

# EL PRINCIPIO DE NO CRIMINALIZACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE TRATA DE PERSONAS Y EXPLOTACIÓN EN LA TEORÍA DEL DELITO

## THE PRINCIPLE OF NON-CRIMINALIZATION OF VICTIMS OF TRAFFICKING AND EXPLOITATION IN THE THEORY OF CRIME

Sergio Enrique Rodríguez Salinas\*  
Pontificia Universidad Católica del Perú

*This article examines how the principle of non-criminalization of victims of human trafficking and exploitation, based on international human rights law, is transferred to criminal theory. It begins by analyzing the role of criminal dogmatics, particularly within academia, in the judicial application of criminal law.*

*From this perspective, the construction of criminal norms is examined in its argumentative and communicative dimensions, emphasizing two key aspects: the norm's recipient and its content. In this context, the traditional positioning of imputability and the requirement of alternative conduct within culpability is questioned, as well as the distinction between tipicity and unlawfulness. Human trafficking and exploitation are characterized as phenomena involving relationships of dominance or control over victims, and the principle of non-criminalization is justified based on the need for their protection, as established in the Palermo Protocol.*

*Finally, it is concluded that this principle entails the application of a case of individual non-exigibility, preventing the State from addressing trafficking victims as recipients of criminal norms, which has direct implications for criminal proceedings and the protection of their rights.*

**KEYWORDS:** Human trafficking; non-criminalization; crime theory; norm theory; enforceability of other conduct.

*El presente artículo examina cómo el principio de no criminalización de las víctimas de trata de personas y explotación, fundamentado en el derecho internacional de los derechos humanos, se traslada a la teoría del delito. Para ello, se parte del papel que desempeña la dogmática penal, especialmente desde la academia, en la aplicación judicial del derecho penal.*

*Desde esta perspectiva, se analiza la construcción de la norma penal en su dimensión argumentativa y comunicativa, enfatizando dos aspectos clave: el destinatario de la norma y su contenido. En este contexto, se cuestiona la ubicación tradicional de la imputabilidad y la exigibilidad de otra conducta en la culpabilidad, así como la distinción entre tipicidad y antijuridicidad. Se caracteriza la trata de personas y la explotación como fenómenos que implican relaciones de dominio o control sobre la víctima y se fundamenta el principio de no criminalización en la necesidad de su protección, conforme a lo establecido en el Protocolo de Palermo.*

*Finalmente, se concluye que este principio implica la aplicación de un supuesto de inexigibilidad penal individual que impide al Estado considerar a la víctima de trata como destinataria de la norma penal, lo que tiene repercusiones directas en el proceso penal y en la protección de sus derechos.*

**PALABRAS CLAVE:** Trata de personas; no criminalización; teoría del delito; teoría de las normas; exigibilidad de otra conducta.

\* Abogado. Magíster en Sistema Penal y Criminalidad por la Universidad de Cádiz (España) y Doctorando en Derecho y Administración de Empresas en la Universitat de Lleida (España). Profesor contratado del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4543-6281>. Contacto: [sergio.rodriguez@pucp.edu.pe](mailto:sergio.rodriguez@pucp.edu.pe)

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 4 de febrero de 2025, y aceptado por el mismo el 12 de marzo de 2025.

## I. INTRODUCCIÓN

La trata de personas es un fenómeno complejo que involucra el dominio o control de seres humanos con fines de explotación, ya sea laboral, sexual u otras formas de sometimiento. Su abordaje desde el derecho penal ha estado centrado principalmente en la tipificación del delito de trata de personas. No obstante, no con poca frecuencia se presentan casos en los que las víctimas, se enfrentan al sistema penal ahora como presuntas autoras de delitos que cometieron, precisamente, bajo dicha condición. Este problema genera una tensión entre la aplicación de la ley penal y la obligación del Estado de proteger los derechos humanos de quienes han sido víctimas de trata.

Ante la ausencia en el ordenamiento jurídico peruano de una regla expresa que resuelva esta evidente contradicción, será necesario apelar a la teoría del delito para analizar la pertinencia del principio de no criminalización de las víctimas de trata de personas y explotación, considerando el marco dogmático que subyace a la imputación de responsabilidad penal. En este sentido, este artículo representa un intento de desarrollo dogmático, que requiere, por lo tanto, revalorizar la dogmática penal de manera que sea capaz de ofrecer una respuesta razonable y justa a su principal destinatario, el juez, respecto a la posibilidad de responsabilizar penalmente a quienes, en circunstancias de dominio o control por terceros, han realizado conductas ilícitas.

El presente estudio examina, en primer lugar, la relación entre la dogmática penal, la docencia y la investigación en el derecho, como herramientas indispensables para la comprensión de los problemas jurídicos subyacentes a la ley penal. A continuación, se propone una revisión crítica de las categorías de la teoría del delito, en especial, la distinción entre tipicidad y antijuridicidad, y la ubicación de la imputabilidad y la exigibilidad de otra conducta, a partir de la teoría de la argumentación y la teoría de las normas. Posteriormente, se analiza la relación entre la trata de personas y la explotación, destacando cómo la situación de dominio o control que, en menor o mayor medida, se ejerza sobre estas, incide sobre su eventual intervención en actividades delictivas.

A partir de este marco, se introduce el principio de no criminalización, explorando su fundamentación en el derecho internacional con el objetivo de determinar su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico penal peruano. Finalmente, el artículo analiza las diferentes posibilidades de trasladar el principio de no criminalización a la teoría del delito. Se argumenta que, en un estado social y

democrático de derecho, la imposición de una sanción penal requiere como requisito *sine qua non* que la norma penal se concrete en cada caso identificando el destinatario de una posible pauta de conducta. En consecuencia, la sanción a las víctimas de trata no solo es incompatible con los principios de justicia y proporcionalidad, sino que, principalmente, es incompatible con un derecho penal que solo puede dirigirse a aquellos con capacidad de dirigir sus comportamientos según la norma penal. Así, este estudio busca no solo contribuir al debate sobre la forma en que el derecho penal debe abordar la intersección entre la protección de derechos humanos y la función sancionadora del Estado, sino que, además, reflexiona sobre cómo debe materializarse esta última función.

## II. BASES DEL PLANTEAMIENTO

### A. Dogmática, docencia e investigación

Es innegable la vinculación entre la dogmática jurídica, la docencia –en este caso, universitaria– y la investigación en derecho penal. Así, con la primera, se busca tender un puente entre la ley, concebida de manera abstracta, y su puesta en práctica por los operadores jurídicos, principalmente los jueces, pero además, todos aquellos que están involucrados en la ‘cadena de valor’ de una toma de decisión en el ámbito penal. El objetivo será ofrecer un armazón teórico a partir del cual se puedan construir las respuestas a los problemas que la vigencia o aplicación de la ley demande (Jescheck & Weigend, 2014).

Esta labor de construcción, de argumentación y contraargumentación es, además, una tarea democrática, en la que intervienen –y deben intervenir– todos los actores involucrados o interesados en las respuestas que finalmente se ofrezcan, y controlable precisamente por esta misma actividad (Silva Sánchez, 2023, p. 57). No obstante, esta tarea ha sido ‘liderada’ o, en muchos casos, ‘monopolizada’ desde las aulas universitarias, producto del origen elitista de las universidades. Es aquí donde se puede encontrar alguna explicación al rechazo de ciertos sectores a la labor dogmática, a la actividad docente o a ambas. Y, es que tradicionalmente, se ha visto al profesor universitario como alguien desligado por completo del mundo o realidad que lo rodea, pero que además es, o debería ser, su objeto de estudio, en pocas palabras, ‘enclaustrado’.

