



La trata de personas, en especial la trata de niños, desde el Derecho Internacional

Análisis de sentencia

CNDDHH: DOCUMENTO DE TRABAJO

**Informe preparado por Juan Pablo Pérez-León Acevedo
Asesor Legal de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos**

Publicado gracias al apoyo de



Índice

1. Presentación	03
2. Trata de personas. Elementos centrales definitorios	04
2.1. Una acción	04
2.2. Medios	04
2.3. Propósito	05
2.4. Aspectos complementarios	07
3. Trata de niños	09
3.1. Acciones a ser tomadas por los Estados	09
3.2. Trata de niños en el Protocolo y otras fuentes del Derecho internacional	11
4. Error de hecho. Análisis de la apariencia de mayoría de edad del niño (a) como defensa	15
A manera de conclusión	17
Anexo	18

La trata de personas, en especial la trata de niños, desde el Derecho Internacional
Análisis de sentencia

© Juan Pablo Pérez-León Acevedo

© Coordinadora Nacional de Derechos Humanos

Calle Pezet y Monel 2467, Lima 14, Perú

Teléfono: 419-111 Fax: 419-1112

E-mail: info@dhperu.org

Internet: www.dhperu.org | blog.dhperu.org

Octubre de 2009

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-12031.

1. Presentación

Al empezar este informe, resulta pertinente recoger lo que ha señalado la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el tráfico de personas, especialmente niños y mujeres.¹ Así, son de la mayor relevancia, sus observaciones relativas a que el problema de las víctimas de la trata de personas -en esencia una moderna versión del antiguo tráfico de esclavos- afecta a la comunidad internacional de manera global en la actualidad. En efecto, la trata de personas como una de las actividades criminales de más rápido crecimiento constituye una infracción seria de los derechos humanos y una severa afrenta a la dignidad de las víctimas.² Las mujeres y los niños son, en este contexto, particularmente afectados. De conformidad al Departamento de Estado de Estados Unidos, cada año 800 000 mujeres y niños son víctimas de la trata de personas, cifra que no incluye a los millones de víctimas de este crimen al interior de sus propios países. Aproximadamente, 80 por ciento de las víctimas transnacionales de trata de personas son mujeres y niñas y aproximadamente el 50 por ciento son menores de edad. A su vez, según el Director Ejecutivo de UNICEF, existe un estimado global anual de 1.2 millones de niños víctimas de trata tanto al exterior como al interior de las fronteras.³

Perú, es claro, no es la excepción. Así, de acuerdo al Sistema Oficial de Registro y Estadística del Delito de Trata de Personas RETA PNP, entre 2004 y abril de 2009, se registraron 198 investigaciones policiales, 47 de las cuales correspondieron al período 2004-2006, es decir antes de la promulgación de la Ley 28950 “Ley contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes”.⁴ A su vez, en el período correspondiente de enero de 2007 hasta abril de 2009, se dio un importante incremento de las acciones de investigación lo cual se concretizó en 151 intervenciones. La inmensa mayoría de los casos investigados (95%) en el período 2004-2009 correspondió a trata nacional mientras que el restante 5% se ubicó dentro de trata internacional, correspondiendo a 188 y 10 casos respectivamente.⁵ El caso, cuya sentencia condenatoria es materia de análisis en el presente informe, se enmarca dentro del grupo mayoritario.

A través de sentencia expedida por la Corte Superior de Justicia de la Libertad (en adelante la Sentencia)⁶ se confirmó la sentencia condenatoria impuesta al acusado por los delitos de la libertad sexual y por el delito de la trata de personas en agravio de una menor de edad. En el presente caso se probó que el acusado, el 25 de febrero de 2008, a través de engaños logró trasladar a la adolescente víctima de Tumbes a Chiclayo, ciudad en la que lejos de vender ropa -como propuso el agresor a la menor- el acusado luego de obligarla a tener relaciones sexuales la forzó a trabajar en un prostíbulo siendo además maltratada por el imputado. Esta situación finalizó debido a que la menor logró escapar el 2 de marzo de 2008 procediendo a denunciarlo.

Toda vez que la sentencia utiliza la definición contenida en el Protocolo Para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños (en adelante el Protocolo) como fuente interpretativa para analizar los hechos, hemos considerado tal instrumento como principal insumo para el presente informe. Además algunas consideraciones relativas al error de tipo (análisis de la apariencia de mayoría de edad del niño) incluidas en la sentencia serán examinadas a la luz del Derecho penal internacional.

1. A efectos de precisión, mientras la trata de personas puede darse dentro o fuera de un Estado, el tráfico de personas requiere cruzar fronteras internacionales según la definición del artículo 3.a) del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire que define como tráfico de migrantes: “la facilitación de la entrada ilegal de una persona a un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente un beneficio financiero de orden material”.

2. Relatora Especial sobre el Tráfico de Personas, en especial mujeres y niños. *Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic and cultural rights, including the right to development*. A/HRC/10/16, 20 de febrero de 2009, p. 5.

3. Estadísticas citadas en *ibid.*, p. 6.

4. Promulgada el 17 de enero de 2007.

5. Estadísticas citadas en: Congreso de la República. Sub Comisión contra la Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Migrantes. *Diagnóstico de las Políticas públicas en el Perú sobre la Trata de Personas, el Tráfico Ilícito de Migrantes y Personas Desaparecidas*. Lima, 2009, p. 10.

6. Corte Superior de Justicia de La Libertad. Segunda Sala de Apelaciones. Caso Penal N° 01094-2008. Sentencia de 30 de abril de 2009.

Texto de la sentencia disponible en:

http://blog.dhperu.org/wp-content/2009/archivos/exp1094_2008.pdf

2. Trata de personas. Elementos centrales definitorios

La Sala transcribe la definición contenida en el Protocolo, la cual señala que:

Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.⁷

La definición citada contiene tres elementos centrales.

