

# Concursos de delitos y leyes aplicados a casos de trata de personas y sus formas de explotación



Organización  
Internacional  
del Trabajo



PODER JUDICIAL  
DEL PERÚ



COMISIÓN DE JUSTICIA DE GÉNERO  
DEL PODER JUDICIAL



# ► **Concursos de delitos y leyes aplicados a casos de trata de personas y sus formas de explotación**

Compilación de las ponencias presentadas en la Conferencia Nacional sobre Concursos de Delitos y Leyes, Trata de Personas y sus Formas de Explotación

Copyright © Organización Internacional del Trabajo 2022  
Primera edición 2022

Las publicaciones de la Oficina Internacional del Trabajo gozan de la protección de los derechos de propiedad intelectual en virtud del protocolo 2 anexo a la Convención Universal sobre Derecho de Autor. No obstante, ciertos extractos breves de estas publicaciones pueden reproducirse sin autorización, con la condición de que se mencione la fuente. Para obtener los derechos de reproducción o de traducción, deben formularse las correspondientes solicitudes a Publicaciones de la OIT (Derechos de autor y licencias), Oficina Internacional del Trabajo, CH-1211 Ginebra 22, Suiza, o por correo electrónico a [rights@ilo.org](mailto:rights@ilo.org), solicitudes que serán bien acogidas.

Las bibliotecas, instituciones y otros usuarios registrados ante una organización de derechos de reproducción pueden hacer copias de acuerdo con las licencias que se les hayan expedido con ese fin. En [www.ifrro.org](http://www.ifrro.org) puede encontrar la organización de derechos de reproducción de su país.

---

*Concursos de delitos y leyes aplicados a casos de trata de personas y sus formas de explotación. Compilación de las ponencias presentadas en la Conferencia Nacional sobre Concursos de Delitos y Leyes, Trata de Personas y sus Formas de Explotación. Perú: OIT / Oficina de la OIT para los Países Andinos, 2022. 90 pp.*

ISBN: 9789220383094 (versión impresa)

ISBN: 9789220383100 (versión web pdf)

---

Las denominaciones empleadas, en concordancia con la práctica seguida en las Naciones Unidas, y la forma en que aparecen presentados los datos en las publicaciones de la OIT no implican juicio alguno por parte de la Oficina Internacional del Trabajo sobre la condición jurídica de ninguno de los países, zonas o territorios citados o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras.

La responsabilidad de las opiniones expresadas en los artículos, estudios y otras colaboraciones firmados incumbe exclusivamente a sus autores, y su publicación no significa que la OIT las sancione.

Las referencias a firmas o a procesos o productos comerciales no implican aprobación alguna por la Oficina Internacional del Trabajo, y el hecho de que no se mencionen firmas o procesos o productos comerciales no implica desaprobación alguna.

Para más información sobre las publicaciones y los productos digitales de la OIT, visite nuestro sitio web: [ilo.org/publns](http://ilo.org/publns).

---

Impreso en Perú

## Advertencia

El uso de un lenguaje que no discrimine ni marque diferencias entre hombres y mujeres es una de las preocupaciones de nuestra Organización.

Sin embargo, no hay acuerdo entre los lingüistas sobre la manera de hacerlo en nuestro idioma. En tal sentido, y con el fin de evitar la sobrecarga gráfica que supondría utilizar en español *o/a* para marcar la existencia de ambos sexos, hemos optado por emplear el masculino genérico clásico, en el entendido de que todas las menciones en tal género representan siempre a mujeres y hombres.



## ► Índice

---

### **Problemas concursales entre los delitos de trata de personas y sus formas de explotación**

---

Armando Sánchez Málaga Carrillo 1

### **Problemas concursales entre los delitos de trata de personas, explotación sexual y algunos delitos contra la libertad e indemnidad sexual**

---

Julio Alberto Rodríguez Vásquez 22

### **Problemas concursales entre los delitos de pornografía infantil, chantaje sexual, acoso sexual y proposición a niñas, niños y adolescentes de actos de contenido sexual**

---

Ingrid Díaz Castillo 37

### **Problemas concursales entre los delitos de trata de personas/ explotación y algunos delitos contra la vida, la libertad, el cuerpo y la salud**

---

Ingrid Díaz Castillo 52

### **Problemas concursales entre el delito de trata de personas/ delitos de explotación, de organización criminal y de corrupción de funcionarios**

---

Yvan Montoya Vivanco 65



# Problemas concursales entre los delitos de trata de personas y sus formas de explotación

---

Armando Sánchez Málaga Carrillo<sup>1</sup>



---

<sup>1</sup> Docente auxiliar del Departamento de Derecho de la PUCP y socio de Roger Yon, Sánchez Málaga y Bassino Abogados. Doctor en Derecho y Máster en Criminología y Sociología Jurídico Penal por la Universidad de Barcelona (España). Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales por la Universidad Pompeu Fabra.

Las formas contemporáneas de esclavitud constituyen violaciones de derechos fundamentales de las personas que se encuentran tipificadas como delitos en el ordenamiento jurídico peruano. El Título I-A del Código Penal peruano las regula como delitos contra la dignidad humana, entre los que destacan la trata de personas, el trabajo forzoso, la esclavitud y servidumbre, y la explotación sexual.

Es necesario distinguir dos momentos en la configuración de las formas contemporáneas de esclavitud. Por un lado, se presenta la creación de condiciones para la explotación, que comprende las conductas que generan en la víctima una situación de riesgo de ser sometida a alguna forma de explotación humana. Los actos encaminados a la creación de esta situación de peligro son los que constituyen la trata de personas. Por otro lado, tenemos los casos de explotación humana en estricto. Aquí destacan las figuras de explotación sexual y explotación laboral (trabajo forzoso, esclavitud y servidumbre).

La regulación del Código Penal peruano plantea una serie de problemas concursales, lo que hace necesario revisar algunos aspectos conceptuales. Al respecto, se debe tener en cuenta, siguiendo a Asencio Mellado (1998), que la función principal del proceso penal es actuar la potestad punitiva del Estado, pero ese proceso tiene también como funciones “la autolimitación del Estado, la protección del imputado y la protección de la víctima” (1998, pp. 27-29). En ese sentido, los procesos de imputación de delitos han de estar guiados por el principio de proporcionalidad de las penas y atender criterios de estricta legalidad.

Como cuestión previa al análisis de los problemas concursales existentes entre el tipo penal de trata de personas y las distintas formas de explotación sexual que regula el Código Penal peruano, resulta necesario distinguir un concurso de delitos de un concurso aparente de normas. Así, mientras en el primero se plantea la posibilidad de que concurren distintas penas correspondientes a los diferentes delitos que se han cometido, sea a través de una unidad (concurso ideal de delitos) o de una pluralidad de hechos (concurso real de delitos), en el segundo nos enfrentamos a la concurrencia de varios tipos penales aparentemente aplicables a un hecho cuando en realidad solo debiera aplicarse uno (Mir, 2009, p. 648).

Siguiendo a Mir Puig, existe concurso de delitos “cuando un hecho constituye dos o más delitos o cuando varios hechos de un mismo sujeto constituyen otros tantos delitos, si ninguno ha sido cometido después de haber recaído condena por alguno de ellos” (2009, p. 656). De acuerdo con la regulación del Código Penal peruano, existe un concurso ideal de delitos cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho, caso en el cual corresponde reprimir el hecho hasta con el máximo de la pena más grave; esta puede incrementarse hasta en una cuarta parte, pero en ningún caso debe exceder de 35 años (artículo 48). Así mismo, existe un

concurso real de delitos cuando convergen varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, caso en el que deberán sumarse las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, que no puede exceder de treinta y cinco años (artículo 50).

Sin perder de vista, como menciona García Cavero, que el proceso de atribución de responsabilidad penal “precisa desarrollar una actividad probatoria dirigida a verificar el dato fáctico sobre el que se construye la imputación penal” (2010, p. 21), cabe plantear, con base en casos hipotéticos recogidos de la práctica jurisprudencial, los problemas concursales existentes entre el tipo penal de trata de personas y las distintas formas de explotación sexual que regula el Código Penal peruano.

## ► 1. Trata de personas y explotación sexual

---

### 1.1. Trata con fin de explotación sexual seguida de explotación sexual

#### ► Caso-tipo 1

“A” administra una agencia de empleos, a la que acude “V”, migrante en situación irregular, a quien “A” le ofrece un trabajo como mesera en un restaurante turístico ubicado en un lugar alejado de donde “V” vive con su familia. “V”, confiando en la promesa de trabajo de “A”, accede a la oferta de empleo y acepta ser transportada al lugar en el que se encuentra el supuesto restaurante turístico. Al llegar, “V” descubre que se trata de un prostíbulo, en el que la administradora, “D”, la obliga a realizar bailes eróticos y a tener relaciones sexuales con los clientes, bajo la amenaza de denunciarla a las autoridades migratorias.

#### Análisis del caso

---

1. En el caso planteado se presentan los dos momentos de las formas contemporáneas de esclavitud. Por un lado, la creación de condiciones para la explotación, que se manifiestan en el acto de ofrecimiento de empleo bajo engaño. Por otro lado, el despliegue de actos de explotación humana, en este caso de naturaleza sexual, cuando la víctima es obligada a realizar bailes eróticos y a tener relaciones sexuales con los clientes, bajo la amenaza de ser denunciada ante las autoridades migratorias.
2. Con relación al primer momento, cabría aplicar el tipo penal de trata de personas, tipificado en el artículo 129-A del Código Penal en los siguientes términos:

---

El que mediante violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio, capta, transporta, traslada, acoge, recibe o retiene a otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país con fines de explotación, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años”.

3. Con relación al segundo momento, cabría aplicar el tipo penal de explotación sexual, tipificado en el artículo 129-C del Código Penal en los siguientes términos:

---

El que, 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, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años”.

4. Siguiendo los criterios del Acuerdo Plenario N.º 6-2019/CJ-116 de la Corte Suprema de la República, al encontrarnos frente a varios hechos (ocurridos en dos momentos distintos) cometidos por un mismo sujeto que constituyen otros tantos delitos, cabría en principio aplicar la solución del concurso real heterogéneo de delitos entre ambos tipos penales. De ser ese el caso, se sumarían las penas que corresponden a las dos acciones independientes, considerando como criterio de medición el extremo de la pena para el delito más grave hasta el doble, sin exceder el límite de 35 años de privación de libertad. En este caso, no cabría la aplicación del principio de consunción por hecho acompañante del tipo, ya que el artículo 129-A del Código Penal no desvalora el acto objetivo de explotación y el artículo 129-C no desvalora la creación de condiciones para la explotación. Tampoco habría una relación de inclusión entre ambos tipos penales, por lo que no cabe aplicar el principio de especialidad para solucionar un posible concurso aparente de normas. A partir de ello, se plantearían los siguientes supuestos concursales:

- Si la víctima es mayor de edad, el marco punitivo se determina por la pena conminada más grave (quince años para ambos delitos), a la que se le suma hasta quince años más.

- Si la víctima de trata tenía entre 14 y 18 años de edad, el marco punitivo se determina en función de la pena conminada más grave (veinte años para trata), a la que se adiciona hasta quince años por el delito de explotación sexual.
  - Si la víctima de trata tenía menos de 14 años de edad y es explotada dentro de este rango etario, el marco punitivo se fija en función de la pena más grave (hasta treinta y cinco años).
5. Sin embargo, la solución expuesta en el punto anterior no resulta precisa, ya que es necesario considerar que el delito de explotación sexual, específicamente en el inciso 6, tiene prevista una agravante que sanciona con mayor pena los casos de explotación sexual que “se derive[n] de una situación de trata de personas”. Bajo ese supuesto, el Acuerdo Plenario N.º 6-2019/CJ-116 de la Corte Suprema de la República establece que no puede aplicarse 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 si esto se hace se estaría valorando doblemente el mismo injusto de trata de personas. En ese sentido, como solución del caso-tipo 1, concluimos que nos encontramos frente a un concurso aparente de normas, en el que cabe aplicar el marco punitivo previsto para el delito de explotación sexual agravado por la circunstancia de derivarse de una situación de trata de personas.
6. Cabría aplicar la misma solución planteada para este caso a los siguientes supuestos concursales:
- Trata de personas y forma agravada del delito de explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (artículo 129-H-7 del Código Penal).
  - Trata de personas y forma agravada del delito de promoción o favorecimiento de la explotación sexual (artículo 129-D-7 del Código Penal).
  - Trata de personas y forma agravada del delito de promoción y favorecimiento de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (artículo 129-I-7 del Código Penal).
  - Trata de personas y forma agravada del delito de beneficio de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (artículo 129-K-6 del Código Penal).
  - Trata de personas y forma agravada del delito de gestión de la explotación sexual (artículo 129-G-6 del Código Penal).
  - Trata de personas y forma agravada del delito de gestión de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (artículo 129-L-7 del Código Penal).

## 1.2. Promoción y favorecimiento a la explotación sexual

### ► Caso-tipo 2

"A" es propietaria de un local en el que se vende alcohol y se realizan espectáculos musicales. A cambio de una comisión monetaria, "A" permite que "E" utilice varias habitaciones de su local a las que lleva a mujeres que en algunos casos son obligadas a tener relaciones sexuales con terceros a cambio de dinero.

El supuesto a analizar a continuación es el siguiente:

### Análisis del caso

1. Como cuestión previa, es importante señalar, siguiendo a los profesores Montoya y Rodríguez, que:

---

► ► a quien se limita a realizar comportamientos socialmente neutros—brindar servicios de seguridad, limpieza, contabilidad, entre otros— en establecimientos dedicados a la explotación sexual, no le será objetivamente imputable el 153-D del Código Penal. Sin embargo, sí se podrá imputar el delito de promoción y favorecimiento a la explotación sexual a la persona que adecúa su comportamiento neutral al contexto delictivo o que conoce que su proceder contribuye con la explotación sexual de terceros".

► (Rodríguez y Montoya, 2020, p. 99)

2. En el caso planteado, se presenta el primer momento de las formas contemporáneas de esclavitud. Nos encontramos frente a un acto que contribuye a que se creen condiciones para la explotación, ya que se proporciona el espacio en el que mujeres serían obligadas a tener relaciones sexuales con terceros a cambio de dinero. A primera vista, podría plantearse la necesidad de establecer en qué momento se ha producido la contribución a la creación de condiciones de explotación. Cabe, entonces, plantearse dos posibilidades.
3. Una primera posibilidad es determinar que nos encontramos frente a una forma de participación (instigación, complicidad primaria o complicidad secundaria) en el delito de trata de personas con fines de explotación sexual, que se encuentra tipificado en el artículo 129-A del Código Penal en los siguientes términos:

---

►► El que mediante violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio, capta, transporta, traslada, acoge, recibe o retiene a otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país con fines de explotación, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años".

4. Una segunda posibilidad es proponer que nos encontramos frente a una forma de autoría del delito de promoción y favorecimiento a la explotación sexual, que se encuentra tipificado en el artículo 129-D del Código Penal en los siguientes términos: "El que promueve, favorece o facilita la explotación sexual de otra persona, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años".
5. Luego de evaluar ambas opciones, como solución del caso-tipo 2, concluimos que nos encontramos frente a un concurso aparente de normas, en el que cabe aplicar el principio de subsidiariedad, que establece que la responsabilidad por autoría prevalece sobre la responsabilidad por participación (complicidad o instigación). Por ende, cabrá aplicar únicamente el marco punitivo previsto para el delito de promoción y favorecimiento a la explotación sexual. Esto trae como consecuencia que no exista la posibilidad de imputar complicidad o instigación en la explotación sexual, ya que el Código Penal peruano ha incluido una figura

específica que tipifica dichas conductas como forma de autoría del tipo penal especial previsto en el artículo 129-D.

## 1.3. Beneficio de la explotación sexual

### ► Caso-tipo 3

“A” recibe un pago mensual de 300 soles que le efectúa “E”. “E” obliga a “V”, hija de “A”, a tener relaciones sexuales con terceras personas a cambio de dinero. “A” recibe el pago como consecuencia de haber permitido que su hija “trabaje” para “E”, por lo cual no podrá ayudarla en su pequeña tienda familiar.

El supuesto a analizar a continuación es el siguiente:

### Análisis del caso

En el caso planteado no se presentan problemas concursales de mayor relevancia. La tipificación penal de la obtención de beneficios del delito de un tercero señala de manera específica que se encuentran excluidos de su aplicación aquellos que pudieran tener la condición de autores o partícipes del delito de explotación sexual.

Como solución al caso-tipo 3, cabe aplicar el delito de beneficio de la explotación sexual, que se encuentra tipificado en el artículo 129-D del Código Penal en los siguientes términos: “El que, sin participar de los actos de explotación sexual de una persona, recibe un beneficio económico o de otra índole derivado de dichos actos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años”. Se trata de un tipo penal que solo podrá ser aplicable a quien no participe de los actos de explotación sexual.

## 1.4. Cliente de explotación sexual

### ► Caso-tipo 4

“E” obliga a “V”, empleando medios violentos, a tener acceso carnal con terceras personas con la finalidad de obtener un provecho económico. “C” entrega dinero a “E” a cambio de tener relaciones sexuales con “V”, pese a que conoce el contexto de explotación”. “C” tiene relaciones sexuales con “V”.