Así, se han advertido cuestionamientos –que no cabe señalar como infundados o carentes de sentido– en torno a una ‘mala teoría’ –ya sea dentro o fuera de las aulas– esto es, una teoría “que dis-

cute sobre interpretaciones y elabora conceptos y clasificaciones sin tener en cuenta y/o sin mostrar al estudiante las consecuencias jurídico-prácticas, sociales y político-morales a que conduciría defender una interpretación distinta o una elaboración conceptual alternativa" (Pérez Lledó, 2007, p. 100). Ello implica, a su vez, un cuestionamiento a la formación y desarrollo teórico realizado desde las universidades y a su valor científico (Terradillos Basoco, 2023, p. 16), y por extensión, al rol de la universidad y de una de sus funciones centrales, el de la investigación.

Es indudable que, si se quiere construir una dogmática válida, esta debe tomar en cuenta, entre otros límites, la llamada construcción hermenéutica, esto es, lo que en el ámbito de la propia dogmática se ha venido planteando (Silva Sánchez, 2023, p. 56). No obstante, este conocimiento debe estar orientado, nuevamente, hacia la finalidad de la dogmática. En consecuencia, dogmática, investigación y docencia tienen un solo norte: contar con instrumentos o herramientas válidas para la comprensión de los problemas jurídicos que subyacen a la ley penal (Hava García, 2018, p. 22), que sirvan no solo al estudiante, sino también al juzgador y al legislador y, por supuesto, al ciudadano que finalmente es el destinatario del derecho penal.

Detrás de todo lo dicho hasta el momento se esconde una preconcepción del derecho, o para ser más precisos, del rol o función del derecho penal: la protección de bienes jurídicos, pero no desde un rol estático o pasivo frente al *status quo* imperante, sino como una pieza más de un estado social y democrático de derecho –al que no puede contradecir– que "interviene proactivamente en la dinamización social hacia el máximo desarrollo de los derechos humanos" (Terradillos Basoco, 2020, p. 70). Si eso es así, entonces la universidad, que en el diseño constitucional peruano es una pieza fundamental, no puede hacer otra cosa que contribuir también a sus fines, es decir, a la discusión sobre el impacto y la forma como se realiza esta protección de derechos humanos, cómo el derecho penal aborda los problemas públicos que motivan su actuación.

#### B. Dogmática, aplicación judicial y argumentación

Lo dicho hasta este punto no resulta una cuestión baladí. Si lo que aquí se persigue es, precisamente, un desarrollo dogmático, entonces este no puede perder de vista, principalmente, dos cuestiones. Primero, que lo que se proponga debe ser funcional a la solución de un problema jurídico en el marco de un estado social y democrático de derecho. Y, en segundo lugar, que esta solución debe estar

limitada por una exigencia o deber de cuidado: "una cierta responsabilidad para que el sueño de la razón no produzca monstruos: que salga de su aislamiento, que mida las consecuencias que pueden producir en la práctica, para personas concretas, sus elucubraciones de despacho" (Hava García, 2018, p. 24).

Esto es de vital importancia cuando el problema al que se pretende responder tiene su punto de partida o de alguna manera puede estar anclado en la ley. En este caso la labor del dogmático no solo se concreta en la "reconducción a la ley de las soluciones que se adoptan" (Silva Sánchez, 2023, p. 71), sino que, a su vez, obliga a este a tener en cuenta que su principal destinatario será aquel responsable de la aplicación de las leyes: el juez. Es finalmente a través de la sentencia, y luego de un proceso judicial con las debidas garantías, que la capacidad de rendimiento del derecho para dar solución a un problema real es puesta a prueba. Y, con ello, se pone a prueba la capacidad del Estado para responder a problemas sociales, para efectivizar su rol como garante de los derechos humanos de todos los ciudadanos consagrado en el artículo 1 y 3 de la Constitución peruana.

En consecuencia, aquel puente entre ley y *praxis* que la dogmática busca tender tiene una finalidad específica en casos como el que aquí se aborda: ofrecer herramientas a los órganos jurisdiccionales para responder ante las pretensiones de los ciudadanos por afectaciones a sus derechos, y ello no es ajeno al proceso penal, aunque sea el propio Estado, a través del Ministerio Público, quien asuma la legitimidad de este conflicto. Entonces, no parece ilógico pretender que la construcción de ese puente se realice en las mismas condiciones en las que el juez ha de construir la respuesta al conflicto jurídico que se le presenta, de forma tal que a este último no le parezcan extrañas las propuestas del primero. En suma, se trata aquí de proponer una metodología para el desarrollo de las instituciones dogmáticas del derecho penal sobre la base de la teoría de la argumentación jurídica –o, por lo menos, una de estas teorías– en tanto la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía ineludible de la administración de justicia en el Estado Constitucional.

Esta elección metodológica se ancla, a su vez, en la propia concepción del derecho como un "entrampado muy complejo de decisiones –vinculadas con la resolución de ciertos problemas prácticos– y de argumentos, esto es, de razones a favor o en contra de esas (o de otras) decisiones" (Atienza, 2013, p. 20). Es decir, si el derecho es una herramienta del Estado para cumplir con su fin constitucional de defensa de la persona y su dignidad humana

—para usar la terminología de la Constitución peruana— y, como herramienta estatal, es manifestación del poder estatal, entonces estamos frente a la toma de postura o de decisiones frente a determinados problemas o conflictos, aquí, ¿cómo responder frente a la víctima de trata de personas que, bajo este contexto, realiza una conducta calificada como delito?

Estas decisiones, no obstante, no pueden legitimarse únicamente desde la propia aplicación de la ley, bajo riesgo de caer en un absoluto formalismo. Así, bajo la concepción positivista del derecho, la validez de la norma viene dada únicamente con base en su producción, de acuerdo con reglas determinadas por una norma fundamental (Kelsen, 2019, p. 56). Entonces, el procedimiento de aplicación del derecho y, por ende, de solución judicial a los problemas jurídicos, se reconduce a ‘un esquema lógico aparentemente simple’ conocido como ‘silogismo de determinación de la consecuencia jurídica’, cuyo desarrollo implica identificar la norma jurídica como premisa mayor, el hecho concreto como un caso específico del supuesto de hecho de dicha norma como premisa menor para arribar como conclusión que, para este hecho, es aplicable la misma consecuencia jurídica prevista en la norma (Larenz, 1980, p. 266).

No obstante, esta forma de proceder ha evidenciado ser, al menos, insuficiente por excluir todo tipo de valoración o deliberación, impide reflejar en la respuesta jurídica al problema la complejidad del sistema (Atienza, 2013, p. 23). Así, la llamada justificación deductiva solo sería posible una vez que se justifique cuál es el sentido o la interpretación de la ley que se pretende aplicar al caso en concreto (MacCormick, 2019, p. 103). Dicho con otras palabras, “la disputa práctica entre las partes podía resolverse y la decisión podía ser justificada deductivamente solo después de que se tomara una decisión sobre si debía interpretarse la regla promulgada en el sentido de (a) o de (b)” (MacCormick, 2019, p. 102). Por ende, es imprescindible para el razonamiento judicial —pero, además, para cualquier razonamiento que pretenda pronunciarse sobre la aplicación de una ley— determinar, primero, cuál es la concreta regla que se trasladará a la premisa mayor del silogismo. A este problema, para el cual el método deductivo no ofrece una respuesta, se ha denominado ‘problema de la interpretación’ (MacCormick, 2019, p. 103).

