituir un primer paso en

el proceso de superación del traumatismo y los abusos sufridos; (iii) en la práctica, la indemnización puede ayudar a las víctimas a rehacer su vida; y, (iv) como justo castigo, la indemnización abonada por los tratantes puede representar una forma de sanción y disuasión a otros tratantes.

Ahora bien, desde una perspectiva general, se afirma que la reparación civil en los casos de trata de personas (y, por extensión, a los delitos de explotación) puede estar conformada por indemnizaciones materiales (*material damages*) e indemnizaciones morales (*moral damages*) (UNODC, 2009, p. 53; La Strada International, 2018, p. 18). A nivel específico, se ha identificado (UNODC, 2009, p. 55) una serie de componentes de la reparación civil, los cuales han sido sistematizados (La Strada International, 2018, p. 19) de la siguiente manera:

Indemnización material	Indemnización moral
Costos médicos del tratamiento físico, psicológico o psiquiátrico requerido por la víctima.	Lesión física o psicológica
Costos de la terapia física y ocupacional o de la rehabilitación requerida por la víctima.	Dolor y sufrimiento
Pérdida de ingresos y salarios adeudados acorde con la legislación nacional y la regulación de salarios.	Angustia emocional
Honorarios de abogados y otros costos relacionados con la participación de la víctima en procedimientos criminales.	Lesión a la reputación
Costes de transporte necesario, cuidado temporal de los niños, alojamiento temporal de la víctima.	
Pérdida de ingresos futuros debido a la pérdida de capacidad para obtenerlos.	

Con la finalidad de conciliar los conceptos que se han indicado con las categorías jurídicas previstas en el ordenamiento peruano, que distingue entre la **indemnización de daños y perjuicios** (daños materiales y daños morales) y la **restitución por desequilibrio patrimonial**, proponemos la siguiente sistematización:

- Con relación a los componentes de la indemnización de daños y perjuicios tenemos lo siguiente:

Indemnización de daños y perjuicios		
Daños materiales	Ley N.º 28950	Código Civil
Costos de tratamiento médico, físico, psicológico o psiquiátrico de la víctima.	Costos que demande el tratamiento médico, psiquiátrico y psicológico.	Daño emergente
Costes de la terapia física y ocupacional o de la rehabilitación requerida por la víctima.	Costos de rehabilitación física, social y ocupacional.	Daño emergente
Costes de transporte necesario, cuidado temporal de los niños, alojamiento temporal de la víctima.	No contemplado pero posible de ser reclamado (la lista no es taxativa).	Daño emergente

Indemnización de daños y perjuicios		
Daños materiales	Ley N.º 28950	Código Civil
Pérdida de ingresos futuros por pérdida de la capacidad de obtenerlos derivados de daños a la persona.	No contemplado pero posible de ser reclamado (la lista no es taxativa).	Lucro cesante (base de cálculo)
Cualquier otro coste o pérdida sufrida por la víctima como resultado directo de haber sido víctima de la trata y que el tribunal haya valorado razonablemente.	Indemnización por la pérdida de oportunidades, empleo, educación y prestaciones sociales.	Daño emergente / Lucro cesante

Elaboración propia.

Indemnización de daños y perjuicios		
Daños morales	Ley N.º 28950	Código Civil
Lesión física o psicológica	No contemplado pero posible de ser reclamado (la lista no es taxativa).	Daño moral en sentido amplio (daño a la integridad)
Dolor y sufrimiento	No contemplado pero posible de ser reclamado (la lista no es taxativa).	Daño moral en sentido estricto
Angustia emocional	No contemplado pero posible de ser reclamado (la lista no es taxativa).	Daño moral en sentido estricto
Lesión a la reputación	No contemplado pero posible de ser reclamado (la lista no es taxativa).	Daño moral en sentido amplio (daño a derecho de la personalidad)

Elaboración propia.

- Con relación a los componentes de la restitución por desequilibrio patrimonial tenemos lo siguiente:

Restitución por desequilibrio patrimonial		
Tipo de desequilibrio	Ley N.º 28950	Código Civil
Pérdida de ingresos y salarios debidos según la legislación nacional y la normativa sobre salarios.	Salarios impagos.	Restitución por desequilibrio patrimonial
Honorarios de abogados y otros costes o gastos relacionados con la participación de la víctima en el proceso penal.	No contemplado pero posible de ser reclamado (la lista no es taxativa).	Restitución por desequilibrio patrimonial

Elaboración propia.