2.1. Una acción

Esta consiste en la captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas. En nuestro Código Penal, la tipificación de este elemento se da en los siguientes términos: “El que promueve, favorece, financia o facilita la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de otro, en el territorio de la república o para su salida o entrada del país [...]”.⁸

La sentencia se enmarca dentro del contenido del Protocolo y el Código Penal del Perú al calificar la conducta como un proceso que comprende diversas acciones, las cuales son precisadas por la propia Sala:

[...] el reclutamiento o secuestro, el traslado (ya sea dentro de un mismo país, o entre diferentes países), la recepción y alojamiento de la víctima en el lugar de destino, y su explotación en un contexto de amenazas, engaño, coacción y violencia. Diversas personas pueden transformarse en traficantes de personas. En el proceso de “enganche o captación” participan a menudo personas del entorno social de los afectados (p. ej. Familia, vecinos, maestros).⁹

2.2. Medios

Estos pueden ser: amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios con fines de explotación. En nuestro Código Penal, la tipificación de este elemento se da en los siguientes términos: “[...] recurriendo a: la violencia, la amenaza u otras formas de coacción, la privación de la libertad o fraude, el engaño, el abuso de poder u otra situación de vulnerabilidad, o la concesión o recepción de pagos o beneficios [...]”.¹⁰ Además el código agrega que: “[...] La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considerará trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios señalados en el párrafo anterior”.¹¹

Respecto a los medios utilizados la Sala refiere que en la trata de personas:

[...] es irrelevante el consentimiento dado por la víctima, lo cual significa que incluso cuando la persona accedió a ser llevada por los delincuentes, mantiene el status de víctima. Este

7. Protocolo, artículo 3(a). Citado en la página 3.

8. Código penal del Perú, artículo 153.

9. Sentencia, p. 4.

10. Código penal del Perú, artículo 153.

11. Código penal del Perú, artículo 153.

hecho se debe a que los medios a través de los cuales una persona ha sido captada para ejercer un empleo u oficio, han sido la coacción o el engaño. Asimismo, el consentimiento de un menor de edad o un discapacitado no será nunca considerado como tal.¹²

Los delegados que discutieron el Protocolo estuvieron de acuerdo en que, una vez probados los elementos de la trata de personas, cualquier argumento respecto al consentimiento de las víctimas es irrelevante. Antes de que se pruebe ello, como es claro, los delegados pusieron énfasis en la necesidad de que se garantice a los acusados la utilización de todas sus defensas. El consentimiento real es únicamente posible y, por ende, legalmente reconocible cuando todos los hechos relevantes son conocidos y una persona es libre para consentir. Los acusados no pueden alegar que mujeres y en especial niños consintieron en trabajar en condiciones de trabajo forzado, esclavitud o servidumbre toda vez que por definición esos crímenes implican que no hubo consentimiento. Por ejemplo, si una mujer consiente en trabajar como prostituta y el acusado la retiene en trabajo sexual por coacción o por la fuerza, no existe tal consentimiento en tanto se configuran condiciones forzadas, involuntarias o de cautiverio.¹³

El uso de uno u otro medio en concreto para poner a una persona en situación de tráfico no es lo esencial, como sí lo es el proceso de trasladar a personas de un lugar a otro para mantenerlos en labor forzada o esclavitud.¹⁴

La expresión “abuso de una situación de vulnerabilidad” deja claro que el tráfico puede ocurrir sin algún uso de fuerza. La razón subyacente a ello es que la definición reconoce que muchas personas víctimas del tráfico son informadas por otras cercanas a ellas como por ejemplo uno de los padres, un esposo o un líder comunitario. En tal caso, potenciales víctimas no tienen medios legales o aceptables para rechazar y, de ese modo, ellos se “someten” a tal situación. Incluso en tales contextos ellos son víctimas.¹⁵

En todo caso, en lo que respecta a materia probatoria, los fiscales tendrán más posibilidades de una estrategia legal efectiva si es que demuestran que el acusado mintió a la víctima, la retuvo en un estatus similar a la de un prisionero, amenazó a su familia, nunca le permitió desplazarse libremente o la forzó a trabajar en cautiverio o esclavitud.¹⁶ En la sentencia, la Sala sobre los hechos del caso precisó que:

[...] el imputado la invita [a la menor] a su domicilio para que viera unas blusas y luego le propone ir a Chiclayo a vender los polos que el acusado vendía por ser esa su actividad económica; sin embargo, resultó que al llegar a su destino no se trataba de dicha ciudad, sino de un lugar en la ciudad de Trujillo.¹⁷

2.3. Propósito

Este incluye, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos. En nuestro Código Penal, la tipificación de este elemento se da en los siguientes términos: “[...] con fines de explotación, venta de niños, para que ejerza la prostitución, someterlo a esclavitud sexual u otras formas de explotación sexual, obligarlo a mendigar, a realizar trabajos o servicios forzados, a la servidumbre, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud u otras formas de explotación laboral, o extracción o tráfico de órganos o tejidos humanos [...]”.¹⁸

12. Sentencia, p. 4. .

13. Jordan, Ann. The Annotated Guide to the Complete UN Trafficking Protocol. Washington DC: Initiative Against Trafficking”. Washington D.C: Persons International Human Rights Law Group, 2002, p. 11. Disponible en: <http://www.walnet.org/csis/papers/UN-TRAFFICK.PDF> [última visita hecha el 10 de agosto de 2009]

14. *Ibid.*, p. 7.

15. *Ibid.*, p. 8.

16. *Ibid.*, p. 11.

17. Sentencia, p. 5.

18. Código penal del Perú, artículo 153.

Sobre el particular, la Sala acertadamente refiere que:

[...] En primer lugar, el objetivo de la trata de personas es la explotación del individuo no finaliza una vez el individuo (víctima) ha llegado al destino, sino que es un proceso que continúa con la explotación del mismo.¹⁹

Como recuerda Jordan,²⁰ las expresiones “explotación de la prostitución de otros” y “explotación sexual” son los únicos términos en la definición del tráfico que se encuentran, de manera intencional, sin definición y tampoco se encuentra una definición en Derecho internacional. Las más de 100 delegaciones que negociaron el Protocolo no fueron capaces de llegar a un consenso en lo relativo a definiciones para los términos referidos y, consecuentemente, no dieron una definición. La mayoría de las delegaciones y el grupo de derechos humanos entendió que los Estados poseen diferentes clases de legislaciones y políticas sobre trabajo sexual adulto y que muchos Estados no desearían o serían capaces de firmar el Protocolo si es que ello les forzaba a cambiar sus regulaciones internas sobre prostitución.

Sólo algunos delegados y ONGs insistieron que toda la prostitución adulta incluyendo la prostitución voluntaria e incluso legal involucrando adultos debería ser clasificada como trata. Tal posición originó un debate en las negociaciones sobre el particular que duraron aproximadamente un año. Sin embargo, como era predecible, la mayoría de los delegados y representantes del grupo de derechos humanos rechazaron la posibilidad de que la participación voluntaria, no coaccionada de adultos en trabajo sexual sea trata. Sin dejar de reconocer que tal trabajo puede ser abusivo y explotador, únicamente constituye trata si equivale a una violación de derechos humanos, de acuerdo a la perspectiva del Derecho internacional de los Derechos Humanos. En concreto, tiene que equivaler a violaciones de derechos humanos constitutivas de esclavitud, trabajo forzado o servidumbre.