No obstante, también cabe la posibilidad en la que no sea posible encontrar, a primera vista, una regla que pueda ser aplicable al caso, “una proposición general como garantía jurídica suficiente para una decisión” (MacCormick, 2019, p. 106). A esto se ha denominado el ‘problema de la relevancia’, en don-

de se trata de construir o, mejor dicho, justificar la existencia de “una norma jurídica real o supuesta que asigne una determinada consecuencia jurídica a un conjunto de condiciones fácticas específicas en general” (MacCormick, 2019, p. 107).

En suma, lo que ponen de manifiesto estas limitaciones del método deductivo no es solamente la necesidad de justificar las decisiones judiciales sobre la base de la lógica formal —en una concepción formal de la argumentación—, sino que para que ello pueda ser así, el juez debe estar en la capacidad de formular premisas válidas de carácter general o universal a las que se adhiere para resolver la situación particular (MacCormick, 2019, p. 137). Ya sea que se trate de un problema de relevancia o de interpretación, la justificación del razonamiento judicial pasa por construir —entiéndase, justificar— una regla o norma jurídica válida que todo ciudadano pueda considerar como justa y aplicable a su caso en concreto.

Ello es así en tanto que, a pesar de tratarse de la solución a un conflicto específico, la sentencia judicial determina, en primer lugar, un determinado patrón de conducta o regla de comportamiento (MacCormick, 2019, p. 146). Por lo tanto, por este carácter normativo, el requisito de que esta regla pueda ser generalizable a todos los casos de las mismas características se vuelve intrínseco a la argumentación (MacCormick, 2019, p. 135), pero, además, esta regla debe ser coherente con el sistema jurídico, con el orden en el que se despliega esta pauta, toda vez que “en la motivación de sus decisiones, los jueces no pueden perseguir propósitos ajenos a las normas y a los valores de su sistema jurídico” (Atienza, 2013, p. 278).

En suma, si lo que pretende el derecho es regular el comportamiento de las personas (Moreso & Vilajosana, 2004, p. 61), entonces el razonamiento judicial debe centrarse en determinar cuál es el comportamiento que se pretende regular, en identificar el concreto elemento directivo de la conducta, en otras palabras, la concreta norma jurídica aplicable al caso. Ello, empero, no puede implicar desligarse del elemento justificativo, de la razón por la cual se fija dicha norma (Atienza & Ruiz Manero, 2006), con lo cual “las reglas que rigen los diversos ámbitos de la argumentación jurídica tienen que estar justificadas desde el punto de vista moral, esto es, tienen que poder derivarse de razones morales” (Atienza, 2013, p. 286).

### C. Ley, norma jurídica y norma penal

Por la vía argumentativa que se ha propuesto se puede llegar a una conclusión bastante extendida en la teoría de las normas: no cabe identificar el

enunciado con la norma jurídica. Por el primero debe entenderse el vehículo que el legislador utiliza para transmitir o plasmar un mensaje vinculado a la finalidad de direccionar el comportamiento de los ciudadanos. Es decir, el enunciado es producto del uso prescriptivo del lenguaje por parte del legislador (Moreso & Vilajosana, 2004, p. 79), donde confluyen tanto la intención de transmitir un significado como cuestiones propias del uso del lenguaje como el uso de ciertos recursos lingüísticos.

No obstante, no es posible para el operador jurídico aplicar el derecho solo a partir del enunciado. Para ello es necesario acudir a la norma, esto es, al significado que subyace al enunciado. Es solo la norma jurídica, en particular, la norma jurídica prescriptiva, la que cumple con la finalidad de guiar el comportamiento de las personas (Moreso & Vilajosana, 2004, p. 73).

Queda claro entonces que, a través del razonamiento jurídico, y antes de que se pueda a ingresar al debate de los problemas probatorios, es necesario que el juzgador determine el concreto significado del enunciado aplicable al caso materia de análisis. Esto es, forma parte del deber de justificación del juez el construir una norma jurídica válida sobre la cual luego pueda enjuiciar el comportamiento de la persona. En este proceso de construcción es necesario tomar en cuenta dos elementos esenciales: su estructura y su contenido.

### 1. El problema del destinatario de la norma

Respecto al primero de los elementos que aquí se analizan, si se toma como punto de partida el propio uso del lenguaje, se puede afirmar que todo mensaje necesita de un emisor. En el caso de las normas jurídicas, este viene representado por una autoridad normativa. Con independencia del origen de la ley penal –ley o decreto legislativo– se trata finalmente de un mensaje que emana del Estado en representación del interés de todos los ciudadanos.

Sin embargo, no basta con ello para contar con una norma jurídica válida en forma, ya que el mensaje debe estar dirigido a un sujeto o sujetos; una expresión lanzada al aire –por ejemplo, gritar ‘ivamos!’– no tiene como finalidad guiar el comportamiento humano (no implica que se esté direccionando a otra persona para ir a un lugar determinado). Para que el mensaje cumpla con su objetivo y, por lo tanto, sea una auténtica norma, debe estar dirigida intencionalmente a aquel (o aquellos) que estarán dentro de sus alcances. La pregunta que subyace, entonces, es: ¿a quién o quiénes debe ir dirigida la norma jurídica?

Por un lado, se tiene que las leyes deben ser generales y abstractas, encontrándose vetada la posibilidad de promulgar normas especiales en función de las personas, según el artículo 103 de la Constitución peruana. Esta generalidad ha llevado a afirmar que las normas jurídicas se dirigen a todas las personas, con independencia de si estas están en la posibilidad o no de cumplirla. Esto, en el ámbito del derecho penal, implicaría que las normas penales se dirijan incluso hacia los inimputables, a efectos de asegurar que, en algún momento, puedan motivarse por el mandato normativo, toda vez que “por regla general también se determinan materialmente por las normas jurídicas” (Jescheck & Weigend, 2014, p. 351).

No obstante, que la ley deba ser general y abstracta no impide que la concreta norma jurídica esté dirigida a un sujeto particular. Y esto es así porque, como se ha señalado, es finalmente la sentencia la que concreta el mandato normativo. En esta se le dice a un sujeto determinado, destinatario de la norma, que ha incumplido una pauta de conducta – contenida o derivada, por ejemplo, del artículo 106 del Código Penal (en adelante, CP)–. La generalidad o universalidad exigida a las normas jurídicas se concreta en el hecho de que esta pauta, previamente determinada, será aplicable para toda persona que se encuentre en las mismas condiciones. De esta manera, “la norma general sirve para expresar obligaciones individuales” (Molina Fernández, 2021, p. 617).

En consecuencia, para el surgimiento de la concreta norma de conducta –la norma particular, que es finalmente con la cual ha de trabajar el juzgador– es necesario identificar ciertas características genéricas que habilitan a que esta persona ingrese a la relación jurídica y, en consecuencia, pueda hacerse un juicio o valoración sobre el incumplimiento de la regla (Molina Fernández, 2021, p. 617). No proceder de esta manera implicaría olvidar que lo que se busca con la norma es dirigir el comportamiento de las personas, y esto supone, desde el lenguaje, asegurar que exista la transmisión efectiva del mensaje (Molina Fernández, 2021, p. 573).

Una orden formulada en un idioma distinto al del receptor, así como una orden para hacer algo que físicamente es imposible, no podría reputarse como una norma válida. Para que una regla sea tal debe haber un sujeto que pueda captarla de manera tal que su comportamiento pueda ser calificado, de acuerdo con los usos sociales, como seguir o contravenir dicha regla (Vives Antón, 2011, p. 230). Dicho en otras palabras, para la existencia de una norma el destinatario debe estar en capacidad de ser influenciado por el emisor, de manera tal que,

mínimamente, se asegure la potencialidad de la norma para desplegar sus efectos (Renzikowski, 2024b, p. 67).