En función del panorama descrito, se podrá corroborar que los salarios impagos (que forman parte de la reparación civil) no son un componente de la indemnización de daños y perjuicios. De ahí que se haya sostenido previamente que su recuperación se logra a través de la restitución por desequilibrio patrimonial.

- **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 de que dichos salarios no preexistan 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 (Campos, 2022, p. 12).
- **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 daño. 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 de incentivar la realización de este tipo de actividades y restar relevancia a la dignidad humana como bien jurídicamente tutelado en este delito (Campos, 2022, p. 13).



### Tomar en cuenta que...

El hecho de que se diferencie entre la indemnización de daños y perjuicios y la restitución por desequilibrio patrimonial tiene como una de sus consecuencias prácticas que para solicitar los componentes que conforman esta última no es necesario transitar por los elementos de la responsabilidad civil (juicio de resarcibilidad, juicio de causalidad y juicio de imputación). Únicamente es necesario comprobar: (i) el enriquecimiento de una persona; y, (ii) la ausencia de una justificación para el enriquecimiento.

## 9. ¿Cómo se prueban los componentes de la indemnización de daños y perjuicios?

La prueba de los componentes de la indemnización de los daños y perjuicios se enmarca en la perspectiva general que corresponde a la denominada concepción racional de la prueba (Ferrer, 2019, pp. 21-23) que, por oposición a la concepción persuasiva de la prueba, tiene a la búsqueda de la verdad como uno de sus objetivos centrales.

En este contexto, la valoración de la prueba se caracteriza, por lo menos, por dos elementos: (i) la necesidad de realizar una valoración analítica, individual y conjunta,

de los medios probatorios disponibles en el proceso; y, (ii) el reconocimiento de que el razonamiento probatorio es inductivo y, con ello, siempre inferencial (Ferrer, 2007, pp. 91-138).

Desde esta perspectiva, **la prueba de los daños materiales (daño emergente, lucro cesante) y de los daños morales se realizará a partir de las inferencias probatorias que realice el juez o la jueza, debidamente motivadas, a partir de los medios probatorios destinados a la corroboración de las hipótesis formuladas en el proceso.**

De este modo, el razonamiento inductivo descrito no solo se apreciará en las denominadas presunciones judiciales o —en general— en los sucedáneos de medios probatorios, sino también al momento en que se valoren los medios probatorios típicos (documentos, declaraciones de parte, declaraciones de testigos, pericias, inspecciones judiciales).

Sin embargo, se debe distinguir —entre los estudios especializados y pronunciamientos judiciales alrededor de la prueba de los componentes de la indemnización de daños y perjuicios— aquellos que brindan criterios útiles para la solución de casos concretos de aquellos que desvían el análisis en cuanto a la probanza de los componentes de la indemnización de daños y perjuicios. Lo determinante es que se haga énfasis en el alcance del razonamiento probatorio inferencial que se acaba de reseñar.

Un ejemplo de lo primero (criterios útiles para la solución de casos concretos) se puede apreciar en lo siguiente:

- Con relación a la prueba del daño emergente se indica que se recurre a una prueba histórica destinada a acreditar un suceso que sustrae una entidad que la víctima ya poseía al momento de acaecer el daño. En lo que concierne al lucro cesante se determina en función de un juicio de probabilidad respecto de los hechos constitutivos del lucro (Fernández, 2017, pp. 39-41).
- Aquí habría que precisar, en función de lo expuesto líneas arriba, que no es la sustracción, sino la destrucción (actual o futura) de la entidad, lo que determina la existencia del daño emergente. A su turno, se puede complementar lo indicado señalando que, dado que el razonamiento probatorio implica un análisis inferencial, entonces el juicio de probabilidad no es exclusivo del lucro cesante, sino que también se puede presentar en la comprobación del daño emergente.

Por el contrario, una prueba de lo segundo (en la medida en que desvía el análisis probatorio) se aprecia en el siguiente ejemplo:

- En el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil de 2017, con relación a la prueba del daño moral, se arribó por mayoría al siguiente acuerdo: “[D]ebe someterse a las reglas de la carga de la prueba del demandante y evaluarse los elementos de la responsabilidad mediante medios probatorios directos e indirectos no siendo suficiente presumir; y los criterios de cuantificación deben ser objetivos” (Corte Superior de Justicia de Cusco, 2017).