En todo caso, lo cierto es que debido a una solución de compromiso, no se incluyeron definiciones en este instrumento de las expresiones en cuestión, con lo cual se mantuvo el vacío antes señalado en el Derecho internacional. Sobre el particular, Jorda²¹ propone sendas definiciones operativas que pueden ser consideradas por los operadores judiciales, en concreto jueces. Así, la explotación sexual significa la participación de una persona en prostitución, servidumbre sexual, o la producción de materiales pornográficos como resultado de estar sometido a amenaza, coerción, secuestro, fuerza, abuso de autoridad, deuda, cautiverio o fraude. A su vez, la explotación de la prostitución de otros puede ser definida como la obtención de una persona de algún beneficio financiero o de otro tipo a partir de la explotación de otra.

Ahora bien, el término trabajo forzado es definido en el artículo 2.1. del Convenio 29 de la OIT²² en los siguientes términos: “A los efectos del presente Convenio, la expresión [trabajo forzoso u obligatorio] designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”.

Por su parte, el término esclavitud recibe el siguiente tratamiento en el artículo 1.1 de la Convención sobre la Esclavitud²³: “La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos”.

Finalmente, la “expresión prácticas análogas a la esclavitud” es definida en el artículo 1 de la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud²⁴ como sigue:

a) La servidumbre por deudas, o sea, el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados,

19. Sentencia, p. 4.

20. Sentencia, p. 8.

21. Jordan, *Ann. Ob. cit.*, p. 9.

22. Convenio No. 29 de la OIT Relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio. Ratificado por el Estado peruano el 1 de febrero de 1960.

23. Convención sobre la Esclavitud adoptado el 25 de septiembre de 1926.

24. Adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 608 (XXI), de 30 de abril de 1956.

equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios;

b) La servidumbre de la gleba, o sea, la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición;

c) Toda institución o práctica en virtud de la cual:

i) Una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas;

ii) El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera;

iii) La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona;

d) Toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven.

Por su parte la servidumbre no se encuentra definida en Derecho internacional pero se entiende que las anteriores prácticas son formas de servidumbre. La Convención Suplementaria enumera una serie de instancias específicas de servidumbre o prácticas similares a la esclavitud. Otras formas de servidumbre pueden ser derivadas de los principios presentes en la Convención Suplementaria tales como el uso de prácticas consuetudinarias para despojar a una persona de cualquier habilidad para rechazar el sometimiento a prácticas que, de otra forma, podrían ser consideradas como esclavitud o trabajo forzado.

El tráfico de órganos del cuerpo sucede sólo si una persona es transportada para el propósito de la remoción de órganos. El Protocolo no cubre el transporte de los órganos únicamente.

2.4. Aspectos complementarios

La segunda parte del Protocolo exige a los Estados partes, en este caso el Estado peruano, proporcionar asistencia y protección a las personas víctimas del tráfico en los casos apropiados y en la medida posible según el Derecho nacional.²⁵ Sobre la base de lo anterior, los Estados partes tienen que: i) proteger la privacidad de las víctimas; ii) asegurar que se les otorgue información sobre procedimientos legales; iii) brindar facilidades necesarias para la presentación de sus puntos de vista y opiniones durante los procedimientos penales contra los perpetradores.²⁶ Además, los Estados tienen que considerar la implementación de un amplio espectro de medidas para proporcionar la recuperación física de las víctimas del tráfico²⁷ y esforzarse en proporcionar la seguridad física de las víctimas del tráfico dentro de su territorio.²⁸ Finalmente, se tiene que asegurar que el Derecho nacional proporcione a las víctimas la posibilidad de obtener compensación.²⁹

La prevención como paso importante y fundamental en la prevención de este crimen, es también recogida en numerosas disposiciones del Protocolo. Las obligaciones de prevención son principalmente programáticas. En tal sentido, el Perú como Estado parte se encuentra obligado a establecer políticas, programas y otras medidas que busquen prevenir el tráfico y proteger a personas de una re-victimización. El Perú como Estado parte también tiene que intentar adoptar medidas adicionales incluyendo campañas

25. Protocolo, artículo 6.1.

26. Protocolo, artículos 6.1 y 6.2.

27. Protocolo, artículo 6.3.

28. Protocolo, artículo 6.5.

29. Protocolo, artículo 6.6.

de información e iniciativas sociales y económicas para prevenir el tráfico.³⁰ Tales medidas deben incluir cooperación con organizaciones no gubernamentales, organizaciones relevantes y otros elementos de la sociedad civil.³¹

Ahora bien, la Sala sólo hace referencia al Protocolo debido, entendemos, a la similitud entre la definición del crimen de la trata de personas contenida en tal instrumento internacional y aquella recogida en nuestro código penal. Sin embargo, además del Protocolo, el tema de la explotación sexual/prostitución ha sido tratado en detalle en otros instrumentos internacionales de reconocido consenso en la comunidad internacional y de los cuales, el Estado peruano es Estado parte.

Así, la Convención de las Naciones Unidas para la Supresión del Tráfico de las Personas y la Explotación de la Prostitución de Otros³² tiene como principal propósito promover el fin de una “aproximación regulatoria” a favor de una “aproximación abolicionista”.³³ Su fin básico, por lo tanto, consiste en la sanción del: tráfico, adquisición, y explotación con independencia de la edad de la víctima o de su consentimiento. Por primera vez se declaró en un instrumento internacional que la prostitución y el tráfico de las personas eran incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y, al mismo tiempo, pone en peligro el bienestar del individuo, la familia y la comunidad. La Convención, por otro lado, no distinguió entre tráfico nacional y tráfico internacional y, por ende, hizo la práctica del mantenimiento de burdeles y otras prácticas similares sancionables.