Esto significa cuestionar la ubicación sistemática de algunos de los elementos de la teoría del delito. Así, aceptar que el análisis sobre el destinatario de la norma penal –la imputabilidad– es posterior al análisis sobre la pauta de conducta –tipicidad y antijuridicidad– significaría aceptar la posibilidad de ‘un legislador que habla consigo mismo’ (Renzikowski, 2024b, p. 69), o que habla sin ningún tipo de intención o sin interesarle quién recibe el mensaje –o si este está en capacidad de interiorizarlo–. La construcción del mensaje normativo requiere tomar en cuenta a quién finalmente se le va a exigir su cumplimiento, por lo que, sin este, es imposible hablar de una pauta de conducta válida.

De esta manera, “puesto que las normas de conducta no pueden exigir lo imposible, la culpabilidad junto con el injusto, entendido como la infracción de una norma de conducta, no posee ningún significado adicional” (Renzikowski, 2024b, p. 69). Si la norma jurídica, en este caso la norma penal, se concreta en cada caso individual, entonces no es posible que el juzgador no tome en cuenta, en primer lugar, al sujeto que se encarga de construir esa pauta de conducta a través de su actuación (Freund & Rostalski, 2022, p. 550).

Por lo tanto, el juicio de imputación o atribución del comportamiento, que no será otra cosa que la verificación del cumplimiento o no de la norma de conducta, solo podrá realizarse luego de determinar que dicha persona tiene la capacidad para cometer delitos o vincularse con la norma penal, y a través de esta con el ordenamiento jurídico (Merkel, 2014, p. 67), esto es, reconocerlo como agente cuya toma de postura en sociedad respecto al ordenamiento jurídico es relevante (Pawlak, 2019, p. 46).

Contra este planteamiento se ha replicado que, la prohibición de conductas dirigida a los no culpables, por ejemplo, tendría como finalidad que “nadie se sienta alentado a cometerla con la esperanza de poder declararse no culpable y, con esto, eludir la prohibición” (Greco, 2019, p. 40). No obstante, este argumento, en el fondo, vendría a ratificar lo aquí propuesto, toda vez que, en realidad, lo que se estaría formulando es una prohibición dirigida a sujetos con capacidad penal para que no se instrumentalicen, creando una situación de no capacidad, problema para el cual, además, el derecho penal conoce la figura de la *actio libera in causa*.

Esta forma de razonar, además, no es ajena al ordenamiento jurídico. Piénsese en un caso de

responsabilidad por incumplimiento de contrato, de nada serviría determinar la obligación a la que estaba sujeto el deudor, esto es, la norma jurídica aplicable al caso, sin antes haberse percibido de la validez, o si se quiere, de la existencia de dicha obligación –del negocio jurídico– por la ausencia de manifestación de voluntad por parte de un sujeto que no cuenta con plena capacidad de ejercicio, por ejemplo, que el contrato hubiese sido suscrito por un menor de edad. En ningún caso un juez buscaría establecer primero cuál es la concreta pauta de conducta u obligación de cargo del deudor y si esta fue incumplida o no, en atención a lo estipulado en el contrato y a las reglas generales del Código Civil –esto es, si existe o no un comportamiento antijurídico– para luego afirmar que la pretensión resarcitoria no sería amparable por no existir una persona con capacidad para imputarle dicho incumplimiento.

Ahora bien, para construir la norma penal desde el destinatario no solo habrá que atender a la imputabilidad. La norma de conducta busca, finalmente, asegurar o garantizar espacios de libertad a los ciudadanos y, por tanto, hacer responsables a estos por el ejercicio de dicha libertad. Por ende, la pauta de comportamiento que se construya debe ser posible/exigible al sujeto destinatario. Es decir, no solo deberá evaluarse la capacidad de motivación o de vinculación de la persona con el ordenamiento jurídico, sino que, incluso superado este primer análisis, no cabrá establecer una relación con dicho sujeto si no le era exigible vincularse por la norma. Ninguna norma podría desplegar sus efectos si la persona a la cual se dirige no se encuentra en condiciones para asumir la valoración de la misma. Por lo tanto, la exigibilidad de otra conducta integra también el presupuesto de la norma penal, debido a que sería imposible prohibir una conducta en una situación en la que el derecho ya no puede exigir nada de esta persona, como sucede, por ejemplo, en el llamado estado de necesidad exculpante o el miedo insuperable.

Así, volviendo sobre la teoría de las normas, la razón por la cual una norma puede guiar el comportamiento de una persona radica en que al construir una regla se excluye –o con mayor precisión, se sustituye– el proceso de deliberación de esta respecto a su comportamiento (Atienza & Ruiz Manero, 2006, p. 17). La persona ya no tiene que soportar las diferentes razones existentes para actuar o no actuar, ya que esta valoración ya sería recogida por la norma jurídica. No obstante, en determinados casos pueden presentarse razones que afecten ya no a la regla, sino que se traten de razones para actuar o no actuar de acuerdo con dichas valoraciones. Se tratan de las denominadas razones ex-

cluyentes, basadas en una incapacidad temporal de la persona que le impiden o, con mayor precisión, ya no le hacen exigible ingresar al análisis de las razones para su conducta (Raz, 1999, p. 48), excluyéndola de la relación jurídica. Por ende, en los casos ya reseñados, “retrocede la norma de conducta jurídico-pública” (Pawlak, 2019, p. 69).

Se puede concluir, entonces, que la norma penal se construirá de manera individual, por lo que esta solo será válida si se dirige contra quien, en un estado social y democrático de derecho, puede ser considerado como su destinatario, lo que alcanza tanto a la imputabilidad como a la exigibilidad de otra conducta. Como corolario de ello se deriva entonces que, cuando las condiciones personales del sujeto, ya sean intrínsecas a este o propias del contexto en el que actúa, “sugieran que ya no es razonable exigir un comportamiento distinto, lo que se haya realizado u omitido no podrá estar prohibido” (Meini Méndez, 2020, p. 800).

La exigibilidad de otra conducta ya ha sido abordada por la teoría del delito como un criterio regulativo general del ordenamiento jurídico (Luzón Peña, 2016, p. 332). No obstante, su ubicación sistemática en la culpabilidad ha significado afirmar que la conducta sigue siendo antijurídica y, por ende, prohibida (Mir Puig, 2016, p. 619). Luzón Peña, por su parte, diferencia entre inexigibilidad jurídica general, excluyente de la antijuridicidad; inexigibilidad penal general, excluyente solo de la tipicidad por afectar solo la exigibilidad mediante la amenaza de pena; y la inexigibilidad penal individual, excluyente de la culpabilidad en atención a circunstancias particulares del sujeto en los que existe una gran dificultad de motivación (2016, p. 333).

A partir de lo desarrollado hasta este momento, resulta aconsejable hablar de inexigibilidad individual, ya que pone de manifiesto la necesidad de concretar la norma jurídica en cada caso particular; no obstante, no se puede aceptar que, en estos escenarios, el derecho penal siga exigiendo una conducta debida a la persona a pesar de la dificultad para motivarse. Si la persona se encuentra en un estadio o se enfrenta a circunstancias temporales o no –como la minoría de edad, por ejemplo– que hacen que no sea posible para el Estado dirigir su comportamiento, entonces este está obligado a renunciar a cualquier intento de incidir en su conducta. Es una consecuencia necesaria, no una valoración ‘gentil’ del ordenamiento por considerar ‘humanamente entendible’ dicha situación (Luzón Peña, 2016, p. 534).