- En función de la concepción racional de la prueba se puede apreciar lo cuestionable de la posición del citado Pleno Jurisdiccional con relación a la prueba del daño moral: (i) oponer medios probatorios directos a medios probatorios indirectos no es una diferencia estructural sino solo de grado, ya que en ambos casos se realizan inferencias probatorias; (ii) excluir a las presunciones (entendemos, judiciales) de la labor probatoria implica no comprender las diferentes intensidades en que debe realizarse una inferencia probatoria; y, (iii) someterse a las reglas de carga de la prueba del demandante solo debe admitirse con relación a la noción objetiva de la carga de la prueba.

En el siguiente acápite se brindarán criterios operativos para afrontar la probanza de los daños en los casos de trata de personas y su explicación.

## **10.(Sigue) ¿Cómo se prueban los componentes de la indemnización de daños y perjuicios cuando está de por medio el análisis del delito de trata de personas y de explotación?**

Conforme se ha indicado en el apartado precedente, al ser la labor probatoria de tipo inductiva y caracterizada por un razonamiento inferencial, a continuación se mostrarán algunas manifestaciones de los medios de prueba a los que se recurre a nivel comparado para la probanza de los diferentes componentes de la indemnización de daños y perjuicios:

- En varios casos de trata de personas con fines de explotación sexual se han identificado como medios probatorios de los daños morales los siguientes: (i) el atestado policial, (ii) la declaración de la víctima, (iii) los informes médicos o periciales que detallen los daños físicos o psicológicos sufridos por la víctima; (iv) los testimonios de otros testigos, amigos o familiares; (v) los informes o reportes de los trabajadores sociales (La Strada Internacional, 2018, p. 20). Para el caso de los daños materiales aparece como fundamental, por ejemplo, el atestado policial (siempre que se pueda apreciar y contrastar con otros medios probatorios como actas o fotografías), si la víctima fue privada de su patrimonio (ahorros o bienes) con ocasión de los delitos de trata de personas o explotación (Campos, 2022, p. 12). Para los supuestos de salarios impagos (que no es un componente de la indemnización de daños y perjuicios, conforme se ha insistido previamente), también son importantes los resultados de la intervención policial, como los cuadernos o registros en los que se puedan apreciar los posibles ingresos de los tratantes o las multas impuestas a las víctimas.
- En los supuestos de trata de personas con fines de trabajo forzoso son centrales, por un lado, los testimonios de otros trabajadores (compañeros); y, por otro lado, la declaración de la propia víctima, para establecer los términos en los que se desarrolló la actividad de trata o de explotación. Así mismo, cuando se cuente con ellas, se puede recurrir a las actas administrativas derivadas de una inspección

laboral (La Strada Internacional, 2018, p. 22). En función de esta información, se podrá establecer el tiempo de duración de la actividad, sus condiciones y las características de la personas sujetas a trata o explotación (migrantes o inmigrantes, por ejemplo), de donde se puede obtener elementos para la corroboración de la indemnización de daños y perjuicios (daños materiales y morales) y de las sumas a ser restituidas por desequilibrio patrimonial.

## 11. ¿Cuándo se justifica la cuantificación o estimación de los daños materiales y morales que componen la indemnización de daños y perjuicios?

Ya se ha visto que la indemnización de daños y perjuicios tiene una serie de componentes; a saber: daño emergente, lucro cesante y daño moral. Sin embargo, no es suficiente constatar la existencia de los daños que se acaban de mencionar, sino que también es necesario establecer la forma en la que se indemnizarán.

La indemnización de daños y perjuicios puede ser específica o por equivalente (Fernández, 2015, p. 121), y ello determina la necesidad, o no, de cuantificar o estimar los componentes de la indemnización de daños y perjuicios.