### Análisis del caso

1. El delito de cliente de la explotación sexual criminaliza “una forma especial de promoción a la explotación sexual: el financiamiento —a través de la prestación económica o ventaja brindada por el usuario— de la explotación sexual” (Rodríguez y Montoya, 2020, p. 101).
2. Un problema concursal específico que plantea este tipo penal se presenta con relación al delito de promoción y favorecimiento de la explotación sexual, que sanciona actos genéricos de facilitamiento de la explotación sexual. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el delito de cliente de la explotación sexual se encuentra tipificado en el artículo 129-E del Código Penal en los siguientes términos:

---

El que, mediante una prestación económica o ventaja de cualquier naturaleza, tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de esas vías con una víctima de explotación sexual será reprimido con pena privativa de libertad no menor de nueve ni mayor de doce años”.

Por su parte, el delito de promoción y favorecimiento de la explotación sexual se encuentra tipificado en el artículo 129-F del Código Penal en los siguientes términos: “El que promueve, favorece o facilita la explotación sexual de otra persona, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años”.

3. Como solución del caso-tipo 4, concluimos que nos encontramos frente a un concurso aparente de normas, en el que cabe aplicar el principio de especialidad a favor del delito de cliente de explotación sexual, que sanciona una conducta específica de promoción de la explotación sexual, consistente en contratar los servicios de una persona que es víctima de explotación sexual. Ahora bien, siguiendo a los profesores Montoya y Rodríguez, cabe distinguir el caso del facilitador de la explotación sexual que entrega dinero al explotador a cambio de tener acceso carnal con una víctima. En este supuesto existirían dos hechos distintos a los que se aplicaría un concurso real de delitos entre el tipo penal del artículo 129-F del Código Penal (en virtud del acto de facilitación; por ejemplo, encargarse del control de las víctimas) y el tipo penal del artículo 129-E del Código Penal (en virtud del acto de entrega de dinero al explotador a cambio de tener acceso carnal con una víctima) (Rodríguez y Montoya, 2020, p. 102).

## 1.5. Gestión de la explotación sexual

El artículo 129-G del Código Penal sanciona el delito de gestión de la explotación sexual en los siguientes términos: “El que dirige o gestiona la explotación sexual de otra persona con el objeto de tener acceso carnal será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años”.

Coincidimos con los profesores Montoya y Rodríguez en el sentido de que la creación de este tipo penal fue plenamente innecesaria, ya que “quien dirige o gestiona la explotación sexual es, a fin de cuentas, coautor o autor mediato —conforme a las reglas de la parte general contenidas en el artículo 23 del Código Penal— del delito de explotación sexual” (Montoya y Rodríguez, 2020, p. 107).

Como solución del caso-tipo 5, entendemos que no cabría en ningún caso aplicar el tipo penal del artículo 129-G del Código Penal. Según el caso, lo correcto sería atribuir formas de autoría o autoría mediata del delito de explotación sexual a quien dirige o gestiona la explotación sexual de un tercero. Sin embargo, cabría también valorar la posibilidad de imputar un delito de promoción o favorecimiento de la explotación sexual en caso el acto de gestión no resulte imprescindible (a título de autoría) para la configuración de la explotación sexual.

## ► 2. Trata de personas y explotación laboral

---

Como premisa al análisis de los problemas concursales entre el delito de trata de personas y los delitos de explotación laboral (trabajo forzoso, esclavitud y servidumbre), vale tener en cuenta algunas premisas:

- No todos los casos de trata de personas con fines de explotación laboral se materializan en casos de explotación laboral efectiva.
- Los casos de trata de personas con fines de explotación laboral (artículo 129-A) se configuran como tipos penales de peligro, mientras que los casos de explotación laboral (artículos 129-O y 129-Ñ) lo hacen como tipos penales de lesión con relación a la dignidad, que es materia de protección en los delitos que sancionan formas contemporáneas de esclavitud.

### 2.1. Trata de personas que culmina con el trabajo forzoso de la víctima

#### ► Caso-tipo 6

“V” acude a una agencia de empleos en la que “A” le ofrece un trabajo en una fábrica textil que se encuentra ubicada en una localidad distinta. Sin saber que está siendo engañado, “V” acepta ser trasladado desde su ciudad hasta la localidad en la que supuestamente se encontraría la fábrica textil. Al llegar al lugar, “V” descubre que ha sido conducido a un campamento maderero en el que debe trabajar 15 horas al día, sin descanso semanal, y en el que le retienen gran parte de su salario alegando que debe pagar sus gastos de alojamiento y comida y es frecuentemente maltratado por “C”, quien lo amenaza con buscar a su familia y hacerle daño en caso pretenda escapar del lugar.

## Análisis del caso

1. En el caso planteado, se presentan los dos momentos de las formas contemporáneas de esclavitud. Por un lado, la creación de condiciones para la explotación, que se manifiestan en el acto de ofrecimiento de empleo y traslado bajo engaño. Por otro lado, el despliegue de actos de explotación humana, en este caso de naturaleza laboral, cuando la víctima debe trabajar quince horas al día, sin descanso semanal y con retención de sueldos y amenazas.
2. Con relación al primer momento, cabría aplicar el tipo penal de trata de personas, tipificado en el artículo 129-A del Código Penal en los siguientes términos:

---

El que mediante violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio, capta, transporta, traslada, acoge, recibe o retiene a otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país con fines de explotación, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años".

3. Con relación al segundo momento, cabría aplicar el tipo penal de trabajo forzoso, tipificado en el artículo 129-O del Código Penal en los siguientes términos:

El que somete u obliga a otra persona, a través de cualquier medio o contra su voluntad, a realizar un trabajo o prestar un servicio, sea retribuido o no, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años y multa de cien a doscientos días-multa.

4. Siguiendo los criterios del Acuerdo Plenario N.º 6-2019/CJ-116 de la Corte Suprema de la República, al encontrarnos frente a varios hechos (ocurridos en dos momentos distintos) de un mismo sujeto que constituyen otros tantos delitos, cabría en principio aplicar la solución del concurso real heterogéneo de delitos entre ambos tipos penales. De ser ese el caso, se sumarían las penas que corresponden a las dos acciones independientes, considerando como criterio de medición el extremo de la pena para el delito más grave hasta el doble, sin exceder el límite de 35 años de privación de libertad. En este caso, no cabría la aplicación del principio de consunción por hecho acompañante del tipo, ya que

el artículo 129-A del Código Penal no desvalora el acto objetivo de explotación y el artículo 129-O no desvalora la creación de condiciones para la explotación. Tampoco habría una relación de inclusión entre ambos tipos penales, por lo que no cabe aplicar el principio de especialidad para solucionar un posible concurso aparente de normas.

5. Sin embargo, la solución expuesta en el punto anterior no resulta precisa, ya que es necesario considerar que el delito de trabajo forzoso, específicamente en el inciso 5, tiene prevista una agravante que sanciona con mayor pena los casos de trabajo forzoso que “se derive[n] de una situación de trata de personas”. Bajo ese supuesto, el Acuerdo Plenario N.º 6-2019/CJ-116 de la Corte Suprema de la República establece que no puede aplicarse 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 (que es similar en términos estructurales al supuesto de trabajo forzoso agravado), pues se estaría valorando doblemente el mismo injusto de trata de personas. En ese sentido, como solución del caso-tipo 6, concluimos que nos encontramos frente a un concurso aparente de normas, en el que cabe aplicar el marco punitivo previsto para el delito de trabajo forzoso agravado por la circunstancia de derivarse de una situación de trata de personas.

## 2.2. Trata de personas que culmina con sometimiento a esclavitud de la víctima

### ► Caso-tipo 7

“V” acude a una agencia de empleos en la que “A” le ofrece un trabajo en una fábrica textil que se encuentra ubicada en una localidad distinta. Sin saber que está siendo engañado, “V” acepta ser trasladado desde su ciudad hasta la localidad en la que supuestamente se encontraría la fábrica textil. Al llegar al lugar, “V” descubre que ha sido conducido a un campamento maderero en el que debe trabajar encadenado para evitar que se escape; se encuentra aislado y prohibido de comunicarse con otras personas y es sometido a maltratos físicos intensos. “V” debe trabajar para solventar su comida, que es la misma con la que alimentan a los animales, y no recibe remuneración alguna por su trabajo.

## Análisis del caso

1. En el caso planteado se presentan los dos momentos de las formas contemporáneas de esclavitud. Por un lado, la creación de condiciones para la explotación, que se manifiestan en el acto de ofrecimiento de empleo y traslado bajo engaño. Por otro lado, el despliegue de actos de explotación humana, en este caso de naturaleza laboral, cuando la víctima es obligada a trabajar en condiciones de esclavitud o servidumbre. Al respecto, a efectos de diferenciar este caso de los supuestos de trabajo forzoso, resulta de utilidad tener en cuenta los denominados signos de la esclavitud, entre los que se encuentran el comercio de personas, el aislamiento total de la víctima, la realización de actos de tortura y la des-socialización absoluta de la víctima.
2. Con relación al primer momento, cabría aplicar el tipo penal de trata de personas, tipificado en el artículo 129-A del Código Penal en los siguientes términos:

---

►► El que mediante violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio, capta, transporta, traslada, acoge, recibe o retiene a otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país con fines de explotación, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años".

3. Con relación al segundo momento, cabría aplicar el tipo penal de esclavitud o servidumbre, tipificado en el artículo 129-Ñ del Código Penal en los siguientes términos:

---

►► El que obliga a una persona a trabajar en condiciones de esclavitud o servidumbre, o la reduce o mantiene en dichas condiciones, con excepción de los supuestos del delito de explotación sexual, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años".

4. Siguiendo los criterios del Acuerdo Plenario N.º 6-2019/CJ-116 de la Corte Suprema de la República, al encontrarnos frente a varios hechos (ocurridos en dos momentos distintos) de un mismo sujeto que constituyen otros tantos delitos, cabría en principio aplicar la solución del concurso real heterogéneo de delitos entre ambos tipos penales. De ser ese el caso, se sumarían las penas que corresponden a las dos acciones independientes, considerando como criterio de medición el extremo de la pena para el delito más grave hasta el doble, sin exceder el límite de 35 años de privación de libertad. En este caso, no cabría la aplicación del principio de consunción por hecho acompañante del tipo, ya que el artículo 129-A del Código Penal no desvalora el acto objetivo de explotación y el artículo 129-Ñ no desvalora la creación de condiciones para la explotación. Tampoco habría una relación de inclusión entre ambos tipos penales, por lo que no cabe aplicar el principio de especialidad para solucionar un posible concurso aparente de normas.
5. Sin embargo, la solución expuesta en el punto anterior no resulta precisa, ya que es necesario considerar que el delito de esclavitud o servidumbre, específicamente en el inciso 6, tiene prevista una agravante que sanciona con mayor pena los casos de esclavitud o servidumbre que “se derive[n] de una situación de trata de personas”. Bajo ese supuesto, el Acuerdo Plenario N.º 6-2019/CJ-116 de la Corte Suprema de la República establece que no puede aplicarse 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 (que es similar en términos estructurales al supuesto de esclavitud o servidumbre agravado), pues se estaría valorando doblemente el mismo injusto de trata de personas. En ese sentido, como solución del caso-tipo 7, concluimos que nos encontramos frente a un concurso aparente de normas, en el que cabe aplicar el marco punitivo previsto para el delito de esclavitud o servidumbre agravado por la circunstancia de derivarse de una situación de trata de personas.

## 2.3. Trata de personas menores de 17 años que culmina con el sometimiento a trabajo forzoso de la víctima

### ► Caso-tipo 8

El supuesto a analizar a continuación es el siguiente: "V", menor de 13 años, acude a una agencia de empleos en la que "A" le ofrece un trabajo en una fábrica textil que se encuentra ubicada en una localidad distinta. "V" acepta ser trasladado desde su ciudad hasta la localidad en la que supuestamente se encontraría la fábrica textil. Al llegar al lugar, "V" descubre que ha sido conducido a un campamento maderero en el cual debe trabajar quince horas al día, sin descanso semanal, en el que le retienen gran parte de su salario alegando que debe pagar sus gastos de alojamiento y comida y es frecuentemente maltratado por "C", quien lo amenaza con buscar a sus padres y hacerles daño en caso pretenda escapar del lugar.

### Análisis del caso

1. En el caso planteado, se presentan los dos momentos de las formas contemporáneas de esclavitud. Por un lado, la creación de condiciones para la explotación, que se manifiestan en el acto de ofrecimiento a un menor de trece años de empleo y traslado bajo engaño (sin ser necesaria la verificación del medio para la configuración del tipo penal). Por otro lado, el despliegue de actos de explotación humana, en este caso de naturaleza laboral, cuando la víctima, menor de 13 años, debe trabajar quince horas al día, sin descanso semanal, con retención de sueldos y amenazas.
2. Con relación al primer momento, cabría aplicar el tipo penal de trata de personas, tipificado en el artículo 129-A del Código Penal en los siguientes términos: "La pena será privativa de libertad no menor de 25 años, cuando: (...) 2. La víctima es menor de catorce años de edad o padece, temporal o permanentemente, de alguna discapacidad física o mental".
3. Con relación al segundo momento, cabría aplicar el tipo penal de trabajo forzoso con las agravantes de minoría de edad y procedencia de la trata de personas, tipificado en el artículo 129-O incisos 3 y 5 del Código Penal en los siguientes términos:

---

La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinte años y multa de trescientos a trescientos sesenta y cinco días-multa, en los siguientes casos: (...) 3. La víctima tiene menos de catorce años de edad. (...) 5. Se derive de una situación de trata de personas".

4. El problema que plantea este caso es que el supuesto típico lesivo (trabajo forzoso), incluso en su forma agravada, siempre tiene una pena menor que el delito de peligro (trata de personas). Así, mientras que la pena privativa de la libertad máxima para el delito de trata de personas menores de 14 años es de treinta y cinco años, la pena máxima para el delito de trabajo forzoso agravado es de veinte años. Al respecto, caben dos alternativas de solución.
5. Una primera alternativa consiste en plantear un concurso real heterogéneo de delitos entre el tipo penal de trata de personas menores de catorce años y el de trabajo forzoso sin aplicar las agravantes de minoría de edad y procedencia de la trata de personas. El argumento a favor de esta solución sería que la trata de personas y el trabajo forzoso no configuran el mismo tipo de injusto. Para su viabilidad, sería requisito que se aplique el tipo de trabajo forzoso sin agravantes. Como consecuencia de esta alternativa, el marco punitivo sería amplio y alcanzaría los treinta y cinco años de pena privativa de la libertad del delito de trata de personas menores de catorce años sin posibilidad de sumar la pena del delito de trabajo forzoso sin agravantes.
6. Una segunda alternativa es plantear un concurso aparente de normas más la aplicación de la agravante de la Parte General del Código Penal establecida en el artículo 46-A.3. En ese sentido, el argumento sería que no se puede aplicar la pena del concurso real entre el delito de trata de personas agravada y la circunstancia que agrava el trabajo forzoso derivado de la trata de personas, pues se estaría valorando doblemente el mismo injusto (la trata de personas). Correspondería entonces aplicar el marco punitivo del delito de trabajo forzoso con las agravantes de minoría de edad y procedencia. En ese caso, la pena máxima del delito agravado correspondería a veinte años de pena privativa de la libertad, pena que podría ser incrementada por concurrencia de circunstancias agravantes cualificadas (46-A.3), con lo que la pena concreta se determinaría por encima del tercio superior (veintiséis años y ocho meses de pena privativa de la libertad). Esta solución nos parece más acorde con el principio de proporcionalidad de las penas, así como con la aplicación de un derecho penal limitado.

## 2.4. Trata de personas menores de 14 años que culmina con el sometimiento a esclavitud de la víctima

### ► Caso-tipo 9

“V”, menor de 13 años, acude a una agencia de empleos en la que “A” le ofrece un trabajo en una fábrica textil que se encuentra en una localidad distinta. Sin saber que está siendo engañado, “V” acepta ser trasladado desde su ciudad hasta la localidad en la que supuestamente se encontraría la fábrica textil. Al llegar al lugar, “V” descubre que ha sido conducido a un campamento maderero en el que debe trabajar encadenado para evitar que se escape; se encuentra aislado y prohibido de comunicarse con otras personas, y es sometido a maltratos físicos intensos. “V” debe trabajar para solventar su comida, que es la misma con la que alimentan a los animales, y no recibe remuneración alguna por su trabajo.

### Análisis del caso

1. En el caso planteado, se presentan los dos momentos de las formas contemporáneas de esclavitud. Por un lado, la creación de condiciones para la explotación, que se manifiestan en el acto de ofrecimiento a un menor de 13 años de empleo y traslado bajo engaño (sin ser necesaria la verificación del medio para la configuración del tipo penal). Por otro lado, el despliegue de actos de explotación humana, en este caso de naturaleza laboral, cuando la víctima, menor de 13 años, debe trabajar encadenado, aislado y sometido a tortura física.
2. Con relación al primer momento, cabría aplicar el tipo penal de trata de personas, tipificado en el artículo 129-A del Código Penal en los siguientes términos: “La pena será privativa de libertad no menor de 25 años, cuando: (...) 2. La víctima es menor de catorce años de edad o padece, temporal o permanentemente, de alguna discapacidad física o mental”.
3. Con relación al segundo momento, cabría aplicar el tipo penal de esclavitud o servidumbre con las agravantes de minoría de edad y procedencia de la trata de personas, tipificado en el artículo 129-Ñ incisos 4 y 6 del Código Penal en

los siguientes términos: “La pena privativa de libertad es no menor de veinte ni mayor de veinticinco años, cuando: (...) 4. La víctima (...) es menor de catorce años de edad (...) 6. Se derive de una situación de trata de personas”.