Entenderlo así guarda coherencia con una visión de la pena o de la sanción penal como retribución (Renzikowski, 2021, p. 9) o, con mayor detalle,

como retribución en la distribución (Hart, 2019, p. 51). Esto es, la sanción penal solo puede imponerse a quien, en virtud del principio de culpabilidad, puede atribuirse una conducta antijurídica, lo cual presupone la posibilidad de dicha persona para orientar sus comportamientos de acuerdo con determinados valores, esto es, aquella persona que puede orientarse por la norma que, *ex post*, justificará la sanción (Renzikowski, 2021, p. 9).

Por lo tanto, se está frente a un primer nivel de análisis como presupuesto para un legítimo juicio de imputación o atribución de responsabilidad penal. Ello ya había sido puesto de manifiesto por Merkel, quien dividió la imputación en un primer juicio, denominado causal, en virtud del cual se debía analizar si era posible, en primer lugar, atribuir el hecho a la voluntad del agente (2014, p. 68). Por su parte, Hruschka propuso un juicio de primer nivel que exige del juzgador determinar que la persona “ha estado en situación de omitir el hecho comisivo imputado o bien de ejecutar el hecho omitido” (2009b, p. 16). Por ende, cuando no puede corroborarse esta imputación del hecho, se debe afirmar que la persona no ha cometido hecho alguno “y, por consiguiente, no existe nada en absoluto sobre lo cual pueda aplicarse la ley” (Hruschka, 2009a, p. 113).

## 2. Formulación de la regla de conducta: el problema de las normas permisivas

Como se ha adelantado, el juicio de imputación o atribución de responsabilidad penal consiste, en estricto, en determinar si el comportamiento de una persona se ajusta o no a una determinada pauta o regla de conducta, esto es, si el comportamiento es conforme o no a una norma jurídica válida (Renzikowski, 2021, p. 10). Por lo tanto, se trata de aplicar una regla de conducta como baremo de medición a quien, según se ha analizado, está sometida a la misma (Hruschka, 2009b, p. 18).

Por ende, para realizar una valoración del comportamiento de la persona sujeta a juzgamiento, el juez debe, primero, determinar cuál es la norma jurídica aplicable. En términos del uso del lenguaje, lo que queda por determinar, una vez considerado el receptor o destinatario, es cuál es el mensaje que se quiere transmitir. Para dar respuesta a esta interrogante es menester volver, una vez más, sobre la concepción del derecho penal.

Como se ha señalado, la finalidad del derecho es regular o guiar el comportamiento de los ciudadanos. Sin embargo, ello podría llevar –como de hecho ha sucedido históricamente– a una instrumentalización del derecho penal con la finalidad de dominar u oprimir a la ciudadanía. Es por ello

por lo que este factor directivo de las normas jurídicas o el imperativismo propio de esta concepción debe matizarse con el objetivo detrás de la dirección del comportamiento humano. Esto solo puede lograrse desde un marco de referencia superior, esto es, desde la concepción de Estado que propugna la Constitución, de manera tal que será desde este frente que se pueda establecer la coherencia del poder punitivo con las condiciones constitutivas de la sociedad (Renzikowski, 2024b, p. 59).

En consecuencia, como se ha adelantado, en un estado social y democrático de derecho “la principal misión del derecho, en especial, del derecho penal, es garantizar el objetivo de que cada uno pueda conducir su vida según su propio punto de vista” (Pawlak, 2019, p. 50). Esto es, el derecho penal busca dirigir el comportamiento de los ciudadanos hacia el respeto o garantía de los espacios de libertad de estos.

Ahora bien, estas libertades no se encuentran garantizadas únicamente a través del derecho penal, ni son creadas por este. Afirmer lo contrario implicaría volver, nuevamente, a una visión absolutista o formal del derecho, carente de toda justificación o criterios de control intersubjetivos que permita validar las pautas impuestas, así como significaría olvidar que el derecho, como manifestación del poder estatal, requiere para su legitimidad una justificación moral, entendida esta como un anclaje en determinados valores propios de una sociedad (entiéndase, sociedad democrática).

Este punto de partida tiene, principalmente, dos consecuencias para el derecho penal. Por un lado, ratifica la vigencia del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos como fundamento y límite del poder punitivo, positivizado, además, en el artículo IV del Título Preliminar del CP. Así, se suele definir el bien jurídico como aquellas condiciones necesarias para que las personas se desarrollen libremente en sociedad (Roxin, 1999, p. 56).

Ahora bien, estas condiciones imprescindibles para la satisfacción de necesidades básicas de los ciudadanos (Terradillos Basoco, 1981, p. 140) deben estar en función del esquema de valores propio del ordenamiento jurídico, lo que implica volver no solo sobre la Constitución, sino además sobre todo el sistema jurídico en su conjunto –que desarrolla los principios y derechos consagrados en el texto fundamental (Feijóo Sánchez, 2007)–. Es por ello, entonces, que el delito finalmente expresa una contravención a un orden social previamente determinado, a las expectativas legítimas de reconocimiento aseguradas o reforzadas por este –pero no creadas u originadas en él (Silva Sánchez, 2003,

p. 32)–. Se trata, en suma, de un comportamiento que “contraviene su obligación de cooperar al mantenimiento del estado jurídico existente y quebranta de este modo su rol como representante de la comunidad” (Pawlak, 2019, p. 48).

Por otro lado, este doble nivel de referencia –ordenamiento extrapenal y derecho penal– permite entender al derecho penal como un mecanismo reforzado de control social o de aseguramiento de un orden social democrático y, a su vez, al delito como un injusto agravado (Amelung, 1991, p. 97). En esa línea, Renzikowski plantea una doble perspectiva del delito. Esto es, mirado ‘desde abajo’, el delito supondría la lesión de una relación jurídica, construida sobre la base de los derechos subjetivos, que confieren a su titular tanto la facultad de disposición como la facultad de exclusión y que, en consecuencia, permiten asegurar un orden de asignación de derechos (2024a, p. 78).

No obstante, esta perspectiva horizontal no sería suficiente para justificar el delito, toda vez que la respuesta a la afectación a derechos subjetivos sería competencia exclusiva del ordenamiento jurídico-privado, es el propio derecho subjetivo el que otorga la posibilidad de accionar ante el Estado en defensa de este (Renzikowski, 2024a, p. 79). Por ende, la comprensión del delito no puede obviar una perspectiva vertical o una mirada ‘desde arriba’, donde se configura la transgresión de la norma de conducta (Renzikowski, 2024a, p. 82). Esta norma de conducta sería ya una auténtica norma de derecho público que contiene deberes cuyo incumplimiento sí justifica la imposición de una sanción penal. Si bien para estos deberes se toma como punto de partida el orden jurídico privado, son finalmente producto de la ponderación realizada por el legislador en aras del mayor ámbito de libertad para todos los involucrados –y ya no solo para el titular del derecho subjetivo (Renzikowski, 2024a, p. 76)– lo que incluye, además, la necesidad de protección del derecho penal, en consonancia con el principio de subsidiariedad (Renzikowski, 2024a, p. 85). En suma, “mientras que la lesión del derecho subjetivo es la ocasión del castigo, la transgresión de la norma de conducta jurídico-pública es el fundamento de dicho castigo” (Renzikowski, 2024a, p. 82).