Esta Convención también incorpora varias disposiciones relativas al tráfico internacional ya presentes en previos instrumentos. En tal sentido, se requiere que para que las ofensas establecidas por la Convención sean consideradas como ofensas extraditables;³⁴ los Estados partes deben establecer sistemas de coordinación e intercambio de información entre ellos;³⁵ deben adoptar las medidas apropiadas en relación con los procedimientos de inmigración y migración;³⁶ y deben supervisar las agencias de empleo.³⁷ Al mismo tiempo, como apropiadamente resalta Reanda,³⁸ la aproximación subyacente a la Convención considera que la acción represiva contra procedimientos es insuficiente sin las medidas que busquen la reducción de incidencia de prostitución. De acuerdo a ello, la Convención también contiene un programa de acción estatal para que los Estados a través de sus servicios de educación, salud, socio-económicos y de otra naturaleza para la prevención de prostitución y para la rehabilitación y la reintegración social de sus víctimas.³⁹

La Convención, no obstante, ha sido objeto de una creciente crítica en años recientes debido, entre otros aspectos, a que se basa en la tradicional distinción entre prostitución voluntaria y prostitución forzada y, como recuerda Reanda,⁴⁰ se han dado llamados para un nuevo instrumento internacional que considere toda forma de prostitución como manifestación de una discriminación por género basada en violencia sexual y violación de derechos humanos. También se ha criticado que la Convención no cubra formas modernas de prostitución tales como turismo sexual y formas de tráfico que se encuentran encubiertas como empleo en el extranjero, mercados de matrimonio y otros similares.⁴¹

30. Protocolo, artículo 9.2.

31. Protocolo, artículo 9.3.

32. Adoptada por la Resolución 317 (IV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 2 de diciembre de 1949. UN Doc. A/1251 (1949).

33. Véase para más detalles Reanda, Laura. “Prostitution as a Human Rights Question: Problems and Prospects of United Nations Action”. En: *Human Rights Quarterly*. Vol. 13, No. 2, 1991, p. 209.

34. Convención, artículo 8.

35. Convención, artículos 14 y 15.

36. Convención, artículo 17.

37. Convención, artículo 20.

38. Reanda, Laura. *Ob. cit.*, p. 210.

39. Convención, artículo 16.

40. Reanda, Laura. *Ob. cit.*, p. 210.

41. *Ibid.*, *loc. cit.*

3. Trata de niños

3.1. Acciones a ser tomadas por los Estados

En su Resolución 7/29 sobre Derechos del Niño, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas incluyó un capítulo entero dedicado a la prevención y erradicación de la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.⁴² En ese capítulo, el Consejo exhortó a los Estados a:

- Adoptar las medidas necesarias para eliminar, tipificar como delito y castigar efectivamente todas las formas de explotación sexual de los niños, incluyendo aquéllas que poseen fines comerciales así como la prostitución infantil y la trata de niños.
- Adoptar las medidas eficaces para garantizar el enjuiciamiento de los perpetradores.
- Atender efectivamente las necesidades de los niños víctimas de trata, venta y prostitución. Ello incluye la seguridad y la protección de los niños lo que abarca su seguridad y protección así como su recuperación física y psicológica y su plena reintegración en su familia y en la sociedad siempre a la luz del principio del interés superior del niño. El interés superior del niño, es importante recordarlo, se encuentra recogido expresamente por la Convención sobre los Derechos del Niño en los siguientes términos:

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.⁴³

A su vez, el Relator Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía ha exhortado a los Estados, ONGs creíbles y confiables y otros actores de la sociedad civil, el establecimiento de medidas específicas de rehabilitación y programas de asistencia para niños quienes son víctimas de comercio sexual y trata. Tales programas, en entendimiento del Relator, deben asumir diversas formas y estar adaptados a los respectivos contextos culturales y locales.⁴⁴

- Combatir el mercado que promueve los citados delitos contra los niños y los factores que los originan. En relación a lo anterior, la adopción y la aplicación efectiva de medidas de prevención y represión contra los clientes o las personas que explotan sexualmente a los niños o abusan sexualmente de ellos resultan necesarias.
- Adoptar las medidas necesarias que viabilicen la erradicación de la prostitución infantil teniéndose en cuenta un enfoque integral.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en su momento, estableció una serie de Principios y Directrices sobre Derechos Humanos y Trata de Personas.⁴⁵ En lo concerniente a los principios y directrices aplicables a la trata de niños, como fundamento, se resaltó tanto el particular daño físico, psicológico y psicosocial sufrido por los niños víctimas de trata como su incrementada vulnerabilidad

42. Consejo de Derechos Humanos. Resolución 7/29. Derechos del Niño. 28 de marzo de 2008, pp. 19-20.

43. Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 2.2.

44. Relator Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización infantil y la utilización de niños en la pornografía. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluidos el derecho al desarrollo. A/HRC/7/8, 9 de enero de 2008, p. 21..

45. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking. Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights to the Economic and Social Council. E/2002/68/Add.1.*

a la explotación para diferenciarlos de las víctimas adultas de la trata de personas. Tal diferencia debería reflejarse al momento de formular legislación, políticas, programas e intervenciones. El interés superior del niño, en esta como en cualquier otra área relativa a niños, debe ser considerado como un factor de la mayor importancia al momento que actores públicos y privados adopten decisiones. Consecuentemente, se debe otorgar a los niños víctimas de la trata asistencia y protección apropiadas teniendo siempre en cuenta los derechos y necesidades especiales de los niños.⁴⁶ Sobre la base de este fundamento se señalaron las siguientes directrices y líneas de acción:⁴⁷

- Asegurar que las definiciones sobre trata de niños reflejen, tanto a nivel jurídico como a nivel de política, las necesidades de especial cuidado otorgándoles protección legal especial que sea conforme con el Protocolo. En tal sentido, la prueba de engaño, fuerza, coerción no deben formar parte de la definición de la trata de personas cuando la víctima sea un niño.
- Asegurar la implementación de procedimientos para la rápida identificación de niños víctimas de tratas de personas.
- Asegurar que los niños víctimas de trata no se encuentren sujetos a procedimientos penales o sanciones por delitos relacionados a su situación como víctimas de trata.
- Cuando los niños no se encuentren acompañados por sus padres o tutores, se deben adoptar los pasos orientados a la identificación y localización de sus familiares y, sobre la base de un análisis de riesgo y consulta con los niños, adoptar las medidas para permitir la reunión del menor con su respectiva familia siempre que ello responda al interés superior del niño.
- En situaciones en las cuales el retorno seguro de un niño a su familia no sea factible, o cuando ello no responda al interés superior del niño, se deben adoptar medidas de cuidado que respeten los derechos y dignidad del niño víctima de trata.
- En cualquiera de las situaciones antes referidas, se debe garantizar que el niño víctima, en capacidad de formar su propia opinión, disfrute el derecho de expresarla de manera libre en todos los aspectos que lo afecten. De forma especial, las decisiones relativas al posible retorno a su familia. Esta directriz, al mismo tiempo, considera que los puntos de vista del niño deben ser evaluados y deben otorgársele un mayor o menor peso de acuerdo a su edad y nivel de madurez.
- Adopción de políticas y programas especializados para proteger y sostener a niños quienes han sido víctimas de trata. En tal sentido, se debe otorgar a los niños una completa asistencia que comprenda apropiado cuidado de tipo físico, psicológico, legal, educacional, de vivienda y de asistencia médica.
- Adopción de medidas necesarias para proteger los derechos y los intereses de los niños víctimas de trata en todas las etapas de los procesos penales contra los acusados y durante los procedimientos para la obtención de reparaciones.
- La protección, tanto como sea posible, de la privacidad y la identidad de niños víctimas y la adopción de medidas para evitar la diseminación de información que podría conducir a su identificación.
- La adopción de medidas para asegurar la formación jurídica y psicológica adecuada de las personas que trabajan con niños víctimas de trata.