4. El problema que plantea este caso es que el supuesto típico lesivo (esclavitud o servidumbre), incluso en su forma agravada, siempre tiene una pena menor que el delito de peligro (trata de personas). Así, mientras que la pena privativa de la libertad máxima para el delito de trata de personas menores de 14 años es de treinta y cinco años, aquella para quien comete el delito de esclavitud o servidumbre agravado es de veinticinco años. Al respecto, caben dos alternativas de solución.
5. Una primera alternativa es plantear un concurso real heterogéneo de delitos entre el tipo penal de trata de personas menores de 14 años y el de esclavitud o servidumbre sin aplicar las agravantes de minoría de edad y procedencia de la trata de personas. El argumento a favor de esta solución sería que la trata de personas y la esclavitud o servidumbre no configuran el mismo tipo de injusto. Para su viabilidad, sería requisito que se aplique el tipo de esclavitud o servidumbre sin agravantes. Como consecuencia de esta alternativa, el marco punitivo sería amplio y alcanzaría los treinta y cinco años de pena privativa de la libertad del delito de trata de personas menores de 14 años, sin posibilidad de sumar la pena del delito de esclavitud o servidumbre sin agravantes.
6. Una segunda alternativa consiste en plantear un concurso aparente de normas más la aplicación de la agravante de la Parte General del Código Penal establecida en el artículo 46-A.3. En ese sentido, el argumento sería que no se puede aplicar la pena del concurso real entre el delito de trata de personas agravada y la circunstancia que agrava la esclavitud o servidumbre derivada de la trata de personas, pues se estaría valorando doblemente el mismo injusto (la trata de personas). Correspondería entonces aplicar el marco punitivo del delito de esclavitud o servidumbre con las agravantes de minoría de edad y procedencia. En ese caso, la pena máxima del delito agravado correspondería a veinticinco años de pena privativa de la libertad, que podría incrementarse por concurrencia de circunstancias agravantes cualificadas (46-A.3), con lo que la pena concreta se determinaría por encima del tercio superior (treinta y tres años y cuatro meses de pena privativa de la libertad). Esta solución nos parece más acorde con el principio de proporcionalidad de las penas, así como con la aplicación de un derecho penal limitado.

## ► Referencias bibliográficas

---

**Asencio, J. M.** (1998). *Derecho procesal penal*. Tirant lo Blanch.

**García, P.** (2010). *La prueba por indicios en el proceso penal*. Editorial Reforma.

**Mir, S.** (2009). *Derecho penal. Parte general*. 9.ª edición. Reppertor.

**Rodríguez, J. A. y Montoya, Y.** (2020). *Lecciones sobre el delito de trata de personas y otras formas de explotación*. OIT, PUCP.

# Problemas concursales entre los delitos de trata de personas, explotación sexual y algunos delitos contra la libertad e indemnidad sexual

---

Julio Alberto Rodríguez Vásquez<sup>2</sup>



---

<sup>2</sup> Oficial de proyecto en la Oficina para los Países Andinos de la OIT y docente del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Investigador del Grupo de Investigación en Derecho Penal y Corrupción, Lavado de Activos, Trata de Personas y otras formas de Criminalidad Organizada de la PUCP. Máster en Criminología y Ejecución Penal por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona (España), Magíster en Derechos Humanos por la PUCP, con estudios en el Máster en Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid (España) y Abogado por la PUCP.

Este documento busca identificar los principales problemas concursales que se generan en la práctica entre los delitos de trata de personas (artículo 129-A del Código Penal), explotación sexual (artículo 129-C del Código Penal), explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (artículo 129-H del Código Penal), cliente de explotación sexual (artículo 129-E del Código Penal), cliente de adolescentes (artículo 129-J del Código Penal), violación sexual (artículo 170 del Código Penal), violación sexual de menor de edad (artículo 173 del Código Penal), tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento (artículo 176 del Código Penal) y tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos en agravio de menores (artículo 176-A del Código Penal).

Para alcanzar este objetivo, se analizarán ocho casos tipo que fueron identificados a partir de la revisión de jurisprudencia nacional y el recojo de información que se realizó con la colaboración de la Fiscalía Especializada en Delitos de Trata de Personas (FISTRAP).

## ► 1. Un hecho que se subsume en los tipos penales de violación sexual, explotación sexual con fines económicos

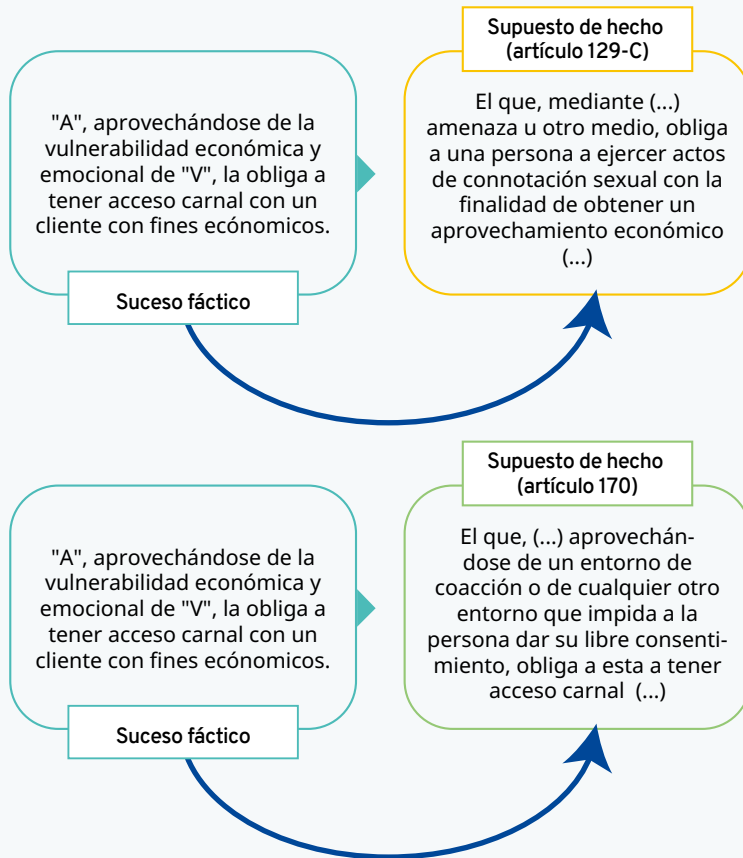
### ► Caso-tipo 1

“V”, de 20 años, conoce a “A”, de 30 años. Inician una relación romántico-afectiva y “A” toma conocimiento de que “V” se encuentra en situación de pobreza y que no tiene vínculos con familiares. “A” cubre los gastos de vivienda, alimentación, vestimenta y diversión de “V”. Además, “A” aleja progresivamente a “V” de sus pocas amistades.

Luego de tres meses, “A”, aprovechándose de la precariedad económica y la dependencia emocional de “V”, le dice que debe tener relaciones sexuales con clientes. “A” le indica que, si no lo hace, terminará con la relación romántico-afectiva y le quitará el apoyo económico. “V” acepta y tiene acceso carnal con un cliente “C” a cambio de S/150 que son entregados a “A”.

En este caso hay dos sujetos activos: “A” y “C”. En este punto se analizará el acto de “A” de obligar a “V” a tener acceso carnal con un tercero con fines de obtener provecho económico. Como se ve en la figura 1, *esta conducta calza perfectamente en el artículo 129-C y en el artículo 170 del Código Penal*. Cabe resaltar que este último precepto no exige que el sujeto activo sea quien tenga acceso carnal con la víctima. Además, desde la modificación realizada por la Ley N.°30838, contiene, dentro de los medios alternativos con los que se puede cometer, el “aprovechamiento de un entorno de coacción o cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento”.

► **Figura 1. Concurrencia de los delitos de explotación sexual y violación sexual**



Elaboración propia.

La solución en este caso tipo es aplicar el *concurso ideal de delitos* (artículo 28 del Código Penal), por lo que la pena a imponerse deberá ser hasta el máximo de la pena del delito más grave y se la podrá incrementar hasta la cuarta parte de ella (Rodríguez y Montoya, 2020, p. 93). En este caso, la pena de violación sexual —no menor de catorce ni mayor de veinte años— es mayor que la pena de explotación sexual —no menor de diez ni mayor de quince años—. Por tanto, la pena podrá ser, en principio, de hasta veinte años. Ahora bien, esta pena podría ser incrementada

hasta en una cuarta parte, es decir, hasta veinticinco años de pena privativa de libertad. Esto resulta coherente y proporcional si se toma en cuenta que, de acuerdo con el numeral 12 del primer párrafo del artículo 170, la pena del delito de violación sexual se puede elevar hasta veintiséis años cuando la víctima es agravada por su condición de mujer. A nuestro juicio, el hecho de que el límite superior de la pena abstracta de un acto que supone violación sexual y explotación sexual sea similar al de una violación sexual que supone violencia contra una mujer basada en género es coherente con el principio de proporcionalidad exigido para resolver concursos (Molina, 2019).

A continuación, se resaltarán los argumentos que sustentan la aplicación del concurso ideal de delitos:

- No existe pluralidad de hechos, por lo que no puede aplicarse el concurso real.
- El supuesto de hecho calza en el delito de explotación sexual debido a que la víctima es cosificada sexualmente. La mercantilización —plasmada en el aprovechamiento económico del autor generado por el control abusivo que ejerce sobre la víctima— evidencia esta cosificación severa que afecta la dignidad humana (bien jurídico por el delito de explotación sexual).
- La lesión a la libertad sexual producida con el acceso carnal forzado no se encuentra suficientemente desvalorada por el delito de explotación sexual, toda vez que exige cualquier acto de contenido sexual, incluidos algunos hechos que presentan menor desvalor —como los tocamientos no consentidos—. En sentido inverso, el delito de violación sexual no desvalora la cosificación severa que se produce con la mercantilización de la víctima, ya que este se puede aplicar a actos individuales sin contexto de explotación. Por tanto, la aplicación del concurso ideal no infringe el *ne bis in idem*.
- No es posible aplicar el principio de especialidad del concurso de leyes —también llamado concurso aparente de leyes—, debido a que no existe una ley general y una ley especial que le añada características específicas. La relación entre la ley penal de violación sexual y la ley penal de explotación sexual no es de inclusión, sino de interferencia. Así, hay supuestos que calzan en la violación sexual que no son subsumibles en la explotación sexual, y viceversa.
- No es posible aplicar el principio de consunción, ya que ni la violación ni la explotación sexual captan de manera suficiente el hecho. Como se dijo antes, la violación sexual no incluye, de manera suficiente, el desvalor por la cosificación severa producida por la mercantilización, mientras que la explotación sexual no incluye, de manera suficiente, el desvalor que se da con la grave afectación a la libertad sexual producida como efecto del acceso carnal forzado.

Ahora bien, ¿qué sucede si, como en la siguiente variante del caso-tipo 1, la víctima "V" tiene menos de 18 años y más de 13?

### ► Caso-tipo 2

"V", de 15 años, conoce a "A", de 30 años. Inician una relación romántico-afectiva y "A" toma conocimiento de que "V" se encuentra en situación de pobreza y que no tiene vínculos con familiares. "A" cubre los gastos de vivienda, alimentación, vestimenta y diversión de "V". Además, aleja progresivamente a "V" de sus pocas amistades.

Luego de tres meses, "A", aprovechándose de la precariedad económica y la dependencia emocional de "V", le dice que debe tener relaciones sexuales con clientes. "A" le indica que, si no lo hace, terminará con la relación romántico-afectiva y le quitará el apoyo económico. "V" acepta y tiene acceso carnal con un cliente "C" a cambio de S/150 que son entregados a "A".

Aquí la solución es la misma, solo que el concurso ideal de delitos se produce entre la violación sexual (artículo 170) y la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (artículo 129-H). Este último delito tiene una pena no menor de 15 ni mayor de 20 años, que es menor que la de la violación sexual agravada por tener una víctima entre 14 y menos de 18 años. Este último supuesto tiene una pena no menor de veinte ni mayor de veintiséis años (artículo 170, párrafo primero, numeral 11). Así, el marco abstracto de la pena deberá ser, en principio, entre veinte y veintiséis años de pena privativa de libertad —pena establecida para la violación sexual agravada—, pudiéndose elevar hasta en una cuarta parte —esto es, treinta y dos años y seis meses—.

En los supuestos anteriores, "A" empleó medios abusivos para cometer los delitos. Sin embargo, ¿qué hubiese sucedido si "A" no hubiera empleado ningún tipo de medio y "V" fuese una adolescente mayor de 13 y menor de 18 años? Esta variante se puede ver en el siguiente ejemplo.

### ► Caso-tipo 3

“V”, de 15 años, conoce a “A”, de 30 años. Inician una relación romántico-afectiva. “A” le dice a “V” que requiere dinero y que, por tanto, debe tener relaciones sexuales con clientes. “V” acepta y tiene acceso carnal con un cliente “C” a cambio de S/150 que son entregados a “A”.

En esta variante no se habría cometido ningún delito de violación sexual, toda vez que nuestro ordenamiento exige que para la comisión de delito el autor emplee algún medio para doblegar la voluntad de la víctima cuando esta tiene 14 años o más. Sin embargo, el artículo 129-H no requiere la presencia de medios para víctimas entre 14 años a menos de 18, por lo que este delito sí debe aplicarse en esta variante.

Finalmente, ¿qué ocurre si la víctima tiene menos de 14 años?

### ► Caso-tipo 4

“V”, de 13 años, conoce a “A”, de 30 años. Inician una relación romántico-afectiva. “A” convence a “V” de escaparse de su casa y vivir con él.

Luego de tres meses, “A” le dice a “V” que requieren dinero y que, por tanto, debe tener relaciones sexuales con clientes. “V” acepta y tiene acceso carnal con un cliente “C” a cambio de S/150 que son entregados a “A”.

Aquí el concurso ideal se produce entre la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (artículo 129-H) y la violación sexual de menor de edad (artículo 173). El concurso producido también es ideal. Sin embargo, la pena será de cadena perpetua, toda vez que el artículo 173 lo establece así.

## ► 2. Un acto que se subsume en los tipos penales de tocamientos o actos de connotación sexual y explotación sexual

---

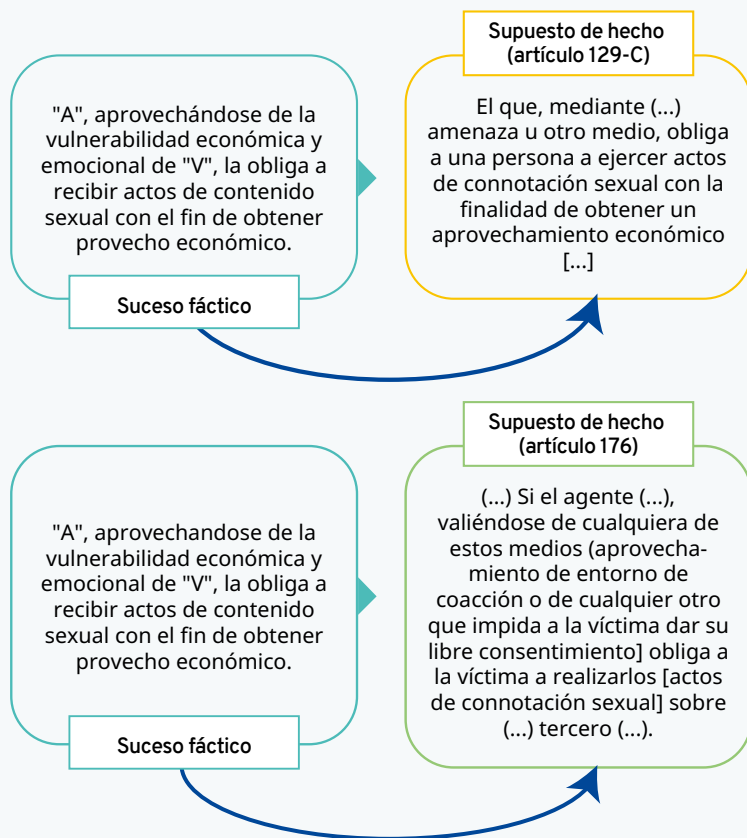
### ► Caso-tipo 5

“V”, de 20 años, conoce a “A”, de 30 años. Inician una relación romántico-afectiva y “A” toma conocimiento de que “V” se encuentra en situación de pobreza y que no tiene vínculos con familiares. “A” cubre los gastos de vivienda, alimentación, vestimenta y diversión de “V”. Además, aleja progresivamente a “V” de sus pocas amistades.

Luego de tres meses, “A”, aprovechándose de la precariedad económica y la dependencia emocional de “V”, le dice que debe fomentar la venta de alcohol en su bar y, para ello, deberá recibir tocamientos de carácter sexual por parte de clientes. “A” le indica que, si no lo hace, terminará con la relación romántico-afectiva y le quitará el apoyo económico. “V” acepta y recibe tocamientos en las piernas y glúteos por parte de clientes que consumen alcohol en el bar de “A”.