De manera similar, Haas sostiene la relevancia del orden jurídico privado para la construcción de la norma jurídica penal. No obstante, si bien esta debe contener los elementos mínimos para garantizar ‘las condiciones jurídico-privadas’ preexistentes, lo hace además en atención a criterios de proporcionalidad y de justicia distributiva, de manera tal que a través de la ponderación el Es-

tado decide “cómo ha de sopesarse el aspecto de la posibilitación de libertad de actuación y el de la protección de la integridad de los derechos” (Haas, 2016, p. 25).

Visto así, entonces, cobra sentido un derecho penal como instrumento que permite asegurar “la vigencia de los valores positivos ético-sociales de actos” (Welzel, 1956, p. 2), valores que se encuentran alineados con el marco institucional (o el mundo de la vida jurídicamente institucionalizado) vigente en un estado social y democrático de derecho. Por ende, la sanción penal tendrá como resultado consagrar y proclamar la vigencia del sistema de valores, reivindicando con ello las libertades que, de acuerdo con el mismo, se consideran dignas de protección (Meini Méndez, 2014a, p. 156).

Con todo ello se tiene que la norma jurídica penal, como mensaje normativo, debe contener la valoración o, con mayor precisión, la ponderación realizada por el legislador de las libertades e intereses de las personas en aras a la protección, precisamente, de los mayores espacios de libertad. Esto es, la situación de riesgo *ex ante* para bienes jurídicos (Frisch, 2004, p. 231).

Es aquí donde cabe volver sobre la labor argumentativa del juez. Si se toma como premisa que el tipo penal no pretende dar cuenta de la totalidad de comportamientos que pueden lesionar un determinado bien jurídico, porque este no es rol del enunciado o el precepto, entonces será el juez quien deba concretar la norma jurídica, identificando las condiciones esenciales del juicio de ponderación contenidos en el tipo penal.

Por ende, la interpretación en derecho –y, por tanto, en el derecho penal– será siempre una actividad eminentemente creativa, en tanto consiste en la atribución de sentido a un conjunto de signos lingüísticos (Fiandaca, 2014, p. 63). Se trata de una interpretación teleológica entendida como reconstrucción o ‘desnormativización’ de los enunciados hacia una asignación de sentido que tome en cuenta los diferentes fines del sistema del derecho penal (Silva Sánchez, 2006, p. 395), la ponderación según los diferentes intereses en juego (Silva Sánchez, 2006, p. 384).

La propuesta que aquí se esboza implica descargar el peso que tradicionalmente se ha otorgado a la tipicidad en la teoría del delito. Así, para la concepción tripartita del delito, para que un comportamiento sea merecedor de pena se requiere que sea, copulativamente, un comportamiento típico, antijurídico y culpable. Por tipicidad se entendería la realización del principio de legalidad (Roxin,

2002, p. 58), en tanto exigiría por parte del juzgador la verificación de los elementos objetivos y subjetivos consignados por el legislador en el texto de la ley (Jescheck & Weigend, 2014, p. 362). Ello daría como resultado un comportamiento típico por ser contrario a la ley penal.

No obstante, el análisis también necesitaría la confirmación de que dicho comportamiento, más allá de su prohibición penal, no es conforme con el ordenamiento jurídico en su conjunto, es decir, que en el caso concreto no concurren ponderaciones que obligan a hacer retroceder a la prohibición (Jescheck & Weigend, 2014, p. 369). Ello no sería así cuando concurren las llamadas causas de justificación, que, por su ubicación sistemática, se encontrarían fuera de la valoración del legislador penal y permitirían descargar de responsabilidad o justificar la infracción previamente afirmada (Díez Ripollés, 2011, p. 87). Comprobada o valorada la conducta como antijurídica se configuraría el injusto penal (Jescheck & Weigend, 2014, p. 345).

Ambos elementos, además, tendrían finalidades político-criminales diferenciadas, como puede advertirse. La tipicidad buscaría responder a la protección de bienes jurídicos –por lo que se hace imperante una interpretación siempre en sentido restrictivo, teniendo como límite el texto de la ley (Roxin, 2002, p. 73)– mientras que la antijuridicidad, a través de las causas de justificación, respondería a conflictos entre los intereses de los individuos o entre estos y exigencias sociales, solución en el que intervendría todo el ordenamiento jurídico en su conjunto (Roxin, 2002, p. 77).

Entonces, bajo esta concepción, a través del tipo penal se valoraría el comportamiento “en su individualidad socio-valorativa, esto es, desconectado de cualesquiera otras circunstancias o perspectivas” (Díez Ripollés, 2011, p. 85). Este sería incapaz de contener otras valoraciones que permitan abarcar la complejidad de la situación que se juzga (Díez Ripollés, 2011, p. 87), vacío que vendría a ser cubierto por las causas de justificación a través de valoraciones positivas que, de presentarse, permitirían neutralizar la valoración negativa del tipo. En resumen, en la antijuridicidad se comprobaría “la contrariedad de la conducta típica con el ordenamiento en su conjunto no sólo con una norma aislada” (Díez Ripollés, 2011, p. 92).

Tomando como punto de partida los planteamientos aquí expuestos, estos argumentos no son de recibo por dos motivos. Por un lado, porque ello implicaría reducir el ámbito valorativo de la norma penal. No puede negarse que, para que el aspecto

directivo de la norma jurídica tenga validez y, además, eficacia, este debe ampararse en la valoración misma de la conducta. Se establece una pauta de conducta –y se reprocha el comportamiento contrario a esta– precisamente porque existe una valoración previa respecto al estado de cosas valioso que el ordenamiento pretende alcanzar.

Esta valoración ya está contenida en la ley penal, en el tipo penal o, con mayor precisión, en la redacción del tipo penal formulada por el legislador, de manera tal que, lo que finalmente obtiene el intérprete –en este caso, el juez– es la concreta pauta de conducta para el caso particular que refleja dicha valoración. Está implícito en la propia concepción del delito que dicha pauta incorpore no solo una mirada desde el ordenamiento jurídico-penal, sino desde todo el ordenamiento en su conjunto. En consecuencia, la norma jurídico-penal, como producto de la interpretación desde el tipo penal –aunque no necesariamente restringiéndose a este– solo se obtiene luego de una ponderación de todos los intereses en juego, esto es, luego de sopesar la llamada tipicidad y antijuridicidad (Silva Sánchez, 2002, p. 330).

Por ende, no sería posible afirmar que la antijuridicidad aseguraría la relevancia penal del posible hecho antijurídico (Mir Puig, 2003, p. 13), puesto que visto así, lo que le importa asegurar al ordenamiento jurídico –ya no solo al derecho penal– es que la conducta sea contraria a los valores propios de este, lo que implica partir desde el orden extrapenal para llegar a la concreta norma jurídico-penal.

Por lo tanto, y aquí radica el segundo argumento, concebir una distinción entre tipicidad y antijuridicidad implicaría aceptar una ruptura de la coherencia del ordenamiento jurídico (Silva Sánchez, 2002, p. 329), lo cual no es posible, ni desde la teoría de las normas, ni desde la propia concepción del delito. Un sistema coherente y ordenado no podría pretender prohibir una conducta de manera parcial con base en una herramienta –el derecho penal– y luego neutralizar dicho desvalor con base en otra parcela del ordenamiento. Sería por lo menos confuso para el destinatario (Silva Sánchez, 2002, p. 330) y, por ende, no cumpliría con la finalidad de dirigir el comportamiento humano.