Por su parte, la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el tráfico de personas, especialmente niños y mujeres ha recomendado que los Estados deben asegurar que detalladas disposiciones orientadas a los niños existan en la legislación nacional a efectos de combatir el tráfico de niños y que tal implementación se dé con la más alta consideración por los derechos y el bienestar del niño. La Relatora estimó que esas políticas orientadas al niño deberían incluir sistemas de reporte, entrenamiento legal para asegurar que los

46. *Ibid.*, p. 12.

47. *Ibid.*, p. 13.

niños sean rescatados y reintegrados en una forma favorable a los niños y no sean tratados como criminales, y la inclusión de niños como iguales participantes y compañeros en los planes de acción nacional y políticas anti-tráfico y programas.⁴⁸

3.2. Trata de niños en el Protocolo y otras fuentes del Derecho internacional

Los tres elementos del Protocolo, antes detallados, tienen que estar presentes para que tal instrumento pueda aplicarse a una situación de hecho dada. No obstante, precisamente la única excepción al elemento relativo a los medios, ya detallado, se refiere a los niños lo cual es desarrollado por el Protocolo en los siguientes términos:

La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo.⁴⁹

En la sentencia, se rechazó la posición de la defensa basada en un supuesto consenso de la víctima del delito de trata de personas como sigue:

Sobre el argumento de que la adolescente aceptó voluntariamente viajar con el imputado, y tal como se ha dejado sentado en la premisa normativa, en el delito de trata de personas la voluntariedad de la víctima carece de relevancia, máxime si se trata de una menor de edad, como en el presente caso, puesto que la agraviada a la fecha que sucedieron los hechos, tenía trece años [...]. Los acontecimientos así descritos permiten concluir que existe responsabilidad en el acusado en calidad de autor, de los delitos de violación de la indemnidad sexual, en agravio de la adolescente [...] y del delito de trata de personas en agravio de la misma menor de edad, por lo que la sentencia debe confirmarse en todos sus extremos.⁵⁰

A pesar de los orígenes del Protocolo en este asunto, el asunto concreto del tráfico de niños no ocupó de manera especial el interés de las delegaciones diplomáticas durante las negociaciones. No obstante, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas exhortó al Comité Ad Hoc encargado de la redacción que incluya disposiciones especiales para prevenir el tráfico de niños y proteger a las víctimas. Más aún, en febrero de 2000, un grupo informal constituido por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Organización Internacional para la Migración, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, en una propuesta conjunta al Comité Ad Hoc, hizo una detallada recomendación sobre este asunto.⁵¹

En tal recomendación, se sostuvo que el Protocolo debería incluir un reconocimiento explícito del hecho que los niños tienen derechos especiales de conformidad con el Derecho internacional y, en concreto, con la Convención sobre los Derechos del Niño. En particular, los niños que son víctimas de tráfico tienen que ser reconocidos por los Estados y que éstos se encuentran obligados a adoptar medidas para prevenir el tráfico de niños. Al tratar sobre este tema, el interés superior del niño tiene que guiar de manera paradigmática el derecho a una recuperación física y psicológica así como reintegración social.

La recomendación además de desarrollar, como se acaba de apreciar, la condición de los niños, también aborda la otra dimensión que consiste en las consecuencias jurídico-penales que deben recaer sobre aquellos individuos responsables por el tráfico, garantizando al mismo tiempo que el niño no sea criminalizado en ninguna forma. En este contexto, como la propia recomendación resalta, se debe notar que la gran mayoría de los Estados se encuentran ya bajo tales obligaciones jurídicas debido a la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño. El Derecho internacional existente también requiere a los Estados

48. Relatora Especial sobre el Tráfico de Personas, en especial mujeres y niños. *Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic and cultural rights, including the right to development*. A/HRC/10/16, 20 de febrero de 2009, p. 26.

49. Código penal del Perú, artículo 3.c)

50. Sentencia, p. 10, párrafos 23 y 24.

51. Comité Ad Hoc para la elaboración de una Convención contra Crimen Organizado Transnacional. Nota del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Derechos Humanos, UNICEF y la Organización Internacional para la Migración sobre los proyectos de protocolos relativos al contrabando de migrantes y el tráfico de personas. UN. Doc. A/AC.254/27, párrafos 6 y siguientes.

en asegurar, *inter alia*, que la asistencia y protección de los niños víctimas del tráfico no sea discrecional o dependiente de la decisión de autoridades nacionales. De conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño, concluye la recomendación, los niños víctimas del tráfico tienen derecho a la misma protección que los nacionales reciben del Estado en todas las materias, incluyendo las relativas a la protección de su privacidad e integridad moral y física.

Aunque como bien señala Gallagher,⁵² la versión final del Protocolo no llega a tal nivel de protección, lo cierto es que contiene numerosas disposiciones sobre las que se espera asegurar una protección relativamente mayor para las personas en tráfico bajo la edad de dieciocho años de edad. La determinación de que el tráfico ha tomado lugar no requiere de fuerza o coacción si es que es perpetrada contra un niño. Se debe precisar que, sin embargo, una propuesta para expandir la lista de propósitos-fines del tráfico para incluir lo que ha sido definido en la Convención OIT 182 como una de las peores formas del trabajo infantil⁵³ no fue finalmente incorporada. Sin embargo, en lo relativo a la protección que otorga la aplicación de las disposiciones del Protocolo, los Estados partes deben tomar en cuenta las circunstancias especiales de los niños, incluyendo vivienda, educación y cuidado.⁵⁴

En conclusión, el lenguaje contenido en el Protocolo aseguraría que las leyes no permitan, en ninguna circunstancia, que los niños estén involucrados en prostitución o pornografía. Los niños son solamente mencionados en la disposición antes citada del Protocolo pero se hace necesario que los diferentes operadores jurídicos nacionales, en concreto jueces, consideren los instrumentos internacionales.