El acto que se analizará es el de “A”, consistente en obligar a “V” a recibir tocamientos de carácter sexual de un tercero con fines de obtener provecho económico. Como se ve en el cuadro siguiente, *esta conducta calza perfectamente en el artículo 129-C y en el artículo 176 del Código Penal.*

► **Figura 2. Concurrencia de los delitos de explotación sexual y tocamientos/actos de connotación sexual no consentidos**



Elaboración propia.

La solución de este caso-tipo es aplicar el *concurso de leyes penales*, por lo que solo deberá ejecutarse el delito de explotación sexual (artículo 129-C) y la pena asociada a él —no menor de diez ni mayor de quince años— (Rodríguez y Montoya, 2020, p. 93). A continuación, se resaltarán los argumentos que sustentan la aplicación del concurso ideal de delitos:

► No existe pluralidad de hechos, por lo que no puede aplicarse el concurso real.

- Resulta aplicable el concurso de leyes penales. Específicamente, se debe utilizar el *principio de consunción por hecho acompañante del tipo* (Caramuti, 2018, p. 180). Esta clase de casos se caracterizan porque el suceso fáctico supone la realización de dos delitos autónomos que regularmente concurren, siendo uno de ellos el que tiene una pena lo suficientemente elevada como para desvalorar plenamente el hecho (Escuchuri, 2004, p. 182). De esto modo, el tipo penal de explotación sexual tiene una pena lo suficientemente alta como para desvalorar plenamente el hecho. Además, el supuesto de hecho del segundo párrafo del artículo 176 abarca supuestos cuya lesividad es en la práctica lo mínimamente exigible para cometer la explotación sexual —es decir, realizar actos de contenido sexual—.

Finalmente, es preciso resaltar que la misma situación se produce cuando la víctima es menor de 18 años. En ese caso, el delito y la pena aplicable serán los contenidos en el artículo 129-H —explotación sexual de niños, niñas y adolescentes—.

### ► 3. Un acto que se subsume: cliente de explotación sexual/adolescentes y violación sexual

---

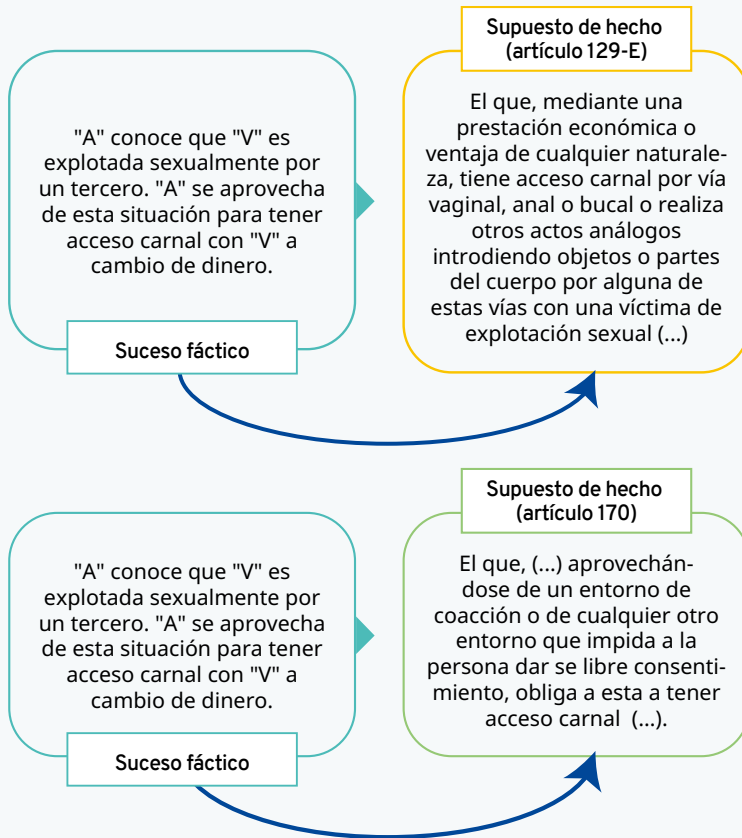
#### ► Caso-tipo 6

“V”, de 20 años, es explotada sexualmente por “A”. “C” sabe que, a través de amenazas, “A” obliga a “V” a realizar actos de contenido sexual con clientes. “C” le entrega S/150 a “A” y tiene acceso carnal con “V”.

Este caso podría parecer, a primera vista, sencillo, pues aparenta ser un típico supuesto de cliente de explotación sexual, delito que fue creado para sancionar penalmente a quien obtiene satisfacción sexual de una víctima explotada. Sin embargo, la tipificación autónoma de este delito no tomó en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico ya sancionaba este comportamiento con un delito más grave: la violación sexual.

Como se dijo antes, a raíz de la modificatoria realizada por la Ley 30838, la violación sexual se puede cometer no solo a través de violencia y grave amenaza, sino también por medio del aprovechamiento de un entorno de coacción o cualquier otro que impida dar a la persona su libre consentimiento. Es evidente que el ser explotada sexualmente —a través de violencia, amenaza, fraude, engaño, abuso de situación de vulnerabilidad, etcétera— constituye un entorno que impide a la víctima dar su libre consentimiento, de modo tal que quien lo conoce y se aprovecha de él para tener acceso carnal realiza un comportamiento subsumible en el artículo 170. Probablemente, el legislador no tomó en cuenta que el delito de cliente de explotación sexual requiere del conocimiento de la explotación sexual y, con ello, del aprovechamiento de dicho entorno coercitivo. Sin embargo, el principio de culpabilidad exige que el 129-E se aplique únicamente si el perpetrador actuó con dolo.

► **Figura 3. Concurrencia de los delitos de cliente de explotación sexual y violación sexual**



Elaboración propia.

Aquí hay dos soluciones posibles y proporcionales: i) la primera, que es la que parece más aconsejable, es identificar el *concurso de leyes penales* y, en orden al principio de proporcionalidad, aplicar únicamente el delito de violación sexual; ii) la segunda, identificar el *concurso ideal de delitos*. En el primer caso, el marco abstracto de la pena sería el de la violación sexual: no menor de catorce ni mayor de veinte años. Bajo la segunda alternativa, la pena se podría elevar hasta una cuarta parte, esto es, por encima de los veinte y hasta veinticinco años.

Los argumentos para decidir por estas soluciones son los siguientes:

- Aplicar únicamente el delito de cliente de explotación sexual sería contrario al principio de proporcionalidad ordinal, toda vez que se sancionaría con una pena menor —no menos de nueve ni mayor de doce años— a quien tiene acceso carnal aprovechándose de un entorno coercitivo a cambio de ventaja respecto de quien no entrega ventaja. De esta forma, se estaría privilegiando irrazonablemente un comportamiento más lesivo.
- Optar por el concurso ideal permitiría evitar una resolución lesiva al principio de proporcionalidad. Sin embargo, el artículo 170 tiene una pena lo suficientemente elevada como para abarcar o desvalorar plenamente la conducta, por lo que no parecería ser la mejor salida. Por este motivo, sería más aconsejable operar con el concurso de leyes y aplicar el principio de consunción o, en todo caso, el principio de alternatividad —reconocido recientemente por la Corte Suprema en el RN N.º 1209-2019/Lima—, el que permite aplicar la ley que sancione el hecho con la pena más grave.

Una salida similar se produciría si la víctima tiene entre 14 y 17 años, supuesto en el que la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (artículo 129-J) cedería a favor de la violación sexual (artículo 170). Sin embargo, el artículo 129-J mantiene un radio de aplicación para aquellos casos en los que una víctima tiene entre 14 y 17 años y el cliente entrega dinero o ventaja sin aprovecharse de una situación de explotación sexual. Ello en virtud de que el artículo 129-J no hace referencia a que la víctima sea explotada sexualmente.

## ► 4. Un acto de violación sexual u otro delito contra la libertad/indemnidad sexual que ocurre antes o durante la trata de personas con fines de explotación sexual

---

### ► Caso-tipo 7

“A” amenaza a su hijastra, “V”, de 15 años de edad, con mandar a la cárcel a su madre si no tiene acceso carnal con ella. “V” acepta y tiene acceso carnal con “A”. Luego, “A” le dice a “V” que debe tener relaciones sexuales con dos amigos suyos que le han entregado dinero; si no lo hace, le dirá a su madre y a toda su familia que ya ha tenido relaciones sexuales con él. “V” acepta tener relaciones sexuales con los dos amigos-clientes de “A”.

### ► Caso-tipo 8

“A”, a través de un engaño, capta a “V”, de 15 años, con fines de explotación sexual. “A” le ofreció a “V” un trabajo de mesera en su bar, pero pensaba explotarla sexualmente. “V” es transportada al bar por “A”, donde se le revela la verdadera naturaleza del trabajo. “V” se niega. Con el fin de “ablandarla”, “A” la fuerza a tener acceso carnal con él.

Los dos últimos casos presentados deben ser resueltos de la misma manera: a través de un concurso real de delitos heterogéneo entre la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (artículo 129-H) y el delito de violación sexual (artículo 170). Esto es así porque estamos frente a acciones claramente diferenciables, por lo que no se puede aplicar el concurso ideal de delitos o el concurso de leyes penales —también conocido como *concurso aparente*—.

## ► Referencias bibliográficas

---

**Caramuti, C.** (2018). *Concurso de delitos*. Hamurabi.

**Escuchuri, E.** (2004). *Teoría del concurso de leyes y de delitos*. Comares.

**Molina, F.** (2019). Concurso de leyes y delitos. *Memento práctico penal* (pp. 441-455). Franciss Lefebvre.

**Rodríguez, J. A. y Montoya, Y.** (2020). *Lecciones sobre el delito de trata de personas y otras formas de explotación*. OIT/CICAJ/Comisión de Justicia de Género del Poder Judicial.

# Problemas concursales entre los delitos de pornografía infantil, chantaje sexual, acoso sexual y proposición a niñas, niños y adolescentes de actos de contenido sexual

Ingrid Díaz Castillo<sup>3</sup>



<sup>3</sup> Docente auxiliar del Departamento de Derecho de la PUCP, de donde también es Investigadora del Grupo de Investigación en Derecho penal, Corrupción, Trata de Personas, Lavado de Activos y otras Formas de Criminalidad Organizada. Doctora en Derecho Penal y Máster en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca (España).

Este documento analizará la relación entre el delito de trata de personas y la explotación sexual con algunos tipos penales que protegen la libertad e indemnidad sexual. Particularmente, se abordarán los problemas concursales producidos con el acoso sexual, el chantaje sexual, las proposiciones sexuales a niños, niñas y adolescentes, y la pornografía infantil. El documento se estructurará de la siguiente forma: i) aproximación a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual antes mencionados; ii) presentación de casos-tipo problemáticos; y, iii) solución a los casos-tipo presentados.

## ► 1. Ideas preliminares

El delito de acoso sexual se encuentra regulado en el artículo 176-B del Código Penal de la siguiente forma:

**Artículo 176-B.** El que, de cualquier forma, vigila, persigue, hostiga, asedia o busca establecer contacto o cercanía con una persona sin el consentimiento de esta, para llevar a cabo actos de connotación sexual, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años e inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 5, 9, 10 y 11 del artículo 36.

Igual pena se aplica a quien realiza la misma conducta valiéndose del uso de cualquier tecnología de la información o de la comunicación.

Como se observa, este delito tiene como conductas típicas el vigilar, perseguir, hostigar, asediar o buscar establecer contacto con alguien sin su consentimiento. No obstante, estos comportamientos no son suficientes para la configuración del tipo, sino que debe acreditarse que tales conductas están dirigidas a una finalidad, es decir, la de llevar a cabo actos de connotación sexual con la víctima. Esta estructura puede ser visualizada en la tabla 1.

► **Tabla 1. Estructura típica del delito de acoso sexual**

Tipo objetivo	
<b>Sujeto activo</b>	Cualquier persona
<b>Sujeto pasivo</b>	Cualquier persona
<b>Medios comisivos</b>	Cualquier forma (incluido uso de cualquier tecnología de la información)
<b>Conductas típicas alternativas</b>	Vigilar, perseguir, hostigar, asediar o buscar establecer contacto o cercanía con una persona, sin el consentimiento de esta
Tipo subjetivo	
Doloso	
<b>Finalidad</b>	Llevar a cabo actos de connotación sexual

Elaboración propia.

El delito de acoso sexual suele confundirse con la infracción administrativa denominada *acoso callejero* o *acoso en espacios públicos*, como con el delito de acoso —comprendido en el artículo 151-A del Código Penal—. Sin embargo, los elementos del delito contenidos en el artículo 176-B evidencian que el delito de acoso sexual, a diferencia de la infracción administrativa y del delito de acoso, requiere un elemento subjetivo adicional referido a la finalidad de llevar a cabo actos de connotación sexual. Así, es preciso recordar lo siguiente:

- La infracción administrativa, regulada en la Ley 30314, sanciona básicamente la realización de comentarios, gestos o tocamientos de connotación sexual, prescindiendo de la finalidad perseguida por el delito de acoso sexual.
- El delito de acoso —artículo 151-A del Código Penal— sanciona el vigilar, perseguir, hostigar, asediar o buscar establecer contacto o cercanía con una persona sin su consentimiento, no con la finalidad de llevar a cabo con la víctima actos de connotación sexual, sino de modo que pueda alterar el normal desarrollo de la vida cotidiana de esta.

Por otro lado, el delito de chantaje sexual se encuentra regulado de la siguiente forma:

**Artículo 176-C.** El que amenaza o intimida a una persona, por cualquier medio, incluyendo el uso de tecnologías de la información o comunicación, para obtener de ella una conducta o acto de connotación sexual, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años e inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 5, 9, 10 y 11 del artículo 36.

La pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años e inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 5, 9, 10 y 11 del artículo 36, si para la ejecución del delito el agente amenaza a la víctima con la difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios de contenido sexual en los que esta aparece o participa.

Como se puede ver, el chantaje sexual es un tipo penal que sanciona a quien amenaza o intimida a una persona con una finalidad: la de obtener de ella una conducta o acto de connotación sexual. Este tipo penal contiene un agravante, según el cual el acto recibirá mayor reproche si para la ejecución de la amenaza el agente anuncia que difundirá imágenes, material audiovisual o audios con contenido sexual en los que la víctima aparece o participa. En este sentido, la estructura típica de este delito puede ser visualizada mejor en la tabla 2.

► **Tabla 2. Estructura típica del delito de chantaje sexual**

Tipo objetivo	
<b>Sujeto activo</b>	Cualquier persona
<b>Sujeto pasivo</b>	Cualquier persona
<b>Medios comisivos</b>	Cualquier forma (incluido uso de cualquier tecnología de la información)
<b>Conductas típicas alternativas</b>	Amenazar o intimidar, incluido el anuncio de la difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios de contenido sexual en los que aparece o participa la víctima
Tipo subjetivo	
<b>Doloso</b>	
<b>Finalidad</b>	Obtener de ella una conducta o acto de connotación sexual

Elaboración propia.

La relación entre el chantaje sexual y el acoso sexual es compleja si se toma en cuenta que el delito de acoso sexual también hace referencia a comportamientos coactivos o intimidatorios, como vigilar, perseguir, asediar, hostigar o intentar establecer contacto con la víctima. No obstante, guiados por la pena impuesta por el legislador a uno y otro delito, parece claro que el uso de medios coactivos —de menor intensidad— están reservados para el delito de chantaje sexual.

Por su parte, el delito de proposiciones sexuales a niños, niñas y adolescentes se encuentra tipificado en el artículo 183-B del Código Penal:

**Artículo 183-B.** El que contacta con un menor de catorce años para solicitar u obtener de él material pornográfico, o para proponerle llevar a cabo cualquier acto de connotación sexual con él o con tercero, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de nueve años e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2, 4 y 9 del artículo 36.

Cuando la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años, y medie engaño, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación, conforme a los numerales 1, 2, 4 y 9 del artículo 36.

Ciertamente, este tipo penal ha sido bastante cuestionado, en primer término, con relación a su ubicación sistemática. En primer lugar, en la doctrina comparada, el *child grooming* es un fenómeno criminal que pone en peligro la indemnidad sexual, a pesar de lo cual, en nuestro ordenamiento jurídico, es considerado un delito de ofensas al pudor público.

En segundo lugar, las penas establecidas para este tipo penal son más elevadas que las previstas para la misma conducta cometida mediante el internet o medios análogos; las que se encuentran tipificadas en el artículo 5 de la Ley N.º 30096, Ley de Delitos Informáticos. En esa medida, no se explica cómo siendo las nuevas tecnologías de la información mecanismos con mayor impacto y riesgo para menores, su uso no represente una agravación de la pena. Por ello, se requiere una modificación punitiva urgente con relación al mencionado artículo 5 de la Ley N.º 30096, el cual regula el delito de “Proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos”.

En tercer lugar, resulta importante que se valore cuál es el bien jurídico que protege este tipo penal en la legislación nacional. En este sentido, si se toma en cuenta que este delito constituye un paso previo a la pornografía infantil —delito que protege la dignidad humana—, parece evidente que el bien jurídico protegido no es el llamado pudor público, sino la dignidad entendida como no cosificación. Este bien jurídico representa mejor la razón de ser de este delito, en la medida en que, como se dijo, tipifica conductas que anteceden a la pornografía infantil y a la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes. Esto, además, explica por qué el segundo párrafo del artículo 183-B —al igual que el segundo párrafo del artículo 5 de la Ley 30096— extiende su radio de protección a personas comprendidas entre los 14 y 18 años.