Finalmente, lo que le interesa al destinatario como guía de conducta es si, por ejemplo, en una situación en la que su propiedad se ve amenazada por una conducta antijurídica de un tercero –el robo de un celular– este puede reaccionar para defender sus intereses, sin que ello implique un desvalor del resultado de su conducta –la lesión o muerte del agresor–. Por ende, lo relevante será la norma

individualizada en una situación concreta, pues es solo esta la que contribuye a la protección de los intereses jurídicos de las personas (Freund & Rosalski, 2022, p. 554).

Empero, la diferencia entre tipicidad y antijuridicidad se sostendría sobre la distinta naturaleza de ambas normas. Mientras que la tipicidad contendría prohibiciones, para los tipos comisivos, o mandatos, para los tipos omisivos, la antijuridicidad estaría basada en la ausencia de normas permisivas que generan un deber de tolerancia de la víctima sobre la conducta del autor (Kindhäuser & Zimmermann, 2024, p. 239). Por esta razón, las causas de justificación dejarían intacta la prohibición de la conducta, e incorporarían, en sí mismas, tanto un reconocimiento del derecho a actuar como el merecimiento de la situación en la que opera dicha causa (Bustos Ramírez, 2005, p. 68).

Es cierto que estas permisiones provienen del ordenamiento jurídico en su conjunto, y por ello todos los ‘permisos’ y ‘dispensas’ vigentes en el orden jurídico, ya sea público como privado, podrían operar como causas de justificación en el derecho penal (Kindhäuser & Zimmermann, 2024, p. 244). Se ubicarían, por ende, en la perspectiva horizontal de la relación jurídica previamente señalada. No obstante, la armonización de todas estas reglas, de todas las razones para actuar o razones que guían la acción son valoradas solo en la norma penal. Así, las diferentes normas jurídicas no aparecen puestas de manera paralela, pues ello implicaría negar la coherencia del sistema, sino que se limitan y armonizan de manera recíproca produciendo una auténtica regla. Es solo a partir de esta interrelación que “se construye los supuestos de hecho y se asocia a ellos consecuencias jurídicas bajo ciertos puntos de vista directivos” (Larenz, 1980, p. 258).

Por consiguiente, ya en la norma penal opera un proceso de valoración o ponderación interna que, al generar la norma primaria de conducta, elimina la aparente contradicción del ordenamiento jurídico (Silva Sánchez, 2002, p. 328). Ello es coherente con la relevancia de las normas permisivas como negación, derogación o excepción de normas de mandato (Atienza & Ruiz Manero, 1994, p. 833). Por ende, lo que tradicionalmente se entiende por el tipo penal sería solo una prohibición parcial o *prima facie*. Solo vistas como un todo se puede arribar al carácter concluyente de la prohibición (Ruiz Manero, 2010, p. 301).

La consecuencia de la postura que aquí se sostiene es la imposibilidad de distinguir entre causas de atipicidad y causas de justificación. No solo porque el efecto práctico sea el mismo, la ausencia de

responsabilidad penal por falta de un injusto, sino que, materialmente, en ambos casos el resultado de la ponderación realizada en un primer momento por el legislador y luego concretada por el juez es el mismo: se trata de un comportamiento no relevante para el derecho penal por no superar el baremo de riesgo típico, por no suponer un comportamiento merecedor de pena (Meini Méndez, 2014b, p. 318).

Todo comportamiento que no se corresponda con esta valoración no puede ser, por lo tanto, desvalorado, pero tampoco valorado positivamente, pues esta no es la función del derecho penal. Simplemente se trata de un comportamiento que queda fuera de las fronteras del poder punitivo estatal. Que pueda subsistir cierto desvalor por parte de otras ramas del ordenamiento –por ejemplo, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual– dependerá exclusivamente de cómo valora esa concreta parcela del derecho dicho comportamiento, y no de una distinta naturaleza, como afirma, por ejemplo, Günther, al diferenciar entre causas de justificación y causas de exclusión del injusto (1995, p. 66).

A ello abona, en el Perú, la regulación de los artículos 344 y 352 del Código Procesal Penal (en adelante, CPP), que permiten al juez sobreseer el proceso penal, esto es, dar fin al proceso en favor del investigado sin tener que llegar al juicio oral, cuando se haya determinado que el hecho o no es típico, o no es antijurídico. Es decir, el pronunciamiento sobre la ausencia de responsabilidad será tan igual si en el hecho no se verifica un elemento del tipo, como si, aun cumpliendo con los elementos, se da un caso de conducta neutral o principio de confianza, o si, aun cuando concurren todos los elementos del tipo y verificada la imputación objetiva, se verifica un supuesto de legítima defensa. En todos estos casos se llega a la misma conclusión por el mismo proceso de valoración y ponderación que se desarrolla al interno de la norma penal y que permite determinar si el comportamiento merece ser reprochable penalmente.

Finalmente, frente a estas conclusiones se ha planteado como contraargumento que ello implicaría, en el ámbito de la razón práctica, incentivar las actuaciones en legítima defensa, por ejemplo, promover que las personas maten a otras en ciertos contextos específicos por considerarlo socialmente valioso (Díez Ripollés, 2011, p. 89). Si ya el derecho penal parece tener poca capacidad, por sí solo, para desincentivar conductas disvaliosas, mucho menos lo tendrá para incentivar ciertas conductas lícitas, como la defensa de intereses propios o de terceros ante ataques antijurídicos. La norma jurídica o pauta de conducta que se deriva del artículo

106 CP, por ejemplo, no reza 'está prohibido matar salvo que sea en legítima defensa', lo que podría dar a entender una promoción de la causa de justificación. Dado que lo que el derecho penal reprocha, porque es lo único que puede dirigir, son los comportamientos de las personas (Meini Méndez, 2014b, p. 37), entonces la norma jurídica se formularía de la siguiente manera: "se prohíben comportamientos de riesgo prohibido para el bien jurídico y no cabe entender como riesgo prohibido la respuesta racional frente a una amenaza para bienes jurídicos propios o de terceros".

### III. LA VÍCTIMA DE TRATA DE PERSONAS ANTE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Una vez que se ha planteado, en términos generales, cómo se justifica la imposición de una sanción penal a partir de la infracción de una regla de conducta o norma jurídica específica, corresponde ahora analizar cuál es el contexto en el que la persona, víctima de trata de personas, actúa aparentemente en contra de la ley penal. Solo conociendo los contornos de la situación en la que actúa se estará en condiciones de determinar si estas características están incluidas en la formulación de una norma jurídica legítima en un estado social y democrático de derecho.

#### A. La trata de personas como situación de dominio sobre la víctima

Una primera forma de aproximarse a la trata de personas como fenómeno es a partir de los diferentes instrumentos internacionales que han dictado su incriminación y que, por lo tanto, reflejan una concepción homogénea por parte de la comunidad internacional. No obstante, estos instrumentos abordan el problema de la trata de personas desde diferentes enfoques (Villacampa Estiarte, 2011, p. 145) –algunos más criminocéntricos y otros más centrados en un enfoque integral– así como desde diferentes manifestaciones del fenómeno –ligado a la esclavitud, al trabajo forzoso o la prostitución– aquí lo que se busca es encontrar, en la medida de lo posible, aquellas notas en común que permitan caracterizar a la situación de trata de personas.

Así, uno de los principales instrumentos sobre este fenómeno es la Convención sobre la esclavitud de 1926. Se trata del primer instrumento vinculante que aborda el problema de la esclavitud tradicional, si bien se pueden encontrar antecedentes en el Congreso de Viena de 1815. La Convención no solo define a la esclavitud, sino también a la trata de esclavos, como el proceso que le sirve o permite la esclavitud, esto es, como "todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para

venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos" (1926).