Así el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía⁵⁵ constituye un punto de referencia de la mayor importancia. Como bien recuerda Michael Dennis,⁵⁶ en muchos Estados, la edad de consentimiento sexual es establecido entre trece y dieciséis años y si es que un niño de tal edad ha dado su consentimiento al acto sexual, ningún crimen habría sido cometido. Debido a ésto, numerosas delegaciones occidentales propusieron que en este punto el Protocolo se encuentre sujeto al Derecho doméstico y se permita a los Estados partes derogar la mayoría de edad por lo demás contenida en la legislación nacional, la que es en la mayoría de casos dieciocho años. Países en vías en desarrollo como también Italia, Estados Unidos y Canadá adoptaron la posición por la que la edad de protección debería ser dieciocho y que tal Protocolo debería excluir la posibilidad que un niño menor de dieciocho años de edad pueda consentir a crímenes tales como prostitución infantil, pornografía infantil y tráfico de niños.⁵⁷

El texto que finalmente se adoptó requiere, de manera bastante general, la criminalización de actividades relativas a prostitución infantil y pornografía infantil, sin referencia al Derecho doméstico o la edad de consentimiento. De esa forma, el artículo 2(b) define prostitución infantil como: “la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”. Pese a que este Protocolo no define el término niño, el Perú en condición de Estado parte a la Convención sobre los Derechos del Niño se encuentra obligado por el artículo 1, el cual define niño como: “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Esto se puede sustentar en la referencia que el propio Protocolo incluye en el primer párrafo de su preámbulo, al señalar que: “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

A nivel de los Convenios de la OIT también tenemos la presencia de tal prohibición. Así, un primer esfuerzo, fue dado en el Convenio 138 de la OIT⁵⁸ en el cual se busca erradicar diferentes formas de labor infantil por categoría y edad, permitiendo una implementación progresiva teniendo en cuenta el grado de desarrollo del Estado en concreto.

52. Gallagher, Anne. “Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis”. En: *Human Rights Quarterly*. Vol. 23, No. 4, 2001, p. 989.

53. Convenio número 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y de la acción inmediata para su eliminación adoptada en Ginebra el 17 de junio de 1999.

54. Protocolo, artículo 6.4.

55. Asamblea General - Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000.

56. Denis, Michael. “Newly Adopted Protocols to the Convention on the Rights of the Child”. En: *American Journal of International Law*. Vol. 94, No. 4, 2000, pp. 794-795.

57. Grupo de trabajo sobre la venta de niños. Informe de su cuarta sesión. UN Doc. E/CN.4/1998/103, párrafos 42-43.

58. Convenio de la OIT No. 138, Convención sobre la edad mínima de admisión al empleo, adoptada el 26 de junio de 1973.

El Convenio 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil prohíbe cuatro formas de trabajo infantil que ningún Estado debe permitir. Entre esas cuatro categorías, se ha incluido: “el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños”.⁵⁹

A nivel de la Organización de Estados Americanos, pese a que no existe un instrumento internacional específico que aborde la trata de personas, la Convención Inter-Americana sobre Tráfico Internacional de Menores,⁶⁰ además de definir a todo menor como un ser humano cuya edad sea inferior a dieciocho años⁶¹ incluye las siguientes definiciones que *mutatis mutandi* son análogas a los elementos contenidos en la definición del Protocolo:

[...] c) **“Propósitos ilícitos” incluyen, entre otros, prostitución, explotación sexual, servidumbre o cualquier otro propósito ilícito** ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado Parte en el que el menor se halle localizado.

d) **“Medios ilícitos” incluyen, entre otros, secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se halla el menor, o cualquier otro medio ilícito** ya sea en el Estado de residencia habitual del menor o en el Estado Parte en el que el menor se encuentre.⁶² [resaltado nuestro]

La Declaración Programa de Acción sobre Explotación Sexual Comercial de los Niños,⁶³ en la cual participaron 122 Estados, UNICEF, agencias de la ONU y ONGs calificó a la explotación sexual comercial de los niños como una violación fundamental de sus derechos. Se consideró que esta conducta comprende el abuso sexual por adultos y la remuneración en dinero y en especie al niño(a) y a una tercera persona. De esa forma, el niño(a) es tratado(a) como un objeto sexual y una mercancía siendo que la explotación sexual comercial de los niños constituye una forma de coerción y violencia contra ellos que incluyen el trabajo forzoso y formas contemporáneas de esclavitud. Asimismo, se invocó el contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño, como fundamento jurídico, respecto a una plena protección contra todas las formas de explotación y abuso sexual. Sobre el particular, como apropiadamente recordó la Declaración, la Convención exige a los Estados la protección de los niños frente a la explotación y los abusos sexuales y promover la recuperación física y psicológica así como la reintegración social de las víctimas infantiles.

En efecto, el artículo 19 de la Convención expresamente establece que:

1. **Los Estados Partes adoptarán todas las medidas** legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas **para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual,** mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. **Esas medidas de protección deberían comprender,** según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, **según corresponda, la intervención judicial.** [Resaltado nuestro]

59. Convenio de la OIT No. 182, artículo 2.d.

60. Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, adoptada el 18 de marzo de 2004. Adherida por el Perú el 20 de abril de 2004 (de aquí en adelante Convención Inter-Americana).

61. Convención Inter-Americana sobre Tráfico Internacional de Menores, artículo 2.a).

62. Convención Inter-Americana sobre Tráfico Internacional de Menores, artículo 2.b), c) y d).

63. Declaración Programa de Acción. Declaración de la reunión realizada en Estocolmo con motivo del Congreso Mundial contra Explotación Sexual Comercial de los Niños. Estocolmo, 24 de agosto de 1996.

El Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, en su Observación General No. 8 (2006) -El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo, crueles o degradantes-⁶⁴ ha considerado que el artículo 37 de la Convención sobre Derechos del Niño el cual exige a los Estados Partes velar por que “ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” es complementado y extendido por el artículo 19 antes transcrito. El Comité pone especial énfasis en la expresión “toda forma de perjuicio o abuso físico o mental” contenida en el artículo 19, como no ambigua y que, por lo tanto, no permite ninguna forma de violencia contra niños.⁶⁵ Aunque el Comité no señala de manera expresa que el abuso sexual constituye un maltrato o explotación -debido a la temática de la Observación General en cuestión- se puede arribar a tal conclusión a partir del propio fraseo del texto convencional, la cual considera de manera expresa al abuso sexual como un maltrato o explotación así como las remisiones hechas por el propio Comité.