El delito de pornografía infantil se tipifica en el Perú del siguiente modo:

**Artículo 129-M.** El que posee, promueve, fabrica, distribuye, exhibe, ofrece, comercializa, publicita, publica, importa o exporta por cualquier medio objetos, libros, escritos, imágenes, videos, o realiza espectáculos en vivo de carácter sexual, en los cuales participen menores de dieciocho años de edad, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años y con ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días multa.

La pena privativa de libertad será no menor de diez años ni mayor de quince años, y de cincuenta a trescientos sesenta y cinco días multa cuando:

1. La víctima tenga menos de catorce años de edad.
2. El material se difunda a través de las tecnologías de la información o de la comunicación o de cualquier otro medio que genere difusión masiva.
3. El agente actúe como miembro o integrante de una banda u organización criminal.

En todos los casos se impone, además, la pena de inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10 y 11.

Este delito ha sido recientemente incorporado al listado de ilícitos contra la dignidad, de modo tal que ya no es considerado una ofensa al pudor público. Como se observa en la tabla 3, el delito en análisis sanciona una serie de conductas que no se limitan a la fabricación de material pornográfico, sino que comprenden la posesión, promoción, fabricación, distribución, exhibición, ofrecimiento, comercialización, publicación, importación o exportación. En cuanto al objeto del delito, se trata de objetos, libros, escritos, imágenes, videos o espectáculos en vivo de carácter sexual, en los cuales participan menores de 18 años. A partir de ello, el delito se aleja del artículo 9 del Convenio de Budapest, ya que este incluye en el concepto de pornografía infantil a la representación visual de un menor adoptando un comportamiento sexualmente implícito, pero también la representación de una persona que parezca un menor adoptando tal comportamiento y las imágenes realistas que representan a un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito.

► **Tabla 3. Estructura típica del delito de pornografía infantil**

Tipo objetivo	
<b>Sujeto activo</b>	Cualquier persona
<b>Sujeto pasivo</b>	Cualquier persona menor de 18 años
<b>Conductas típicas alternativas</b>	Poseer, promover, fabricar, distribuir, exhibir, ofrecer, comercializar, publicitar, publicar, importar o exportar, por cualquier medio, objetos, libros, escritos, imágenes, videos o audios en los cuales participen menores de dieciocho años Realizar espectáculos en vivo de carácter sexual en los que participen menores de dieciocho años
Tipo subjetivo	
<b>Doloso</b>	

Elaboración propia.

## ► 2. Casos-tipo

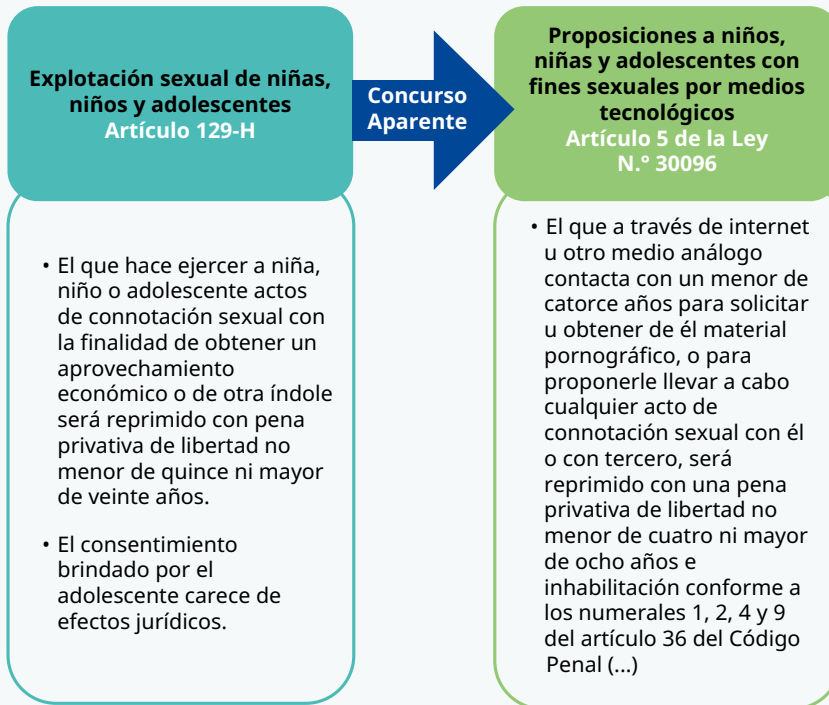
---

### ► Caso-tipo 1

“A”, adolescente de 15 años, es contactada, a través de Facebook, por el perfil falso de una persona identificada como “B”, quien le propone que brinde sus servicios sexuales a diferentes parroquianos a cambio del pago de S/150, de los cuales “A” debía entregar una parte a “B”, por haberle concertado dichos encuentros; es así que, al finalizar cada servicio sexual, “A” depositaba parte del dinero recibido a una cuenta bancaria que se encontraba a nombre de “B”.

Como se ve en la figura 1, este caso plantea la relación que puede existir entre el delito de explotación sexual de menores y el delito de proposiciones sexuales a niños, niñas y adolescentes contenido en el artículo 5 de la Ley N.º 30096. Al respecto, mientras el primero alude a hacer ejercer a la víctima actos de connotación sexual, el segundo tiene que ver con conductas preparatorias para la realización de tal conducta. En esa medida, habiendo entre los tipos penales una relación de progresión, estamos frente a un concurso aparente de leyes en el que prevalece el artículo 129-H del Código Penal.

► **Figura 1. Solución al caso-tipo 1**



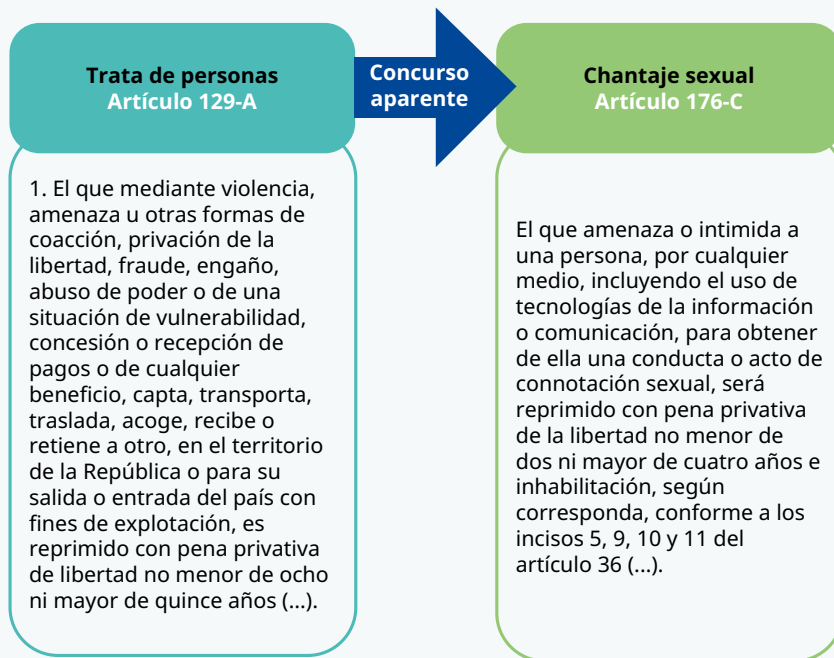
Elaboración propia.

► **Caso-tipo 2**

“A”, una adolescente de 19 años, contacta por las redes sociales con “B”, quien finge ser menor de edad. “B” enamora a “A” y le pide videos y fotos desnuda, a lo cual “A” accede; luego “B” le dice a “A” que tiene una gran oferta laboral para ella, ya que puede presentarle clientes dispuestos a tener relaciones sexuales a cambio de mucho dinero. Ante ello, “B” le dice a “A” que si no accede a lo solicitado difundirá el material entregado.

El caso-tipo 2 plantea el debate en torno a la relación que puede existir entre el delito de trata de personas y el delito de chantaje sexual. En buena cuenta, siendo uno de los medios comisivos de la trata la amenaza u otras formas de coacción, la pregunta a resolver es si el chantaje sexual quedaría subsumido por tal medio comisivo o no. Al respecto, consideramos que se trata de un concurso aparente de leyes, ya que el artículo 176-C es reflejo de una conducta intimidatoria que, siendo de las menos lesivas, bien puede comprenderse dentro del delito de trata de personas.

► **Figura 2. Solución al caso-tipo 2**



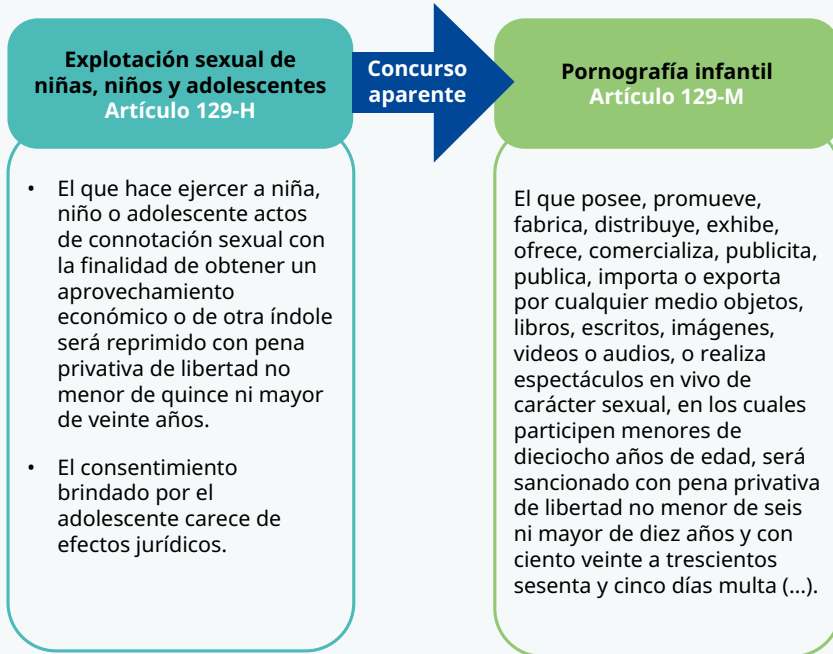
Elaboración propia.

► **Caso-tipo 3**

La adolescente "A", de 13 años, conoce a "B" a través de un juego en línea y se hacen amigos. "B" miente sobre su edad e identidad: se hace pasar por un adolescente de 14 años y logra enamorar a "A". Luego de mantener una relación amorosa virtual por 15 días, "B" le pide a "A" que le envíe *packs* y videos *hot*. "A" se niega en un primer momento, pero "B" le dice que, si no lo hace, él va a terminar con ella. "A" cumple con los deseos de "B", y "B" le consulta qué le parece si el material realizado se ofrece a la venta, a lo que ella se niega; no obstante, "B" ya había procedido a comercializar el material.

Este caso plantea un problema complejo, si se toman en cuenta los comportamientos típicos del delito de pornografía infantil. Al respecto, como han señalado Rodríguez y Montoya (2020), normalmente las conductas de poseer, distribuir, fabricar, exhibir, ofrecer, publicar, publicitar, importar y exportar suelen realizarse con posterioridad a la explotación sexual; así, en ese contexto estaríamos ante un concurso real de delito. No obstante, como apuntan los autores, la fabricación y promoción de la pornografía se realiza de manera coetánea a los actos propios de explotación sexual de niños, niñas y adolescentes. En ese caso se considera que, a efectos de no vaciar de contenido al delito de pornografía infantil, es este el que prevalecería, pues nos encontramos ante un concurso aparente de leyes.

► **Figura 3. Solución al caso-tipo 3**



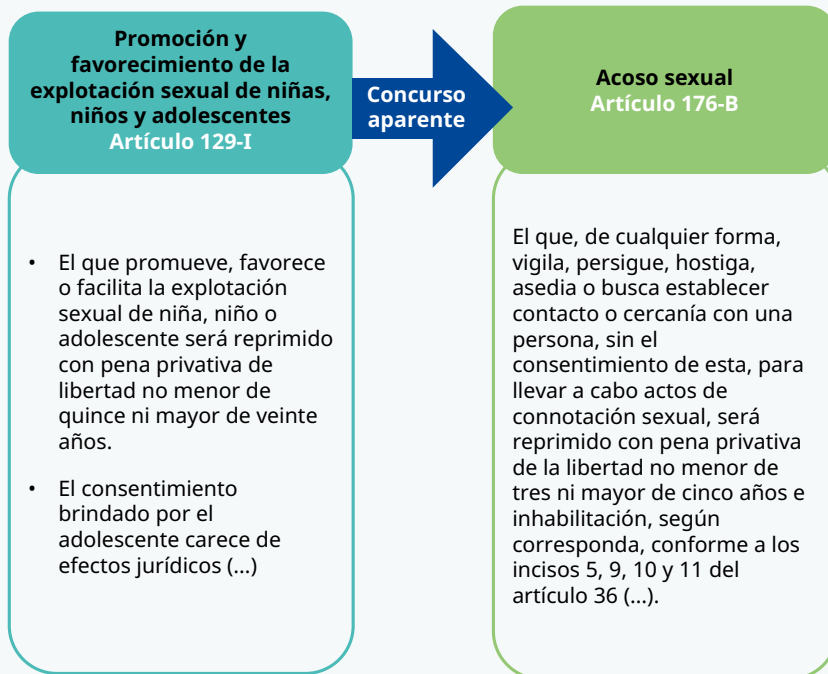
Elaboración propia.

#### ► Caso-tipo 4

La adolescente venezolana "A" (de 17 años) viaja a Lima porque había sido contratada como dama de compañía. "A", de acuerdo con lo conversado, debía pagar con su "trabajo" 300 dólares a un empresario peruano que le financió el viaje y la bolsa de viaje. Una vez en Lima, "A" es recibida por "B", quien le indica que hubo un mal entendido respecto a la deuda, pues el monto a pagar no era 300 sino 3000 dólares. Además, le indica a "A" que debe vivir en los lugares donde ellos le señalen y tiene asimismo que pagar una cuota por el cobro que les realizan los dueños de las "plazas" para que ella pueda ofrecerse a los clientes. Es así que "A" empieza a pararse en un parque público donde es controlada por "C" —empleado de "B"—, quien llevaba la cuenta de cuántos clientes atendía y al final del día recolectaba el dinero obtenido por ella. Una vez terminada su "jornada de trabajo", "A" era conducida por "C" al lugar donde vivía. Allí era encerrada y vigilada por "D" —quien también es empleado de "B"—. Una noche "D" le propone a "A" tener relaciones sexuales, pero ella se niega. A partir de esa fecha, "D" le solicita de manera insistente y reiterada que acepte tener relaciones sexuales con él.

En este caso se observan dos comportamientos distintos. El primero consiste en que "C" favorece la explotación sexual de "A", menor de edad, vigilándola a efectos de que esta continúe "prostituyéndose" con la finalidad de solventar la "deuda" contraída por su traslado a Lima. La segunda conducta tiene características y finalidades distintas, vale decir, la hostiga, asedia, persigue o intenta establecer contacto con ella para llevar a cabo un acto de connotación sexual. Aunque ambas conductas coexisten después de que "C" intenta mantener relaciones sexuales con "A", no se encuentran en la propia descripción típica de los delitos de promoción-favorecimiento de explotación sexual de niñas, niños y adolescentes y acoso sexual un elemento común que permita establecer que uno de ellos puede comprender al otro. Por el contrario, estamos frente a descripciones típicas distintas que exigen comportamientos diferentes, motivo por el cual lo que tenemos delante son conductas diferenciadas que conllevan tipicidades distintas, de modo que nos encontramos frente a un concurso real de delitos.

► **Figura 4. Solución al caso-tipo 4**



Elaboración propia.

## ► Referencias bibliográficas

---

**Rodríguez, J.A. y Montoya, Y.** (2020). *Lecciones sobre el delito de trata de personas y otras formas de explotación*. OIT/PJ/CICAJ-PUCP.

# Problemas concursales entre los delitos de trata de personas/explotación y algunos delitos contra la vida, la libertad, el cuerpo y la salud

---

Ingrid Díaz Castillo<sup>4</sup>

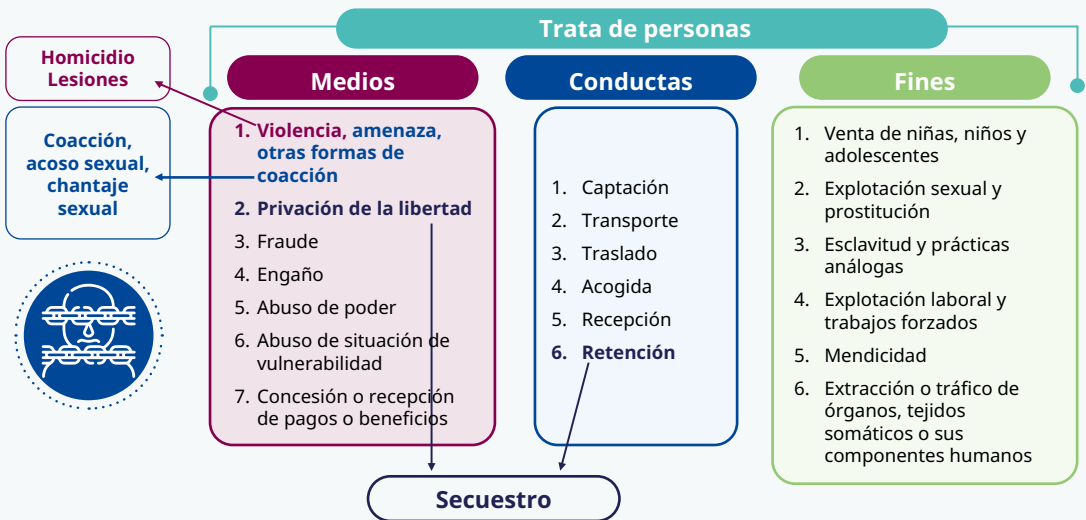


---

<sup>4</sup> Docente auxiliar del Departamento de Derecho de la PUCP, de donde también es Investigadora del Grupo de Investigación en Derecho penal, Corrupción, Trata de Personas, Lavado de Activos y otras Formas de Criminalidad Organizada. Doctora en Derecho Penal y Máster en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca (España).