- Estamos ante una **indemnización en forma específica (o *in natura*)** cuando se busca asegurar la reconstrucción de aquella misma o similar situación que había existido antes que el daño se produzca, para lo cual se recurre a obligaciones de dar (no dinerarias, hacer o no hacer).
  - ▶ Bajo la denominación de reparación se ha indicado que debe ser cumplida por el responsable o se ejecutan a su costo (San Martín, 2015, pp. 273-274).
  - ▶ En función del contenido de la obligación, esta modalidad de indemnización puede ser exclusivamente de contenido económico (si se obliga al responsable a contratar un seguro para la víctima, por ejemplo) como no (si se obliga a que el agente realice una retractación pública, por ejemplo) (De Trazegnies, 1990, pp. 112-114).
- Estamos ante una **indemnización por equivalente** cuando se le reconoce a la víctima una suma de dinero que tiene la pretensión, precisamente, de ser equivalente a la entidad del daño sufrido; de modo que reconstruya la situación de la víctima previa a la producción del daño. Bajo esta modalidad, la indemnización de daños y perjuicios tiene un contenido exclusivamente económico.
  - ▶ De ahí que, para este tipo de indemnización de daños y perjuicios, surja la necesidad de establecer la cuantía del daño, cuando ello sea posible; o, en todo caso, estimar los daños que por su naturaleza no puedan ser cuantificados con precisión.

- ▶ En buena cuenta, la indemnización de daños y perjuicios por equivalente puede ser cuantificable o estimable.

Finalmente, se debe reconocer que la posibilidad de cuantificar o estimar el daño no se establece en abstracto en función de algún componente de la indemnización de daños y perjuicios, sino que se fija a partir del caso concreto.

- De este modo, puede haber daños emergentes cuantificables (si el bien lesionado tiene sustitutos en el mercado que permitan comparar el valor del bien dañado) o estimables (si, por ejemplo, el bien lesionado es único en el mercado y no se puede establecer con precisión un valor de mercado).
- Lucros cesantes cuantificables (por ejemplo, si se tiene certeza de la utilidad que la víctima iba a recibir) o estimables (si el rédito a ser percibido era solamente probable y, en consecuencia, hay que medir dicha probabilidad).
- El daño moral es estimable (lo cual se sustenta, generalmente, sobre la base de un parámetro de equidad que toma en cuenta la magnitud del daño y el menoscabo producido en la víctima).

## 12.(Sigue) ¿Cómo se estima el daño moral en la indemnización de daños y perjuicios cuando está de por medio el análisis del delito de trata de personas y de explotación?

Tomando como punto de partida, nuevamente, los estándares internacionales sobre la materia (La Strada International, 2018, pp. 23-24), es posible identificar algunos factores que las cortes (europeas) incluyen para la cuantificación del daño moral derivado de casos de trata o de explotación:



### Factores considerados por los tribunales en el cálculo de los daños morales

Informe médico de las consecuencias de las lesiones físicas o psicológicas

Informe pericial de la condición sicosocial de la persona

Informe pericial de los riesgos involucrados en la continuación del ejercicio de la prostitución

Duración de la situación de explotación

Edad de la persona

Uso de violencia o amenazas, restricción de la libertad u otras circunstancias agravantes

Pautas para cuantificación del dolor y el sufrimiento

Principio de prohibición del enriquecimiento injustificado a través de la compensación por daños no materiales

Antecedentes de la víctima y circunstancias de la situación de explotación

Modalidad de explotación

Si bien los criterios expuestos tienen una evidente connotación práctica, es necesario realizar dos apreciaciones: (i) los factores considerados superponen los medios probatorios (por ejemplo, las pericias médicas) con los hechos materia de prueba (por ejemplo, los antecedentes de la víctima); y, (ii) no se hace referencia a algún parámetro de índole jurídica para fijar la extensión del daño moral, sino solo a efectos de limitar su alcance (el denominado principio de prohibición del enriquecimiento injusto).

En función de lo anterior, hay que recordar que, de conformidad con el artículo 1984 del Código Civil, aplicable a la responsabilidad extracontractual, que es el que entra

a tallar para los casos de daños derivados de la realización de conductas calificables bajo el delito de trata o explotación: “[E]l daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”.