El Consejo de Derechos Humanos, en su Resolución 7/29 sobre Derechos del Niño también utilizó la misma orientación al establecer que los Estados tienen que adoptar todas las medidas para prevenir, y proteger a los niños de tortura y otro trato cruel, inhumano o degradante así como de todas las formas de violencia como un asunto de suma urgencia. Lo anterior, como el propio Consejo de Derechos Humanos señala, incluye la violencia física, mental y sexual, el abuso y explotación infantiles, debiéndose dar también prioridad a la dimensión de género.⁶⁶ Los Estados también tienen que poner fin a la impunidad para los perpetradores de crímenes contra niños, e investigar y enjuiciar tales actos de violencia con la imposición de las penalidades apropiadas siendo necesario el reconocimiento de que las personas condenadas de ofensas violentas contra niños, incluyendo el abuso sexual de los niños, únicamente podrían ser capaces de trabajar con niños sólo después de que adecuadas garantías nacionales hayan sido adoptadas para determinar que ellos no representan un riesgo para los niños.⁶⁷

64. Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 8 (2006). El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigos crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros). CRC/C/GC/8. 21 de agosto de 2008.

65. *Ibid.*, párrafo 38.

66. Consejo de Derechos Humanos. Resolución 7/29. Derechos del Niño. 28 de marzo de 2008, p. 6.

67. *Ibid.*, p. 7.

4. Error de hecho. Análisis de la apariencia de mayoría de edad del niño (a) como defensa

La Sala sostiene que:

[Respecto al error de tipo invencible] [...] un error de tipo existe cuando el autor no conoce una circunstancia que pertenece al tipo penal. El autor cree que su acción está permitida porque él no sabe lo que hace. Ejemplo: alguien seduce a una joven de 13 años de edad suponiendo que ella ya tendría 17 años. La edad de la joven, “inferior a los 14 años” [...] es un ejemplo del tipo penal [...]; en tanto la existencia de una errónea interpretación configura un error de tipo. Asimismo, el error de tipo tiene que ver con el supuesto de hecho, el error de tipo es no saber lo que se está haciendo, ignorar o apreciar erróneamente una circunstancia agravante del tipo penal.⁶⁸

La Sala analiza desde una perspectiva de dogmática penal el error de tipo invencible. Por nuestra parte, se harán algunas referencias al concepto de *mistake of fact* o error de hecho el cual sería el concepto aplicable desde la óptica del Derecho penal internacional.

Como apropiadamente recuerda Cassese,⁶⁹ esta defensa se puede invocar en situaciones en las que a pesar de la existencia del *actus reus*, es decir los elementos materiales u objetivos de una conducta delictiva, el *mens rea*, es decir el elemento mental o subjetivo está ausente. El propio Estatuto de la Corte Penal Internacional recoge en los siguientes términos el concepto bajo análisis: “El error de hecho eximirá de responsabilidad penal únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen”.⁷⁰

El error de hecho y el error de derecho se diferencian en que en principio, en el primero el autor no se encuentra equivocado acerca de la existencia de un elemento puramente material. En tal sentido los errores sobre aspectos jurídicos del crimen no se refieren, en general, a los elementos materiales o prerequisites materiales para la justificación o excusa. En el caso del error de hecho es suficiente que el autor sea consciente del significado social de los hechos percibidos.⁷¹ Así, la predominante posición en países del *civil law* es que basta que el autor sea consciente de la relevancia social de los hechos. Por lo tanto, no es necesario que el autor haya comprendido la definición jurídica siendo que tal comprensión tiene que darse, como es lógico, en el caso de los operadores judiciales.

En tal sentido, como precisa Triffterer,⁷² el error de hecho puede ser definido como la incorrecta percepción –entendida como ser consciente– de la realidad. El resultado es que el elemento mental no está presente. Los elementos materiales constitutivos tienen que existir a nivel ontológico. Ello es independiente a si se encuentran en la esfera externa de la persona, como es normalmente el caso.

Coincidimos con Triffterer⁷³ cuando sostiene que los elementos materiales normativos no son elementos abstractos sino una evaluación jurídica de los hechos de parte del legislador o del juez. En tal sentido, los hechos subyacentes son hechos como los elementos materiales descriptivos siendo que una falsa percepción de ellos se ubica dentro del concepto de error de hecho y niega el elemento mental o subjetivo requerido.

68. Sentencia, p. 8.

69. Cassese, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 290.

70. Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 32.1.

71. Triffterer, Otto. “Mistake of fact or mistake of law” En: Triffterer, Otto (ed.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*. Manchen/Portland/Baden: Beck/Hart/Nomos, 2008, p. 902.

72. *Ibid.*, p. 903.

73. *Ibid.*, p. 904.

En opinión de Albin Eser,⁷⁴ se puede distinguir dos categorías o supuestos dentro del error de hecho.

La primera, como el propio Eser⁷⁵ sostiene, es claramente reconocible como error de hecho y consiste en los elementos fácticos de la definición, lo que, en otros términos, significa los elementos descriptivos del crimen, percibidos a través de la percepción humana. Esto también se aplicaría en casos en los que el perpetrador no prevé la consecuencia de su conducta. Sin embargo, como refiere Eser,⁷⁶ no todo caso de error en la identidad implica automáticamente la negación del elemento mental. Por lo tanto, la confusión de personas o cosas origina la negación del elemento mental siempre y cuando los objetos confundidos no sean equivalentes, en términos de ser correspondientes, al mismo elemento material del crimen. Este error de hecho negaría el conocimiento de parte del perpetrador del elemento material.⁷⁷ Esta primera categoría de supuestos comprende a los errores debidos a la falta de conocimiento fáctico o mala representación.

Un segundo grupo de supuestos, diferente del anterior, se relaciona al hecho de que el elemento mental está ausente debido a errores conceptuales. Esta evaluación debe estar abierta a un juicio normativo. Tal juicio, sin embargo, debe hacerse dentro de la esfera de análisis del hombre común.⁷⁸

Como apunta Eser,⁷⁹ siempre a la luz de la disposición contenida en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, sólo en casos en que el perpetrador no fue consciente de su mala percepción de las circunstancias o consecuencias fácticas que se encuentran requeridas como “elementos materiales” de la definición del respectivo crimen, estamos ante instancias claras de un error de hecho en tanto niegan el elemento mental.