La descripción típica del delito de trata de personas, especialmente en cuanto a alguno de sus medios y conductas, permite relacionarlo con otros tipos penales de la Parte Especial y, como consecuencia de ello, plantea cuestionamientos en cuanto a la posible existencia de un concurso de delitos o de un concurso de normas. Situación similar puede trasladarse al delito de explotación sexual, cuyos medios comisivos coinciden con los contenidos en el delito de trata de personas.

► **Figura 1. Situaciones comunes en las que la trata de personas es cometida a través de medios que constituyen delitos autónomos**



Elaboración propia.

Particular interés suscita, en ese contexto, el empleo de violencia que puede derivar en un homicidio o en lesiones contra la víctima. Así mismo, la amenaza u otras formas de coacción se relacionan con delitos como la coacción, el acoso sexual o el chantaje sexual. Finalmente, la privación de la libertad y el comportamiento de retención se vinculan al secuestro.

En este artículo se presentarán ejemplos de estas relaciones poniendo en el centro los delitos contra la vida, la salud individual y la libertad personal. La idea es que cada ejemplo grafique escenarios diversos en torno a las posibles situaciones de concurso entre la trata de personas con fines de explotación sexual y la explotación sexual con el grupo de delitos referido.

## ► 1. Trata de personas a través de un medio –violencia– que constituye feminicidio/homicidio

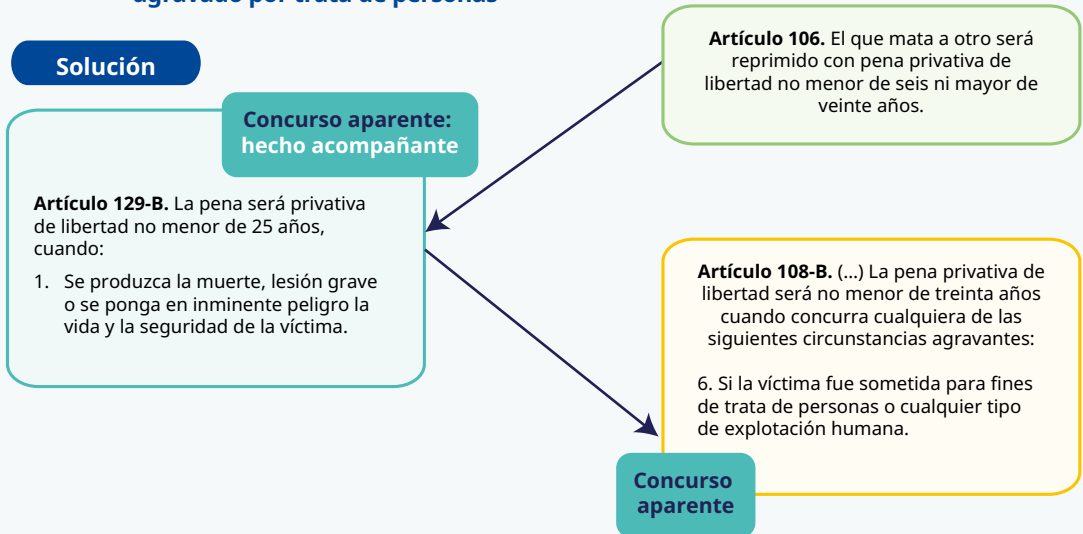
### ► Caso-tipo 1

“A”, de 19 años, es seducida por “B”, de 32 años, con quien tiene una relación sentimental. “B” le propone a “A” trasladarse de Cuzco a Iquitos para que puedan vivir juntos. En el camino, “B” le dice a “A” que no tiene dinero y que ella debía prostituirse en un burdel de Iquitos para que puedan seguir juntos. “A” no acepta la propuesta, por lo que “B” procede a golpearla fuertemente con la finalidad de que acceda a la proposición. Los golpes son de tal intensidad que “B” causa la muerte de “A”.

Este caso plantea la discusión en torno a la relación entre el delito de trata de personas con fines de explotación sexual y el delito de homicidio o, en su caso, de feminicidio. En estricto, el artículo 129-B del Código Penal, que regula los agravantes de la trata de personas, comprende entre sus supuestos la producción de la muerte de la víctima, estableciéndole una pena no menor de veinticinco años. Por su parte, el delito de homicidio sanciona con una pena no menor de seis ni mayor de veinte años a quien cause la muerte de otro; mientras, el feminicidio contiene un agravante, según el cual cuando se mate a una mujer por el incumplimiento de un estereotipo de género,<sup>5</sup> la pena será no menor de treinta años si la víctima fue sometida para fines de trata de personas o cualquier tipo de explotación humana.

<sup>5</sup> Esta ha sido la interpretación dada al elemento “por su condición de tal” por parte de la Corte Suprema de Justicia en el Acuerdo Plenario N.º 9-2019/CJ-116.

► **Figura 2. Trata agravada por muerte y feminicidio agravado por trata de personas**



Elaboración propia.

En ese contexto, si se establece el debate en torno al artículo 129-B y el artículo 106 del Código Penal, consideramos que se trata de un *concurso aparente de normas*, por cuanto el delito de trata de personas agravado comprende la causación de la muerte como consecuencia de la realización de la primera conducta. No obstante, si el debate se produjera entre el artículo 129-B del Código Penal y el delito de feminicidio, consideramos que el primero no subsume la conducta típica del segundo, es decir, causar la muerte de una mujer por el incumplimiento de un estereotipo de género. Por esta última razón, siendo que *el artículo 108-B agravado comprende de manera completa el desvalor de la conducta, es este el que debería prevalecer en lo que consideramos es un concurso aparente de normas.*

## ► 2. Trata de personas a través de un medio –violencia– que lesiona gravemente a la víctima

### ► Caso-tipo 2.

“A”, de 19 años, es seducida por “B”, de 32, con quien tiene una relación sentimental. “B” le propone a “A” trasladarse de Cuzco a Iquitos para que puedan vivir juntos. En el camino, “B” le dice a “A” que no tiene dinero y que ella debía prostituirse en un burdel de Iquitos para que puedan seguir juntos. “A” no acepta la propuesta, por lo que “B” procede a golpearla con la finalidad de que acceda a la proposición.

El caso antes visto puede presentar las siguientes variantes:

- i. Las lesiones colocan a “A” en grave riesgo de perder la vida, al punto que esta termina en coma en la unidad de cuidados intensivos de un hospital.
- ii. El ataque de “B” produjo que la nariz de “A” quede desfigurada, motivo por el cual requerirá de una cirugía para volver a su estado normal.
- iii. “A” es rescatada por vecinos de la zona que observan lo que está haciendo “B”. Ya en el hospital, se determina que “A” requiere de veintidós días de asistencia médica.
- iv. “A” requiere de cinco días de asistencia médica. Además, se establece que, producto de la agresión, tiene un daño psíquico grave.

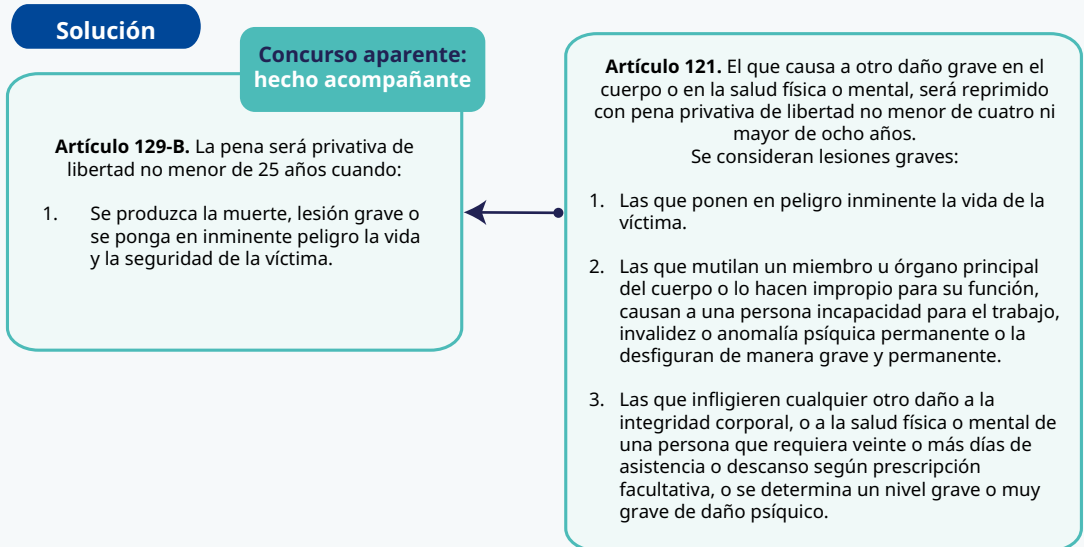
Las cuatro variantes de este caso plantean la discusión en torno a la relación entre el delito de trata de personas con fines de explotación sexual y el delito de lesiones dolosas graves, por lo menos en sus tres primeros supuestos del artículo 121.<sup>6</sup>

---

6 No se ha abordado el cuarto supuesto del artículo 121 del Código Penal por la indeterminación que este aún presenta. En efecto, cuando el inciso 4 señala que “[la] afectación psicológica generada como consecuencia de que el agente obligue a otro a presenciar cualquier modalidad de homicidio doloso, lesión dolosa o violación sexual, o pudiendo evitar esta situación no lo hubiera hecho”, la Corte Suprema de Justicia peruana ha referido en el Acuerdo Plenario N.º 2-2016/CJ-116 que tal afectación psicológica debe ser significativa, aunque no se ha establecido, como ocurre con el daño psíquico, el nivel de afectación psicológica requerido para tal calificación.

En estricto, el artículo 129-B del Código Penal, que regula los agravantes de la trata de personas, comprende entre sus supuestos la producción de una lesión grave contra la víctima, estableciéndole una pena no menor de veinticinco años. Por su parte, el artículo 121 no fija situaciones agravantes con relación a la trata de personas; no obstante, entre sus incisos se encuentran aquellas situaciones que colocan en peligro inminente la vida de la víctima, las que generan desfiguración grave y permanente, las que producen un daño psíquico grave o muy grave, y las lesiones que requieren más de veinte días de asistencia médica.

► **Figura 3. Trata de personas a través de lesiones graves**



Elaboración propia.

Ante el debate planteado, consideramos que es el artículo 129-B el que comprende las conductas descritas en los tres primeros incisos del artículo 121 del Código Penal y, por tanto, se produce un *concurso aparente de normas*. Ello es así porque la realización de lesiones dolosas graves es un hecho acompañante a la trata que ya está subsumido en los agravantes de esta última.

### ► 3. Trata de personas a través de un medio –violencia– que lesiona a la víctima de forma no grave

#### ► Caso-tipo 3

“A”, de 19 años, es seducida por “B”, de 32, con quien tiene una relación sentimental. “B” le propone a “A” trasladarse de Cuzco a Iquitos para que puedan vivir juntos. En el camino, “B” le dice a “A” que no tiene dinero y que ella debía prostituirse en un burdel de Iquitos para que puedan seguir juntos. “A” no acepta la propuesta, por lo que “B” procede a golpearla con la finalidad de que acceda a la proposición.

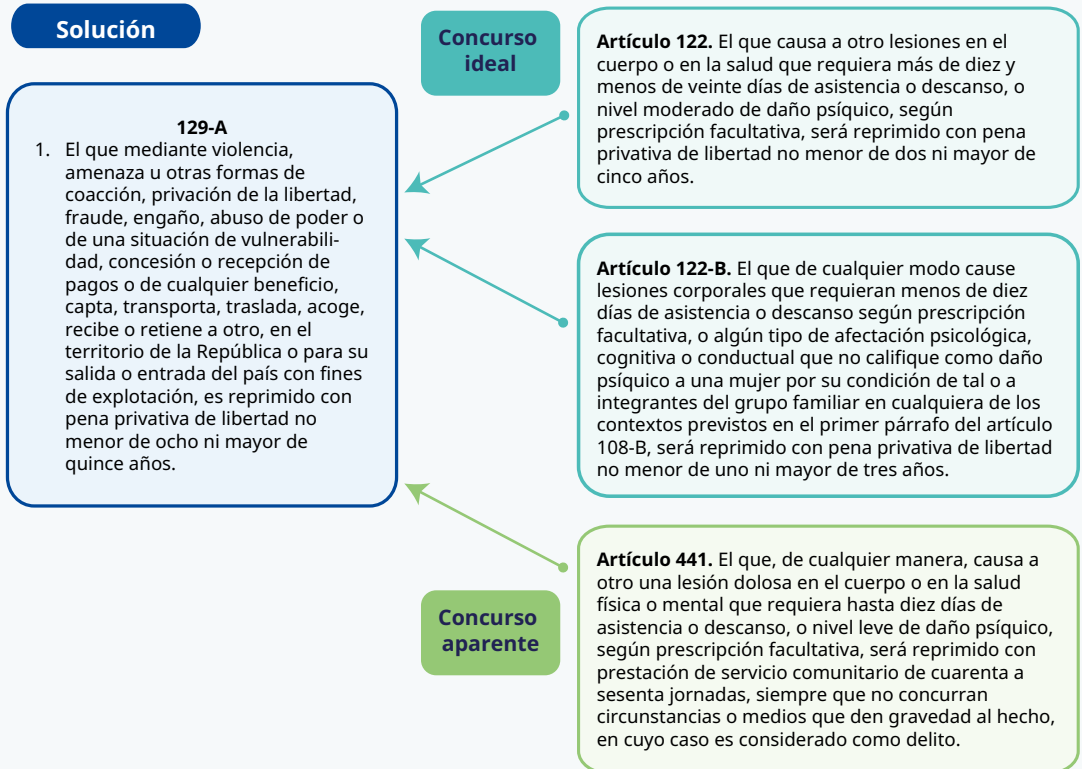
El caso antes visto puede presentar las siguientes variantes:

- i. “A” requiere de trece días de asistencia médica.
- ii. “A” requiere de nueve días de asistencia médica.
- iii. “A” no requiere días de asistencia médica, pero se determina que tiene una afectación psicológica de tipo cognitivo.

El caso-tipo 3 plantea el debate en cuanto a la relación de trata de personas (en su tipo base) y los delitos de lesiones dolosas leves, agresiones y falta de lesiones. Para estos supuestos, el delito de trata de personas no plantea agravantes específicos, como sí lo hace con relación al homicidio o a las lesiones dolosas graves. En ese contexto, cabe preguntarse si lo que plantean estas afectaciones a la salud individual son un concurso de delitos o un concurso de normas.

A nuestra consideración, de la agravación del delito de trata de personas por la producción de lesiones dolosas graves a la víctima no se desprende que el resto de afectaciones a la salud individual, ya sea como delitos o faltas, queden comprendidas en el medio comisivo *violencia*. En realidad, si se hiciera un símil con otros tipos penales como el delito de robo, debería poderse establecer una graduación del nivel de afectación a la salud requerido a efectos de establecer una sanción que desvalore correctamente el hecho.

► **Figura 4. Trata de personas a través de lesiones**



Elaboración propia.

Por lo anterior, consideramos que cuando la trata de personas hace referencia a la violencia, esta se corresponde con una afectación a la salud individual que constituye una falta y, por tanto, requiere menos de diez días de asistencia médica. No obstante, si tal afectación constituye delito de lesiones dolosas leves o agresiones, no puede subsumirse tales tipos de violencia en el delito base de trata de personas, dada la intensidad que representan. En esa medida, lo que se plantea en estos dos supuestos es un *concurso ideal de delitos*.

## ► 4. Explotación sexual a través de feminicidio/homicidio y lesiones (violencia)

Estos tres casos han sido formulados en el mismo orden lógico que los casos tipo 1, 2 y 3, pero en relación con el delito de explotación sexual. Es decir, mientras en los casos tipo 1, 2 y 3 la persona se encontraba en tránsito a ser explotada y se le causaba la muerte (caso tipo-1), lesiones dolosas graves (caso-tipo 2) o lesiones dolosas leves, agresiones o faltas contra la salud (caso-tipo 3), en los casos tipo 4, 5 y 6 la persona está siendo efectivamente explotada y se produce su muerte (caso-tipo 4), se le causan lesiones dolosas graves (caso-tipo 5) o se le causan lesiones dolosas leves, agresiones o faltas (caso-tipo 6). Por esa razón, y debido a la forma en que se ha regulado el delito de explotación sexual y sus agravantes, las soluciones son iguales a las establecidas para los casos-tipo 1, 2 y 3. A continuación, presentamos el detalle referido.