Bajo esta premisa, con fines didácticos, sistematizaremos los parámetros de cuantificación del daño moral —extraídos de la experiencia comparada— en función de criterios que permitan establecer la magnitud del daño y el menoscabo producido en la víctima. De este modo, formulamos los siguientes criterios:

- **Criterios objetivos:** los criterios objetivos requieren de una **constatación fáctica directa**. De este modo, en línea de principio, **no se necesita de un estudio científico para su apreciación**. Sin embargo, esto no significa que no sean necesarias ciertas labores de indagación (declaraciones de la víctima, de testigos o revisión de documentación).
  - ▶ Dentro de estos criterios podemos mencionar los siguientes: (i) el período de duración de la trata, y (ii) la explotación y la edad de la víctima del daño sufrido.
  - ▶ Bajo estos criterios, se podrá establecer una magnitud del daño en niveles de intensidad (moderado, grave o severo).
  - ▶ **Por ejemplo**, no se puede valorar de la misma forma a una víctima que estuvo sujeta a una situación de trata o de explotación por horas (magnitud de daño moderado) o por años (magnitud de daño grave o, incluso, severo). Del mismo modo, si la víctima es un niño o una niña, se puede convenir en que estamos ante una magnitud de daño grave.
- **Criterios subjetivos:** los criterios subjetivos son aquellos que **requieren una evaluación técnica de la situación de la víctima**. En este criterio será de suma importancia la realización de una pericia que permita obtener y proporcionar la información al juez o la jueza.
  - ▶ Dentro de estos criterios, se han identificado los siguientes: (i) las lesiones físicas y psicológicas de la víctima; (ii) los antecedentes de la víctima; y, (iii) la situación de vulnerabilidad de la víctima.
  - ▶ Como se puede apreciar, para obtener estos criterios se tendrán que realizar las siguientes pericias: (i) pericia psicológica y psiquiátrica; (ii) pericia antropológico-social; (iii) pericia médico-legal (Rodríguez y Montoya, 2020, pp. 191-193).
  - ▶ En este criterio, al igual que en el anterior, se podrá establecer la magnitud del daño en niveles de intensidad (moderado, grave o severo).
  - ▶ **Por ejemplo**, el grado de afectación de lesiones físicas y psicológicas de una práctica de explotación sexual es mayor que el causado por una práctica que se tradujo en labores de trata consistentes únicamente en acompañamiento. El primer caso podría considerarse como grave, mientras que el segundo, como moderado. Evidentemente, cada supuesto es diferente: si la víctima, como resultado de la explotación sexual, adquiere VIH, se podrá establecer, inclusive, un mayor nivel de afectación (severo). Otro ejemplo: si, como consecuencia de la práctica de trata o explotación, se ha generado depresión, ansiedad, estrés

postraumático, entre otras patologías (magnitud grave). A su turno, el nivel de vulnerabilidad también incide en el mayor o menor menoscabo producido en la víctima. La interiorización de estereotipos de género o la presencia de alguna distorsión cognitiva por la víctima puede determinar una mayor gravedad en lo que este criterio busca medir.

- **Criterios circunstanciales:** por último, los criterios circunstanciales son aquellos que van a **guardar una íntima vinculación con las características del delito que se haya realizado en tanto estas tengan un impacto en el mayor o menor daño que ha podido haber sufrido la víctima.**
  - ▶ En esta sede se formulan los siguientes criterios específicos: (i) las conductas, medios y fines configurados en el delito base; (ii) los tipos y modalidades de la práctica delictiva; y, (iii) los derechos de la personalidad que se puedan haber visto afectados.
  - ▶ De forma similar a lo ya señalado, proponemos que la valoración de este criterio pueda establecerse en diversas intensidades (leve, moderado o grave).
  - ▶ **Por ejemplo,** tal como se adelantó, el hecho de que la dignidad humana sea el bien jurídicamente protegido con el delito de trata o de explotación, no determina que, en función de las conductas, medios o fines empleados en la realización del delito, se pueda establecer una mayor cantidad de derechos de la personalidad que se vean afectados. En ese sentido, la constatación de la lesión a los derechos de la libertad ambulatoria o la integridad física servirán como argumentos para ampliar el monto indemnizatorio por daño moral, en la medida en que a mayor cantidad de bienes de la personalidad que son lesionados, mayor es la magnitud del daño que ha sufrido un sujeto (grave). En la misma línea se encuentra el hecho de que en la producción del delito se haya determinado la existencia de una situación agravada y se haya constatado la existencia de vinculaciones de confianza entre la víctima de trata o de explotación y el responsable (lo que permitirá pasar de un plano moderado a uno grave). En la misma línea se encuentra el hecho, por ejemplo, de que la víctima de explotación por trabajo forzoso haya escapado y que los responsables la hayan recapturado para continuar con la explotación. Aquí podrá reconocerse una magnitud de daño severa.