Respecto al error de hecho relativo a la edad de un menor de edad que aparenta ser mayor a su real edad podemos hacer referencia *mutatis mutandi* al tratamiento del crimen de guerra de utilizar, reclutar o alistar niños en las fuerzas armadas dentro del Estatuto de la Corte Penal Internacional.⁸⁰ Así, el elemento mental de tal crimen requiere: “Que el autor haya sabido o debiera haber sabido que se trataba de menores de 15 años”.⁸¹ Andreas Zimmermann, al comentar esta disposición, señala que es suficiente que el perpetrador pudo haber conocido la edad del niño si él no hubiese sido deliberadamente “ciego” o si hubiese adoptado salvaguardias razonables y factibles al momento de utilizar, reclutar o enlistar a un niño menor de 15 años, en particular cuando la apariencia de la persona no permitió excluir con certeza que él o ella excedía 15 años. Lo anterior necesariamente crea un deber de adoptar salvaguardias razonables y factibles contra, en este caso, el reclutamiento o alistamiento de niños menores de 15 años.⁸²

A continuación se hará referencia a algunas fuentes de jurisprudencia penal comparada, en donde se ha tratado el tema en cuestión.⁸³

El código penal suizo, en relación a crímenes que requieren dolo directo o dolo eventual, considera que la creencia razonable por la que la víctima se encuentra sobre un cierto límite de edad excluye el elemento mental.

En el caso del Derecho penal francés se regula que, en relación a un error sobre la edad real de la víctima, el acusado tiene que ser liberado si él prueba el error y el error parece ser suficientemente razonable.

74. Eser, Albin. “Mental Elements-Mistake of fact and Mistake of Law”. En: Cassese, Antonio, Gaeta, Paola y Jones, Jhon (eds.). *Commentaries on the Rome Statute of the International Criminal Court*. Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 937-938.

75. *Ibid.*, p. 937.

76. *Ibid.*, p. 938.

77. *Ibid.*, *loc. cit.*

78. *Ibid.*, p. 939.

79. *Ibid.*, p. 940.

80. Estatuto de la CPI, artículo 8.2) b) xxvi y artículo 8.2) e) vii).

81. Estatuto de la CPI, artículo 8.2) b) xxvi, elemento 3; artículo 8.2) e) vii), elemento 3.

82. Cottier, Michael. “War Crimes”. En: Triffterer, Otto. (ed). *Ob. cit.*, p. 475.

83. Pronunciamientos extraídos de Dormann, Knut. *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court. Sources and Commentary*. Cambridge: Comité Internacional de la Cruz Roja / Cambridge University Press, 2003, pp. 380-381.

En el caso del Derecho penal alemán, por lo menos, se requiere dolo eventual. Así, el acusado será responsable penalmente si no conoció la edad pero no tuvo cuidado sobre ello. No obstante, él no puede haber excluido la posibilidad de que la víctima era menor de edad. Si él completamente no consideró la edad de la víctima, no existe *dolus eventualis* y, por lo tanto, tiene que ser exonerado.

En Estados Unidos en el caso *S. vs. Superior Court of Pima County*, se consideró que la violación es en general una ofensa de estricta responsabilidad e, incluso, un error honesto y razonable respecto a la edad o capacidad mental no servirá para exonerar de responsabilidad al acusado. En el caso *Garnett v. State*, en relación a ofensas sexuales –en concreto violación- que involucran menores de edad se determinó que se puede obtener una condena incluso en casos en que el juicio del acusado en torno a la edad de la víctima es garantizado por su edad, sofisticación sexual, sus malas interpretaciones verbales y los intentos cuidadosos de parte del acusado en determinar la verdadera edad.

En *Regina v. Prince*, el jurado inglés competente consideró que el acusado creyó que la declaración de la víctima por la cual ella tenía dieciocho años y su creencia fue razonable toda vez que ella aparentaba ser mucho mayor que dieciséis años. Sin embargo, ella en realidad era menor de dieciséis años y por lo tanto se configuraron los elementos materiales u objetivos del crimen. El acusado no actuó con negligencia leve menos aún con negligencia grave o intención en relación a la edad de la niña. Pese a su involuntaria inadvertencia, el acusado fue encontrado culpable. En tal sentido, la creencia razonable por la que la víctima tiene una cierta edad no constituye una defensa si de hecho es menor de edad.

De la revisión antes hecha, se puede concluir de manera general que, mientras Estados de tradición del *civil law* permiten, de ser el caso, invocar el error de hecho como defensa; en el contexto de Estados de tradición del *common law* se sigue una posición de responsabilidad estricta donde tal defensa tiene menos posibilidades de ser exitosa.

A manera de conclusión

- En nuestra opinión, la sentencia acertadamente consideró la utilización del Derecho internacional, en concreto el Protocolo, para un mejor entendimiento de los hechos y más completa perspectiva en la aplicación de la legislación penal peruana al considerar la dimensión internacional de la trata de personas y, en concreto, la de niños.
- Sin embargo, faltó un mayor examen del Protocolo así como de otros instrumentos internacionales que son de la mayor valía al momento de interpretar las disposiciones sobre trata de personas. Esta consideración es especialmente relevante si tenemos en cuenta que la víctima de este caso, al igual que un importante número de otros casos, fue menor de edad y que existen diferentes instrumentos internacionales que abordan esta problemática en mayor o menor medida.
- El tratamiento sobre error de hecho respecto a la aparente mayoría de edad de la menor quien fue víctima ha sido, es claro, efectuado en la sentencia desde la lógica de la dogmática penal. En este informe, se han dado algunas consideraciones desde la óptica del Derecho penal internacional que pueden ser de relevancia.

Anexo⁸⁴

Instrumento internacional y fecha de aprobación	Fecha de ratificación, aceptación o adhesión por parte del Estado peruano
Convención sobre los Derechos del Niño. 20/11/1989	04/09/1990
Protocolo Facultativo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía. 25/05/2000	08/05/2002
Convenio sobre la Prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación. 17/06/1999	10/01/2002
Convención Inter-Americana contra el Tráfico internacional de menores. 18/03/04	20/04/2004
Estatuto de la Corte Penal Internacional. 17/07/1998	10/11/2001
Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. 15/11/2000	23/01/2002
Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños "Protocolo de Palermo". 15/11/2000	23/01/2002
Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. 18/12/1979	13/09/1982
Protocolo Facultativo a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. 06/10/1999	09/04/2001
Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención De Belem Do Para". 09/06/1994	02/04/1996

84. Obtenido de: Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescente. *Noveno Informe al Secretario General de la OEA sobre la Situación de la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes en las Américas*. Montevideo, 2009, p. 84.
Disponible en: [http://www.iin.oea.org/IIN/Pdf/IX%20Informe%20ESCNA%20-%20vf%20ESP%20\(2\).pdf](http://www.iin.oea.org/IIN/Pdf/IX%20Informe%20ESCNA%20-%20vf%20ESP%20(2).pdf) [última visita realizada el 18 de agosto de 2009]