### ► Caso-tipo 4

“A”, de 19 años, es seducida por “B”, de 32, con quien tiene una relación sentimental. “B” le propone a “A” trasladarse de Cuzco a Iquitos para que puedan vivir juntos. Ya en Iquitos, “B” le dice a “A” que no tiene dinero y que ella debía prostituirse en un burdel de Iquitos para que puedan seguir juntos. “A” no acepta la propuesta, por lo que “B” procede a golpearla con la finalidad de que acceda a la proposición. Los golpes son de tal intensidad que “B” causa la muerte de “A”.

El artículo 129-C del Código Penal, en su inciso 5, establece una agravación de pena no menor de veinte ni mayor de veinticinco años cuando se produce una lesión grave o se pone en peligro inminente la vida o la salud de la víctima. Como se ha dicho antes, si se plantea la discusión sobre su relación con el delito de homicidio, que no tiene un agravante específico para la explotación sexual, la muerte producida queda absorbida por el artículo 129-C y estaremos frente a un concurso de normas. En cambio, si se plantea el debate entre el artículo 129-C y el delito de feminicidio agravado por derivarse de una situación de explotación —referido antes—, estaremos ante un concurso de normas en el que prevalecerá

este último tipo penal, toda vez que el delito de explotación sexual agravado no comprende en su desvalor que la muerte se produzca en una situación de discriminación estructural, que la Corte Suprema de Justicia ha graficado como el quebrantamiento de estereotipos de género por parte de la víctima mujer.

#### ► Caso-tipo 5

“A”, de 19 años, es seducida por “B”, de 32, con quien tiene una relación sentimental. “B” le propone a “A” trasladarse de Cuzco a Iquitos para que puedan vivir juntos. Ya en Iquitos, “B” le dice a “A” que no tiene dinero y que ella debía prostituirse en un burdel de Iquitos para que puedan seguir juntos. “A” no acepta la propuesta, por lo que “B” procede a golpearla con la finalidad de que acceda a la proposición.

Este caso admite las siguientes variantes:

- i. Las lesiones colocan en grave riesgo la vida de “A”, al punto que esta termina en coma en la unidad de cuidados intensivos de un hospital.
- ii. El ataque de “B” produjo que la nariz de “A” quede desfigurada, motivo por el cual requerirá de una cirugía para volver a su estado normal.
- iii. “A” es rescatada por vecinos de la zona que observan lo que está haciendo “B”. Cuando “A” está ya en el hospital, se determina que requiere de veintidós días de asistencia médica.
- iv. “A” requiere cinco días de asistencia médica. Además, se establece que, producto de la agresión, tiene un daño psíquico grave.

Las cuatro variantes del caso-tipo 5 plantean, como se ha dicho, un supuesto de lesiones dolosas graves, pero estas constituyen hechos acompañantes al principal, que es la explotación sexual. Por ello, en las variantes descritas estaremos en un caso de concurso aparente de normas en el que resultará de aplicación el artículo 129-C, inciso 5.

► **Caso-tipo 6**

"A", de 19 años, es seducida por "B", de 32, con quien tiene una relación sentimental. "B" le propone a "A" trasladarse de Cuzco a Iquitos para que puedan vivir juntos. En el camino, "B" le dice a "A" que no tiene dinero y que ella debía prostituirse en un burdel de Iquitos para que puedan seguir juntos. "A" no acepta la propuesta, por lo que "B" procede a golpearla con la finalidad de que acceda a la proposición.

Este caso admite las siguientes variantes:

- i. "A" requiere de trece días de asistencia médica.
- ii. "A" requiere de nueve días de asistencia médica.
- iii. "A" no requiere días de asistencia médica, pero se determina que tiene una afectación psicológica de tipo cognitivo.

El delito de explotación sexual no ha establecido una graduación del nivel de afectación a la salud individual requerido para determinar que este quede comprendido en uno de sus medios comisivos que es la violencia. Como se postuló para el caso de la trata de personas, creemos que cuando se está ante faltas contra la salud, tal conducta queda subsumida en el elemento violencia, existiendo un concurso aparente de normas. No obstante, cuando la afectación tenga la intensidad del delito de lesiones dolosas leves o las agresiones, debe plantearse un *concurso ideal de delitos*.

## ► 5. Trata de personas a través de secuestro

### ► Caso-tipo 7

"A" y "B" buscan trabajo. En una agencia de empleos, "C" les ofrece trabajar como *nanas*. Para ello, "C" les dice que debe tomarles una foto. "C" envía la foto a "D", quien le pide que lleve a "A" y "B" a su inmueble. Una vez en el lugar, "D" le dice a "A" y "B" que el trabajo no consiste en ser *nanas*, sino en mantener relaciones sexuales con clientes que él conseguirá. "A" y "B" se niegan a realizar tales conductas, pero "D" les manifiesta que su transporte al lugar ha generado un gasto y que, si no lo pagan, las va a denunciar por estafa. Ante ello, "D" les dice a "A" y "B" que, para pensar mejor sus respuestas, no pueden salir del inmueble. "D" tiene recluidas a "A" y "B" hasta que las dos acceden a la proposición. A ambas les han quitado los documentos de identidad y los teléfonos celulares.

### ► Caso-tipo 8

"A" y "B" buscan trabajo. En una agencia de empleos, "C" les ofrece trabajar como *nanas*. Para ello, "C" les dice que debe tomarles una foto. "C" envía la foto a "D", quien le pide que lleve a "A" y "B" a su inmueble. Una vez en el lugar, "D" le manifiesta a "A" y "B" que el trabajo no consiste en ser *nanas*, sino en mantener relaciones sexuales con clientes que él conseguirá. "A" y "B" se niegan a realizar tales conductas, pero "D" les dice que su transporte al lugar ha generado un gasto y que, si no lo pagan, las va a denunciar por estafa. Asustadas por tal amenaza, "A" y "B" acceden a mantener relaciones sexuales cada una con un cliente por una única vez. No obstante, "D" decide encerrarlas en una habitación para seguir explotándolas sexualmente.

Los casos-tipo 7 y 8 plantean la situación de dos mujeres que están en tránsito a ser explotadas sexualmente y que ya están siendo explotadas, respectivamente. En ambos casos, se les priva de la libertad —por un tiempo no descrito—, sea para

que accedan a la proposición de prostituirse o para que continúen haciéndolo. La privación de la libertad locomotriz, como se mencionó al inicio, nos lleva a analizar si las conductas descritas constituyen también un delito de secuestro.

► **Figura 5. Trata de personas a través de secuestro**

**Solución**

**129-A**

1. El que mediante violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio, capta, transporta, traslada, acoge, recibe o retiene a otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país con fines de explotación, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.

**Concurso aparente**

**Artículo 152.** Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de veinte ni mayor de treinta años el que, sin derecho, motivo ni facultad justificada, priva a otro de su libertad personal, cualquiera sea el móvil, el propósito, la modalidad o circunstancia o tiempo que el agraviado sufra la privación o restricción de su libertad.

**129-C**

El que, 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, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años.

Elaboración propia.

Sobre este último delito, regulado en el artículo 152 del Código Penal, debe señalarse que sanciona la privación de la libertad sin derecho, motivo o facultad justificada. Además, el tipo refiere que el tiempo de privación de la libertad no determina su configuración, por lo que incluso una privación no prolongada es típica del delito. En esa medida, el tipo penal no da elementos para graduar la intensidad de la privación propia de un secuestro, sino que parece más bien remarcar que toda privación de la libertad es penalmente relevante. Por ello, resulta complejo establecer tal graduación con relación a las formas de explotación humana. En realidad, consideramos que el delito de trata de personas como la explotación sexual comprenden privaciones de libertad cortas y largas con el fin de mercantilizar a la persona; de ahí que tales privaciones se encuentren comprendidas en estos tipos penales, que *prevalecen frente al delito de secuestro en un concurso aparente de normas*.

# Problemas concursales entre la trata de personas/los delitos de explotación de organización criminal y de corrupción de funcionarios

Yvan Montoya Vivanco<sup>7</sup>



<sup>7</sup> Docente principal del Departamento de Derecho de la PUCP, de donde también es Coordinador del Grupo de Investigación en Derecho Penal, Corrupción, Trata de Personas, Lavado de Activos y otras Formas de Criminalidad Organizada. Consultor externo de la OIT. Doctor en Derecho Penal y Derechos Humanos por la Universidad de Salamanca (España).

## ► 1. Concurso de delitos o leyes entre los delitos de trata de personas/explotación —sexual o laboral— con los delitos de corrupción de funcionarios

---

### 1.1. Ideas preliminares

En esta parte abordaremos los problemas concursales que se presentan entre los delitos de trata de personas —129-A y 129-B del Código Penal, en adelante CP— y/o de explotación sexual o laboral —129-C, 129-H, 129-Ñ y 129-O del CP— respecto de algunos de los delitos contra la administración pública. Se trata de un grupo de casos que, lamentablemente, se dan mucho en nuestra realidad, lo que justifica su tratamiento. Los casos más frecuentes con los cuales pueden concurrir los delitos de trata o de explotación —sexual o laboral— son aquellos que configuran delitos de cohecho pasivo; omisión, rehusamiento o retardo en actos funcionariales, encubrimiento real, abuso de autoridad y denegación o deficiente apoyo policial. Sin embargo, dado lo corto de este documento, nos limitaremos al concurso que aquellos delitos presentan con los delitos de cohecho pasivo propio —393 o 395 del CP— y el delito de omisión o retardo de actos funcionales —377 del CP—.

Es absolutamente mayoritaria la posición doctrinal y jurisprudencial que reconoce como bien jurídico protegido general —o sombrilla— en los delitos contra la administración pública al “correcto y regular ejercicio de la función pública” o “el correcto y regular funcionamiento de la administración pública”. Como hemos mencionado en otro trabajo, no se protege bajo esta perspectiva a la administración pública en sí misma, sino con relación a sus funciones, es decir, respecto de los objetivos constitucionales que con ella se persiguen (Montoya y otros, 2015). En ese sentido, un correcto ejercicio de la función pública se desprende de los principios y valores propios de la Constitución de un Estado, el cual debe brindar la prestación de sus servicios respetando dichos principios, entre ellos el de objetividad, probidad, eficiencia, eficacia, legalidad de los procedimientos, transparencia, veracidad, gratuidad, entre otros.

Pues bien, también es posible identificar un bien jurídico específico detrás de cada tipo de injusto de los delitos contra la administración pública. Ello implica la delimitación de los principios o valores constitucionales específicos que el tipo

penal pretende proteger a través de la norma de prohibición que subyace a la descripción típica. Veamos entonces, de manera breve, el contenido de los delitos que serán objeto de nuestro estudio.

## a. Cohecho pasivo

En primer lugar, el delito de cohecho pasivo propio tiene una modalidad general y una modalidad específica. Así, mientras el artículo 393 es un delito de cohecho pasivo propio aplicable a cualquier funcionario público, el artículo 395 es un delito de cohecho pasivo propio referido específicamente a la función de los miembros de la Policía Nacional. En este texto nos basta hacer referencia a los elementos de la figura general del cohecho pasivo propio.

El bien jurídico protegido en el delito de cohecho pasivo propio es el principio de imparcialidad en el ejercicio de la función pública (Montoya et al., 2015, p.97), esto es, el deber de los funcionarios públicos —más específicamente, 395-A del CP— de los miembros de la Policía Nacional de obrar con neutralidad y objetividad para satisfacer el interés general y no intereses privados. Por ello, en salvaguarda de dicha neutralidad y objetividad para la protección del interés general, el funcionario debe estar sometido a la legalidad constitucional, sin permitir la interferencia de intereses privados.

En ese sentido, con el fin de proteger el referido bien jurídico, el delito de cohecho pasivo propio prohíbe diversas conductas alternativas, principalmente las siguientes:

- i. Aceptar o recibir donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones;
- ii. Aceptar el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones;
- iii. Solicitar, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones;
- iv. Solicitar, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones.

La primera (i) y la tercera (iii) constituyen supuestos de cohecho pasivo antecedentes; supuestos en los que el pacto de “compra” de la función pública por parte del tercero o la solicitud de donativo o ventajas de parte del funcionario se produce antes de que este efectivamente incumpla sus obligaciones como

funcionario público. La doctrina mayoritaria considera que, en estos supuestos, el delito se consuma con la conducta del acuerdo —aceptar o recibir— o la de solicitar el donativo o ventaja, y no con el momento en que el funcionario incumple sus funciones. En cambio, los supuestos (ii) y (iv) constituyen supuestos de cohecho pasivo subsecuente; es decir, supuestos en los que el pacto de “compra” de la función pública por parte del tercero o la solicitud de donativo o ventaja de parte del funcionario se produce después de haber incumplido sus obligaciones.

De las conductas alternativas también resulta importante destacar la división entre supuestos en los que hay un acuerdo o pacto de “compra” de la función pública entre el funcionario público y el tercero o *extraneus* —supuestos i y ii—, y los supuestos en los que el tipo se consuma solo con la solicitud del donativo o ventaja —iii y iv—. Es decir, en estos dos últimos supuestos no hay acuerdo: basta con la conducta unilateral del funcionario público.

## **b. Omisión, rehusamiento o demora en actos funcionales**

Es también mayoritaria la posición de la doctrina (Salinas, 2011, p. 183) de que el bien jurídico específico que se protege con los tipos penales mencionados es el principio de oportunidad y de eficacia de los actos funcionales, mientras la jurisprudencia señala que lo es la regularidad y la legalidad de dichos actos funcionales. Frente a ello, nos parece más adecuada la posición adoptada por la doctrina, dado que en algunos casos no existe una prescripción bien delimitada de los plazos de cumplimiento de una actuación pública. Esta, dependiendo del contexto y las circunstancias, tiene que producirse oportunamente y con eficacia para el cumplimiento de los objetivos y fines del servicio.

La relación entre el artículo 377 y el 378 es básicamente una de tipo general y tipo específico, con algunos matices diferenciales de esta última modalidad. En efecto, mientras el sujeto activo del artículo 377 es el funcionario o servidor público en general, en el 378 el sujeto activo es un funcionario público específico: la policía.

Ambos tipos penales comprenden tres conductas alternativas:

- i. El que ilegalmente omite algún acto de su cargo: implica un delito de omisión pura de garante, esto es, una conducta de un funcionario público que implica el dejar de cumplir con un deber de actuar funcional —obligado por ley— en un contexto determinado que lo demanda.
- ii. El que ilegalmente rehúsa algún acto de su cargo: esta conducta implica igualmente un delito de omisión pura de garante, pero en este caso el funcionario público rehúye, esquiva, declina u omite cumplir un acto funcional que es exigido por un superior con autoridad competente y apelando a las formalidades respectivas (Salinas, 2011, p. 180). En esta línea,

Salinas nos recuerda la ejecutoria suprema del 6 de diciembre de 2002 que entiende la necesidad de un requerimiento previo para configurar esta modalidad (Salinas, 2011, p. 180).

- iii. El que ilegalmente retarda algún acto de su cargo. Esta modalidad se configura cuando el funcionario público retarda, demora, retrasa, dilata o aplaza ilegalmente —es decir, sin cobertura jurídica o discrecional— el cumplimiento de un acto funcional que debe cumplir en un tiempo oportuno para concretar la finalidad del servicio. De acuerdo con la doctrina (Salinas, 2011; Abanto, 2003), el retraso, el aplazamiento o dilación del acto funcional se mide en función del incumplimiento de algún plazo establecido expresamente, o del incumplimiento de un plazo que se considere oportuno de acuerdo con la finalidad de lo establecido en la ley.

La particularidad del tipo de injusto del artículo 378 es que en todas las modalidades de conducta debe haber un requerimiento previo de la autoridad competente y requerido legalmente.

## 1.2. Casos problemáticos de concursos

### ► Caso-tipo 1

“V”, de 16 años, es identificada por “D” en su pueblo natal. “D” le dice que tiene un amigo que le puede hacer una buena propuesta laboral. “D” pone en contacto a “V” con “C”, quien le ofrece ser dama de compañía y tener relaciones sexuales con clientes a cambio de dinero. “V” acepta y es transportada por “C” a la ciudad capital, donde “B” la recibe en un “prostibar”. “B” le dice que ella es la administradora y le explica en qué consiste el negocio. El “prostibar” es de propiedad de “A”, quien brinda órdenes y asigna tareas a “B” y “C”.

“P” es un mayor de la policía a cargo de la comisaría en la que se encuentra el “prostibar” de “A”. “P” se encarga de advertirle a “A” y “B” cuándo se realizará un operativo, de forma tal que oculten a las adolescentes que son explotadas en dicho local. A cambio, “A” le da “pases gratuitos” para que “P” tenga acceso carnal con adolescentes explotadas en el “prostibar”. A través de esta relación, “A” logra evitar que “V” sea rescatada oportunamente.

Se trata de un caso que presenta dos ámbitos de análisis. Por un lado, la actuación de "A", "B", "C" y "D". Aquí, respecto de "A", resulta aplicable el delito de explotación sexual de niñas, niños y adolescentes —129-H del CP—. Por su parte, "B" y "C" deberán responder por el delito de promoción y favorecimiento de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes —129-I—, mientras que "D" por trata de personas con fines de explotación sexual de niñas, niños y adolescentes. Es importante discutir, en los casos de "B" y "C", una posible aplicación del criterio de prohibición de regreso. Sin embargo, este criterio de imputación objetiva debe descartarse, ya que la conducta de los sujetos desborda el rol o función que desempeñan y se acopla al sentido delictivo de la conducta de "A". En el caso de "A", "B" y "C" es relevante discutir el agravante de explotación por proceder de un delito de trata de personas, ya que habrían participado en la captación, transporte y recepción de la víctima.