De manera didáctica, formulamos los criterios que se acaban de desarrollar de la siguiente manera:

 <p><b>Criterios</b></p>	<b>Objetivos</b>	Tiempo de duración de la trata o la explotación
		Edad de la víctima
	<b>Subjetivos</b>	Lesiones físicas y psicológicas
		Antecedentes de la víctima
		Situación de vulnerabilidad
	<b>Circunstanciales</b>	Conducta, medios y fines del delito
		Tipo y modalidades del delito
		Derechos de la personalidad lesionados

Elaboración propia.

Para finalizar, debemos realizar algunas últimas precisiones con relación a los criterios que se acaban de presentar.

- **Primero**, el objetivo de manejar criterios para la cuantificación del daño moral (con diferentes magnitudes) consiste en que, al momento en que el juez o jueza fundamenten el monto de la reparación civil, expresamente, incluyan los criterios sugeridos, de manera que se pueda diferenciar las particularidades de cada caso (y de cada víctima) y que las sumas dinerarias que se otorguen no se estandaricen. En consecuencia, que **el proceso penal sea sensible a los fines restaurativos o mitigadores que busca la indemnización de daños y perjuicios por daño moral**.
- **Segundo**, la lista de criterios que se han establecido no es una lista cerrada ni tiene una pretensión de suficiencia. **Tan solo constituye un primer intento de sistematizar algunos elementos con el fin de poner en el centro del análisis la indemnización de daños y perjuicios a la víctima**. Esto se justifica en la diferente visión que tiene la responsabilidad penal (tradicionalmente centrada en el agente) con relación a la responsabilidad civil (contemporáneamente con una preocupación centrada en la víctima).
- **Tercero**, dependerá del juez o de la jueza la adecuada valoración de las diferentes magnitudes de los daños, tanto de forma individual (de cada criterio) como de forma conjunta (entre los criterios). La valoración individual de algún criterio puede ser severa (inclusión de niños o niñas en la práctica delictiva), pero en la valoración conjunta devenir moderada (porque la conducta realizada fue de captación). **Esta valoración deberá incluirse en la motivación para dotar a la decisión de un mínimo de racionalidad que permita el adecuado escrutinio de esta, tanto por las partes en el proceso como por el superior jerárquico**.
- **Cuarto**, la racionalidad a la que se alude en el punto precedente implica la necesidad de recurrir a los enfoques particulares para abordar los delitos de trata de personas y explotación (derechos humanos, género, interculturalidad,

no revictimización) también al momento de enfrentar la labor de cuantificación; por ejemplo, **no incurriendo en la incorporación de estereotipos de género** (o de cualquier clase) al momento de aplicar un criterio o asignar algún nivel de magnitud al perjuicio que ha sufrido la víctima.

- **Quinto**, dado que se ha formulado una noción de daño moral en sentido amplio (que comprende el daño moral en sentido estricto y la lesión a los derechos de la personalidad), se han sugerido criterios de cuantificación para otorgar un monto de indemnización por daño moral de forma global. No obstante, **los criterios permiten establecer parámetros para circunstancias** en las que, por ejemplo, incluso si la pericia psicológica no permite evidenciar que haya un daño a la integridad psicológica de la víctima, ello no sea impedimento para reconocer la existencia del daño moral, si se evidencia la existencia de algún otro criterio (por ejemplo, la lesión de otro derecho de la personalidad).
- **Sexto**, los criterios de cuantificación no tienen como objetivo establecer montos o baremos para la valoración del daño, sino parámetros para que los jueces y juezas puedan estimar el daño moral y generar decisiones sistemáticamente coherentes. Se trata de que los mismos criterios que se usaron en un caso y que viabilizan un determinado monto de indemnización puedan, y deban, ser empleados en otros casos, siendo que las particularidades de cada víctima permitan justificar la variedad de montos indemnizatorios en casos diferentes y la similitud de estos en casos afines.



### Tomar en cuenta que...

Fundamentar la cuantificación de la indemnización de daño moral sin hacer mención a los criterios específicos de cada caso concreto constituye un supuesto de motivación aparente. Recordemos una vez más que el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 00728-2008-HC, indicó respecto de la inexistencia en la motivación o motivación aparente lo siguiente: “Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o **porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico**” (Tribunal Constitucional, 2008, fundamento 7).

## 13.(Sigue) ¿Cómo se cuantifican o estiman los daños materiales cuando está de por medio el análisis del delito de trata de personas y de explotación?

Tomando como punto de partida, nuevamente, los estándares internacionales sobre la materia (La Strada International, 2018, p. 24), es posible identificar algunos factores que las cortes (europeas) incluyen para la cuantificación de los daños materiales:



**Factores considerados por los tribunales en la cuantificación de los daños materiales**

Cálculo de los salarios impagos basados en el salario mínimo o en convenios colectivos del sector ocupacional correspondiente

Período de empleo (número de días de trabajo, número de horas de trabajo por día, vacaciones anuales)

Pérdida de ingresos

Lesión a la propiedad

Costos del tratamiento médico físico, psicológico o psiquiátrico requerido por la víctima

Costos de la terapia física y ocupacional o de la rehabilitación requerida por la víctima

Honorarios de abogados y otros costos o gastos relativos a la participación de la víctima en procedimientos criminales

Como se podrá apreciar, dentro de los criterios que se han mostrado debemos diferenciar, conforme se hizo al momento de identificar los componentes de la indemnización de daños y perjuicios, aquellos que se refieren al cálculo del daño emergente y del lucro cesante (que corresponden a la indemnización) de aquellos que aluden a la forma de cálculo de la restitución por desequilibrios patrimoniales. En función de esta diferenciación tendríamos lo siguiente:



### **Criterios**

(indemnización de daños y perjuicios)

Costos de tratamiento médico, físico, psicológico o psiquiátrico de la víctima

Costos de la terapia física y ocupacional o de la rehabilitación requerida por la víctima

Costes de transporte necesario, cuidado temporal de los niños, alojamiento temporal de la víctima

Pérdida de ingresos futuros por pérdida de la capacidad de obtenerlos derivados de daños a la persona

Lesiones a la propiedad de la víctima de trata de personas o explotación

Cualquier otro coste o pérdida sufrida por la víctima como resultado directo de haber sido víctima de la trata y que el tribunal haya valorado razonablemente

Elaboración propia.

Por otro lado, tendremos que diferenciar los criterios que se aplican para conceptos que, si bien forman parte de la reparación civil, no conforman la indemnización de daños y perjuicios:



### **Criterios**

(restitución por desequilibrio patrimonial)

Cálculo de los salarios no pagados basado en el salario mínimo o en el convenio colectivo del sector profesional correspondiente

Período de empleo (número de días de trabajo, número de horas de trabajo por día, vacaciones anuales)

Honorarios de abogados y otros costes o gastos relacionados con la participación de la víctima en el proceso penal

Elaboración propia.

A diferencia de lo que sucede con la cuantificación del daño moral, la prueba de los daños materiales o de los conceptos a ser restituidos por desequilibrios patrimoniales tiene mayores niveles de objetividad; aunque ello no implica que existan problemas, por ejemplo, al momento de recabar los medios probatorios con los cuales se va a realizar el cálculo correspondiente. En cualquier caso, lo que sí se sugiere que se implemente es que la justificación del monto de cada concepto de la reparación civil se realice por separado, considerando cada concepto, cada medio probatorio que se tiene a disposición y la valoración de cada uno de ellos.



### Tomar en cuenta que...

La justificación de la cuantificación de la reparación civil debe realizarse de forma separada, por lo menos, en lo que se refiere a los daños materiales (daño emergente y lucro cesante) y a los daños morales. Ello para que las partes y el superior jerárquico tengan manera de controlar los parámetros que se han empleado en cada uno de los componentes de la indemnización de daños y perjuicios. Esto también aplica respecto del monto que se otorgue como restitución por desequilibrios patrimoniales.