Por el otro lado, y este el aspecto más interesante del caso, corresponde analizar la actuación de "P". Es importante considerar que "A", el explotador sexual, promete a "P" "pases gratuitos" a cambio de que lo ayude con el negocio. Esto último a través del aviso oportuno de los operativos policiales programados para rescatar a las víctimas de trata de personas. Nos encontramos ante un delito de cohecho pasivo propio específico —395-A del CP—, que se consuma al momento en el que los efectivos policiales llegan a un acuerdo con la promesa de recibir una ventaja o recompensa. Esta recompensa se plasma después en la prestación de los "servicios sexuales" realizados por las menores a los agentes policiales. Sin embargo, el hecho de incumplir sus funciones, advirtiendo a "A" o "B" de los operativos policiales programados en la zona, también supone una forma de favorecimiento a la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes —129-I del Código Penal—.

En este punto, el problema último que se plantea es el tipo de concurso que existe entre el delito de favorecimiento de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes y el delito de cohecho pasivo específico. Teniendo en cuenta que se trata claramente de bienes jurídicos diferentes y de conductas distintas realizadas en momentos diversos —el favorecimiento a la explotación se produce en un momento posterior al pacto del cohecho—, nos encontramos ante un concurso real de delitos.

### ► Caso-tipo 2

La Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Trata de Personas (FISTRAP) recibe una denuncia de un testigo en la que se detalla que en un bar se explota sexualmente a, por lo menos, tres adolescentes. La denuncia es acompañada de fotografías en las que se observa al supuesto administrador del local, "B".

La FISTRAP decide abrir investigación preliminar y dispone, mediante oficio, la realización de actos de investigación urgentes y necesarios para confirmar mínimamente lo denunciado. La policía no responde al oficio remitido y, luego de dos semanas, la FISTRAP reitera su pedido a "A", policía responsable, bajo apercibimiento de denunciarlo por incumplimiento de funciones.

"A" responde que no cuentan con la gasolina necesaria para la realización de las diligencias. Finalmente, luego de tres semanas del primer oficio, se realizan los actos de investigación. A través de ellos y del posterior operativo de rescate, se pudo ubicar a una víctima adolescente, quien luego señala que sus compañeras fueron transportadas una semana antes del operativo.

Al igual que en el caso anterior, se presentan dos ámbitos de análisis. El primero es la conducta de "B", la cual calificaría como explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (129-H del CP).

El problema se presenta con el segundo ámbito de análisis: la conducta del Mayor Comisario "A". El hecho calificaría como un delito de retardo o demora en el cumplimiento de actos funcionales —378 del CP: retardo en la prestación de auxilio de PNP a la Fiscalía—; sin embargo, queda la duda de si la conducta del mayor comisario también calificaría de favorecimiento a la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes —129-I del CP—. Desde el punto de vista de la tipicidad objetiva, consideramos que sí. La conducta de retraso en el cumplimiento de pesquisas ha contribuido al desarrollo de la conducta de explotación sexual de las adolescentes. El problema especial es si resulta posible afirmar una tipicidad subjetiva del referido delito, esto es, el dolo. Si apelamos a un dolo cognitivo, no tenemos dudas de que sí. El Mayor comisario "A" sabía que era probable que hubiera menores siendo explotadas en el referido local y que el transcurso del tiempo podría no solo obstaculizar la evidencia del delito, sino también el rescate y protección de las menores afectadas y, a pesar de todo ello, decidió continuar aplazando las diligencias ordenadas.

Si afirmamos la existencia de un delito de retardo en la prestación de funciones de la PNP, entonces ¿qué tipo de concurso se presenta entre el artículo 378 del CP y el 129-H? En nuestra consideración, el mismo hecho del retardo en cumplimiento de sus funciones implica el favorecimiento a la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes. Por tanto, estamos ante un concurso ideal de delitos.

## ► 2. Concurso de delitos o normas entre los delitos de trata de personas y explotación –sexual o laboral– con los delitos de organización y banda criminal

---

A partir de una perspectiva criminológica, se aprecia un desarrollo desde aquellas organizaciones de estructura mafiosa, centralizada, vertical y marcadamente violenta —por ejemplo, mafias italianas o cárteles colombianos de los años 1980— a las actuales organizaciones criminales de estructura más empresarial (Zúñiga, 2009). Efectivamente, muchas tienen ahora una estructura en red-horizontal, flexible, autónomamente regulada con fines propios, vinculados a una lógica empresarial —análisis costo-beneficio— y lucrativa. Es decir, se trata de una criminalidad de mercado, esto es, de la organización de la oferta de servicios ilícitos en el mercado: tráfico de drogas, tráfico de armas, explotación sexual, de mano de obra, de la función pública o el blanqueo de capitales; es decir, se trata de una criminalidad diferente de la predominantemente violenta tradicional (Zúñiga, 2009).

El Perú ha tipificado diversas estructuras organizadas para cometer delitos. Ello se ha efectuado a través de la Ley N.º 30077, de agosto de 2013, y su modificatoria, el Decreto Legislativo N.º 1244, de octubre de 2016. A ello debe agregarse un importante acuerdo plenario cuyo propósito era aclarar varios de los conceptos por determinar: el Acuerdo Plenario N.º 8-2019/CJ-116. A partir de esta normativa, incluyendo el propio Código Penal, se pueden reconocer en la legislación penal peruana cuatro clases de referencias a agrupaciones delictivas:

- i. El delito de organización criminal —317 del CP—, antes denominado asociación ilícita para delinquir.
- ii. El delito de banda criminal o de grupo criminal, tipificado en el artículo 317-B del CP.
- iii. Las circunstancias agravadas por la comisión de delitos desde una organización criminal (por ejemplo, las incorporadas para el delito Trata en el numeral 3 del segundo párrafo del artículo 129-B).
- iv. El concierto criminal, es decir, la coautoría.

Nosotros, en este breve documento, nos ocuparemos del concurso con las dos primeras figuras delictivas: el delito de organización criminal y el delito de banda criminal.

## 2.1. Ideas preliminares: los delitos de organización y banda criminal

### a. El delito de organización criminal

En octubre de 2016, mediante Decreto Legislativo N.º 1244, se modifica el artículo 317 del CP para introducir el delito de organización criminal. Este se caracteriza por ser un delito autónomo —independiente de los delitos concretos cometidos por la organización—, un delito de peligro abstracto —porque supone un adelantamiento considerable de la intervención penal y tiene como objeto de protección un bien jurídico supraindividual: tranquilidad pública— y un delito permanente —debido a que perdura mientras el sujeto se encuentre voluntariamente vinculado a la organización criminal—.

El bien jurídico protegido es la tranquilidad pública, que constituye un bien jurídico supraindividual y que comprende “el conjunto de condiciones de seguridad y orden que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos”, como lo ha establecido la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-128 de 2018 (2018, fundamento 6).

El delito de organización criminal no es un delito igual o equivalente al antiguo delito de asociación ilícita para delinquir. Ello debido a que el actual artículo 317 regula estructuras organizadas más complejas y modernas que aquellas simples asociaciones para delinquir que nacieron en períodos de gobierno autoritarios o dictaduras.

El tipo objetivo del delito de organización criminal está compuesto por diversos elementos (Prado, 2016):

- Diversas conductas alternativas: constituir una organización criminal, esto es, dar nacimiento o fundar la organización; promover una organización criminal, es decir, la difusión, consolidación y expansión de una ya creada; integrar una organización criminal, que implica la adhesión o incorporación de manera plena e incondicional a una estructura u organización criminal y se compromete a realizar las conductas que los dirigentes le encarguen; organizar una organización criminal, esto es, ordenar o distribuir los bienes, recursos o personas integrantes de la organización.
- Una organización de tres o más personas destinadas a cometer delitos.
- Una organización estable, permanente o que actúa por tiempo indefinido: esto garantiza el alcance de sus objetivos y supone adaptarse a las circunstancias y continuar.

- Una estructura jerarquizada o flexible: ello supone reparto de funciones o tareas —algún nivel de *profesionalización* interna o externa—, pero de manera concertada, coordinada u organizada. Esto implica la división del trabajo horizontal o vertical, es decir, *planificación*.
- Los fines: la organización debe estar destinada a cometer delitos.

La criminología ha descrito algunas características contingentes que, si bien no se encuentran recogidas en el tipo penal, pueden ser criterios relevantes que coadyuven a la caracterización de la organización como una organización criminal. Así, por ejemplo, la búsqueda de impunidad, el secretismo, los vínculos con el mundo empresarial, los vínculos con la política o el dominio de mercado internacional.

## b. El delito de banda criminal

Este delito fue introducido por el Decreto Legislativo N.º 1244 y tomado del delito de grupo criminal de la legislación española (570 inciso 1 del Código Penal Español). La razón político-criminal por la cual se consideró conveniente su incorporación a la legislación penal peruana se encuentra en la laguna punitiva que se podría evidenciar con la existencia de agrupaciones criminales menos complejas, menos estructuradas, con pocos miembros u ocasional recurrencia. En ese sentido, se considera que el delito de banda criminal es un delito subsidiario explícito del delito de organización criminal.

Al igual que el delito de organización criminal, el bien jurídico protegido es la tranquilidad pública, aunque, como es evidente, se la protege frente a estructuras criminales menos peligrosas.

Los elementos del tipo objetivo del delito de banda criminal son los siguientes:

- i. Dos conductas alternativas: constituir o integrar una unión de dos o más personas.
- ii. Carácter residual del tipo penal, es decir, se aplica cuando no se cumplen alguna o algunas de las características de la organización criminal —artículo 317—, es decir, por ejemplo, una organización menos estable o falta de profesionalización o despliegue de roles claros entre sus miembros.
- iii. La finalidad de cometer delitos concertadamente, pero por miembros adscritos o dependientes de un ente criminal —no de manera ocasional o efímera—.

Cabe añadir, finalmente, que en ninguno de los tipos penales mencionados —organización y banda criminal— se contemplan agravantes por constituirse en una organización o banda dedicada a la comisión de delitos de trata de personas o de explotación sexual o laboral de seres humanos.

## 2.2. Casos problemáticos de concursos

### ► Caso-tipo 3

“A” y “B” son dueños de un local nocturno en el que se explota sexualmente a cuatro adolescentes. “C” es administrador del local, y “D”, la cajera. “D” es la encargada de llevar las cuentas sobre los clientes atendidos por las adolescentes, aplicar penalidades y reportar dicha información a “C”, quien coordina directamente por un grupo *WhatsApp* con “A” y “B”. En ese grupo de *WhatsApp* también se encuentra “E”, quien es abogado y contador del negocio. En el *chat* se discuten temas como la disminución de clientes o la necesidad de contar con nuevas adolescentes. Se producen dos comunicaciones particulares:

- “A” le ordena a “C” viajar a la frontera y captar nuevas adolescentes. “A” le indica a “C” que busque a un contacto no identificado, quien le ayudará en esa tarea.
- “A” coordina con “E” la creación de una fundación con fines asistenciales con el fin de colocar el dinero del negocio. “A” le dice a “B” que debe figurar como suscriptor de la escritura pública y este acepta. “E” le dice a “C” que le ordene a “D” y a los demás trabajadores del negocio que convengan a sus familiares de que figuren como supuestos aportantes del dinero que sería en realidad producto de las ganancias del local.

De acuerdo con el caso es posible, al igual que en los casos anteriores, analizarlo en dos fases:

- i. Por un lado, se puede imputar a “A”, “B” y “C” el delito de explotación sexual de niñas, niños y adolescentes —129-H— con el agravante de provenir de actos de trata de personas —segundo párrafo, numeral 7—. Esto último debido a que se participa en conductas como la captación, el transporte, el traslado y

la recepción de las adolescentes. Posteriormente encontramos la situación de explotación de las víctimas. Cabe indicar que “A”, “B” y “C” son, a nuestro juicio, coautores.

- ii. En el caso de “D” y “E”, el delito imputable sería de promoción y favorecimiento a la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes —129- I—, ya que tiene un rol accesorio caracterizado por colaborar con la explotación sexual producida por “A”, “B” y “C”.
- iii. Por otro lado, se puede imputar el delito de organización criminal: “A” sería el jefe y los otros cuatro participantes, integrantes de la organización. Así, se cumple con el requisito de estar conformada por al menos cuatro personas. Del mismo modo, se trata de una organización con vocación de permanencia, con estabilidad y jerarquizada. En esta línea, se encuentra un reparto de funciones claro: “A” brinda el local y dirige la organización; “B” pone el local y su nombre para la creación de la fundación a través de la cual se “lavará” el dinero producto de la explotación sexual; “C” organiza el negocio, así como la captación, transporte y recepción de las víctimas; “D” fiscaliza y controla las actividades de las víctimas; y “E” brinda asesoría legal y tributaria para el funcionamiento de la organización.

Siguiendo una comprensión del Acuerdo Plenario N.º 8-2019, existiría en principio un concurso real —párrafo 24— entre ambos delitos. Sin embargo, debido a que el artículo 129-H y el 129-I agravado también contienen un agravante por realizarse el hecho delictivo como parte de una organización criminal —segundo párrafo, numeral 8—, entonces se configura un concurso de normas o aparente de leyes penales (delito complejo). Por tanto, se deberían aplicar únicamente las figuras de explotación sexual de niñas, niños y adolescentes agravadas por pertenecer a una organización criminal, toda vez que estas figuras agravadas absorben el delito de organización criminal.

Cabe indicar que también se podría discutir la responsabilidad penal de “E” por el delito de lavado de activos.

► **Caso-tipo 4**

“A” alquilaba un local en una galería comercial. En dicho local dirigía un negocio informal en el que trabajaban seis adolescentes —entre 15 y 16 años— que provenían de la sierra peruana. En dicho local se producían camisetas y polos deportivos a los cuales se les adhería ilegalmente la etiqueta de una marca conocida. Las trabajadoras recibían 300 soles mensuales y se les retenían 200 por comida, el pago del hostel donde se hospedaban y el pasaje que el negocio les había pagado para traerlas desde provincia. Para el desempeño de sus funciones, las trabajadoras utilizaban cuatro remalladoras y productos químicos para lavar y teñir alguna de las prendas. Varias de ellas habían sufrido punzaciones y cortes en los dedos y las manos. También presentaban inflamaciones bronquiales producto de la aspiración de los químicos sin protección. Ellas trabajaban 10 horas, desde las 8 a. m. hasta las 6 p. m., de manera continua, con una pausa de una hora, momento en el cual “B”, prima de “A”, se encargaba de traerles la comida del restaurante del frente. Además, “B” les abría la puerta para ingresar al taller y para la hora de salida. Durante todo ese tiempo mantenía la puerta con llave a efectos de que no hubiera sustracción del material textil. La deuda, la condición de migrantes y las condiciones provocaban que las víctimas percibieran que su condición no iba a cambiar en el tiempo.

Luego de una investigación fiscal de tres meses, y junto con la Policía Nacional, se determina que “C”, novia de A”, era la que tenía que viajar a Huancayo y Huaraz con el fin de captar a las víctimas. En Lima eran recogidas por “A”, quien las llevaba al hostel en el que se había contratado una habitación para todas ellas y que se ubicaba a dos cuadras del negocio. “A” igualmente las recogió dos veces del hostel para mostrarles cómo llegar al local del negocio y presentarles a “B”.

Este caso también puede ser evaluado en dos fases:

- i. Por un lado, la imputación a “A” y “B” por el delito de esclavitud y otras formas de esclavitud, en la modalidad de servidumbre —artículo 129-Ñ—. Ello debido a las condiciones en las que las adolescentes prestaban servicios laborales —trabajo peligroso, restricción de la libertad, salarios exigüos, jornada extensa, enganche de deuda, locatariedad y percepción de inmutabilidad—.

Por su parte, a “C” se le puede imputar la trata de personas agravada, toda vez que se encargó de captar y transportar a las adolescentes víctimas con fines de explotación laboral.

- ii. Por otro lado, la imputación de banda criminal, debido a que se trata de una estructura que, si bien está integrada por tres miembros, no parece tener una estructura permanente, jerarquizada o con suficiente organización. Entonces, subsidiariamente, corresponde la imputación de banda criminal.
- iii. Dado que el artículo 129-Ñ —esclavitud y otras formas de explotación— no contiene un agravante por ser el agente integrante de una banda criminal, corresponde, como lo indica el Acuerdo Plenario N.º 8-2019, una relación de concurso real entre la modalidad de integrar una banda criminal —317-B del CP— y el delito de esclavitud y otras formas de explotación, en el caso de “A” y “B”.

## ► Referencias bibliográficas

---

**Abanto, M.** (2003). *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*. Palestra.

**Montoya, Y.** et al. (2015). *Manual sobre delitos contra la administración pública*. IDEH-PUCP.

**Prado, V.** (2016). *Criminalidad organizada: parte especial*. Instituto Pacífico.

**Salinas, R.** (2011). *Manual de delitos contra la administración pública*. Grijley.

**Zúñiga, L.** (2009). *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal*. Comares.





Organización  
Internacional  
del Trabajo



PODER JUDICIAL  
DEL PERÚ



COMISIÓN DE JUSTICIA DE GÉNERO  
DEL PODER JUDICIAL