# Referencias

## Libros y/o artículos

- Campos, H. (2012). El juicio de resarcibilidad en el ordenamiento jurídico peruano. *Ius et Veritas*, (45). <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11999>
- Campos, H. (2022). 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. *Boletín jurisprudencial sobre trata de personas, trabajo forzoso y otras formas de explotación*, (1). <https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2022/02/24201445/Boletin-Jurisprudencial-N1.pdf>
- Del Río, G. (2010). La acción civil en el nuevo proceso penal. *Derecho PUC*, (65). <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201002.010>
- De Trazegnies, F. (1990). *La responsabilidad extracontractual*. Tomo II. En Biblioteca para leer el Código Civil, vol. IV. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Espinoza, J. (2019). *Derecho de la responsabilidad civil*. Tomo II. 9.ª edición corregida y aumentada. Instituto Pacífico.
- Fernández, G. (2005). De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿el mito de Sísifo? (Panorámica del concepto y del rol de la culpa en el Derecho Continental y en el Código Civil peruano). *Themis*, (50). <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8776>
- Fernández, G. (2015). Tutela y remedios: la indemnización entre la tutela resarcitoria y el enriquecimiento sin causa. En AA.VV., *Libro de ponencias del X Congreso Nacional de Derecho Civil*. Instituto Peruano de Derecho Civil, Estudio Mario Castillo Freyre. [https://www.conadecivil.com/Libro\\_Ponencias\\_X\\_2015\\_Final.pdf](https://www.conadecivil.com/Libro_Ponencias_X_2015_Final.pdf)
- Fernández, G. (2017). *La cláusula penal. Tutela contra el incumplimiento vs. tutela resarcitoria*. Ara.
- Fernández, G. (2019). *Introducción a la responsabilidad civil. Lecciones universitarias*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Fernández, G. y León, L. (2005). La reedificación conceptual de la responsabilidad extracontractual objetiva. *Derecho PUCP*, (58). <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/15094>
- Ferrer, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.
- Ferrer, J. (2019). *Prueba y racionalidad de decisiones judiciales*. CEJI.

- La Strada International (2018). *Legal assessment: compensation practices*. Working paper. [www.lastradainternational.org](http://www.lastradainternational.org)
- León, L. (2016). *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Academia de la Magistratura.
- Montoya, Y., Quispe, F., Blouin, C., Rodríguez, J., Enrico, A. y Gómez, T. (2017). *Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de trata de personas*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Democracia y Derechos Humanos. [https://idehpucp.pucp.edu.pe/lista\\_publicaciones/manual-de-capacitacion-para-operadores-de-justicia-durante-la-investigacion-y-el-proceso-penal-en-casos-de-trata-de-personas-segunda-edicion/](https://idehpucp.pucp.edu.pe/lista_publicaciones/manual-de-capacitacion-para-operadores-de-justicia-durante-la-investigacion-y-el-proceso-penal-en-casos-de-trata-de-personas-segunda-edicion/)
- Nicolussi, A. (1998). *Lesione al potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*. Giuffrè.
- Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos de la OSCE. (2007) personas. Homeework. <https://www.osce.org/files/f/documents/5/a/13973.pdf>
- Rodríguez, J. y Montoya, Y. (2020). *Lecciones sobre el delito de trata de personas y otras formas de explotación. Dirigido a juezas y jueces penales*. Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ-DAD). <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/172209>
- San Martín, C. (2015). *Derecho procesal penal: lecciones. Conforme el Código Procesal Penal de 2004*. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales – Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.
- United Nations Office on Drugs and Crime. (2009a). *Model law against trafficking in persons*. [https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/UNODC\\_Model\\_Law\\_on\\_Trafficking\\_in\\_Persons.pdf](https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/UNODC_Model_Law_on_Trafficking_in_Persons.pdf)
- United Nations Office on Drugs and Crime (2009b) personas. Programa Mundial Contra la Trata de Personas. Naciones Unidas. <https://www.refworld.org/es/pdfid/4a7945492.pdf>

## Jurisprudencia

### **CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CUSCO (2017)**

- Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil.

### **SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

- (2006, 13 de octubre). Acuerdo Plenario N.º 6-2006/CJ-116.
- (2019, 10 de septiembre). Acuerdo Plenario N.º 04-2019/CJ-116.

### **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

- (2008, 13 de octubre). Sentencia recaída en el Expediente N.º 00728-2008-HC (Caso Giuliana Flor de María Llamuja Hilaes).



Se terminó de imprimir en los talleres gráficos de  
Tarea Asociación Gráfica Educativa  
Pasaje María Auxiliadora 156- Breña  
Correo e.: [tareagrafica@tareagrafica.com](mailto:tareagrafica@tareagrafica.com)  
Página web: [www.tareagrafica.com](http://www.tareagrafica.com)  
Teléfs.: 424-8104 / 424-3411  
Abril 2023 Lima- Perú

**Palacio Nacional de Justicia**  
**Av. Paseo de la República, s/n - Lima, 4to piso. Of. 438**  
**(01) 4101010. Anexos: 11339 ó 11011**  
**Secretaría Técnica de la Comisión de Justicia de Género**