Esta primera aproximación resulta de vital importancia por dos razones. Por un lado, aunque el objetivo de la Convención es la abolición de la esclavitud, entendida esta como el ejercicio de los poderes inherentes al derecho de propiedad, reconoce la necesidad de atender al fenómeno que la alimenta. Por otro lado, y vinculado con lo antes dicho, ya desde este primer instrumento internacional se puede advertir la diferencia entre dos situaciones distintas: el efectivo destino de la víctima y el proceso mediante el cual se pone a la víctima en dicha situación (captura, adquisición, etc.).

Así, este abordaje ha sido replicado en los principales instrumentos de derechos humanos a nivel internacional y regional. La Declaración Universal de Derechos Humanos, por ejemplo, prohíbe tanto la esclavitud como la trata de esclavos en todas sus formas. De igual manera, lo hace la Convención Americana de Derechos Humanos, ampliando empero la prohibición a la trata de mujeres. Finalmente, aunque el Convenio Europeo de Derechos Humanos no se pronuncia expresamente sobre la trata de personas, ello no ha sido impedimento para que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) interprete la prohibición de trata de personas al amparo del artículo 4 del Convenio Europeo toda vez que esta, por su propia naturaleza y su finalidad de explotación, se encontraría vinculada al concepto de esclavitud (Rantsev c. Chipre y Rusia, 2010, parr. 281).

El principal instrumento a nivel internacional en materia de trata de personas es el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, también llamado Protocolo de Palermo. Una de sus principales características es que aquí se introduce, por primera vez, una definición normativa de la trata de personas con carácter general. Así, se concibe a la trata de personas a partir de tres elementos esenciales: las conductas de captación, transporte, traslado, acogida o la recepción; los medios, que pueden consistir en amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios; y una finalidad de explotación, que incluye, como mínimo, la explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud y las prácticas análogas a esta, la servidumbre o la extracción de órganos.

Como puede advertirse, uno de los elementos incorporados en el Protocolo de Palermo y que, en los instrumentos que se han reseñado era desconocido, es el de la explotación. Ello puede advertirse con mayor claridad en el Preámbulo del Protocolo, en donde se señala la necesidad de un instrumento universal que aborde de manera integral la trata de personas a pesar de la existencia de otros instrumentos enfocados en combatir la explotación humana. Ello en tanto una de las razones que motivaron la redacción del Protocolo de Palermo fue el abordaje parcial que, hasta ese momento, se había dado a las distintas formas de explotación, como la explotación sexual, la esclavitud, o el trabajo forzoso (Dottridge, 2017, p. 62). No obstante, el Protocolo opta por no ofrecer una definición normativa de explotación, sino solo un listado abierto de conductas que deben ser consideradas como tales.

En consecuencia, puede apreciarse que, ya desde los primeros intentos de abordaje de la trata de personas, esta siempre ha sido concebida en relación con otros fenómenos cuyo rasgo en común supone la instrumentalización o utilización de la persona para la obtención de algún beneficio. Es decir, se busca impedir que la persona sea utilizada como un medio a través del cual otra persona se procure un beneficio económico o personal, por ejemplo, forzándola a tener relaciones sexuales con terceros a cambio de una contraprestación, destinándola a trabajar en contra de su voluntad o, en un nivel mucho más intenso, vendiéndola o cediéndola a terceros.

No obstante, tal y como ponía en relieve la Convención de 1926, una respuesta efectiva contra estas conductas requiere que los esfuerzos del Estado se amplíen también a aquellas otras conductas periféricas que contribuyen a la explotación. Así, la captación, transporte, traslado, acogida, recepción y retención –de acuerdo con la redacción vigente del artículo 129-A CP– permiten acercar a la persona-objeto al explotador. En ese sentido, puede concebirse a la explotación como un fenómeno, en donde la trata de personas forma parte de dicho circuito o cadena de valor.

Esta afirmación se puede comprender mejor desde los factores criminológicos de la explotación, los llamados factores de empuje o *push factors* y factores de arrastre o *pull factors*. Estos serían las dinámicas o factores sistémicos predecibles que crean tanto la oferta como la demanda de trabajadores explotables (LeBaron, 2021, p. 32). Se tiene, por un lado, la pobreza, la desigualdad, el desempleo, la violencia de género, la condición de migrantes, entre otros factores de vulnerabilidad; mientras que, de otro lado, se encontrarían condi-

ciones como la flexibilidad de la legislación laboral, la presencia de actividades ilícitas como la minería ilegal, el narcotráfico, el sicariato, entre otras.

En consecuencia, la trata de personas permite a la explotación acceder a este 'mercado' de personas vulnerables, aprovechando precisamente esta condición de vulnerabilidad para generar una situación de control o dominio sobre la víctima (Montoya Vivanco, 2016, p. 409), a partir de la cual luego, el explotador, puede servirse para instrumentalizarla o mercantilizarla. A este respecto, la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre trata de personas define la situación de vulnerabilidad como aquella situación en la cual la persona no percibe otra alternativa, real o aceptable, que no sea la del abuso o explotación.

Así, el tratante crea una relación de dominio o control, a partir de estos factores de vulnerabilidad, que evita que la víctima pueda controlar su destino, lo que facilita, por lo tanto, una eventual explotación. Los medios a los que hace alusión el Protocolo y el tipo penal de trata de personas no son más que las formas como el tratante se aprovecha de esta situación de vulnerabilidad para hacer ingresar a la víctima en su esfera de dominio: para hacerla ingresar en el circuito de la explotación. Ello permite entender, además, a la explotación, en términos generales, como un *continuum*, como una relación de continua progresión o suma de situaciones que van desde el extremo positivo de reconocimiento del trabajo decente hacia el extremo negativo, representado por las peores o más graves formas de explotación laboral (Skrivankova, 2010, p. 18).

Por lo tanto, se está frente a dos fenómenos delictivos, con contornos bien delimitados, aunque puestos en relación de medio a fin. No obstante, esta instrumentalidad de la trata de personas para la explotación, apreciable desde un punto de vista criminológico, no obsta para que, desde el punto de vista de la protección de bienes jurídicos, se afirme su autonomía y, por ende, su desvalor jurídico-penal diferenciado de aquel que corresponde a los delitos de explotación.

De la manera como se concibe la trata de personas aquí, esta tendría como bien jurídico protegido la dignidad humana entendida como capacidad de autodeterminación, esto es, como la capacidad de obrar en abstracto (Villacampa Estiarte, 2011, p. 406). Así, si bien los factores de vulnerabilidad son circunstancias que pueden ser intrínsecas a la persona –por ejemplo, la minoría de edad– o ser factores que dependen de la actuación del Estado –por ejemplo, la pobreza o la imposibilidad de acceder a servicios básicos– ello no puede significar una habilitación para que terceros se aprovechen

de dicha situación para crear una relación de dominio con la víctima. El Estado, incapaz de atender estos aspectos, no puede renunciar, al menos, a su tarea de proteger que la víctima, aun en estas situaciones, pueda decidir cómo afrontarlas.

Esta concepción del bien jurídico se corresponde con el núcleo normativo de la dignidad humana, el cual se encuentra en el derecho de la persona a autodesarrollarse y la obligación de los demás de contribuir y no injerir con dicho desarrollo (Atienza, 2022, p. 127). Y, es que este concepto de dignidad como autonomía o capacidad de autogobierno incorpora no solo la posibilidad de elección o decisión con base en sus propias decisiones, sino también el contexto social y relacional en el que se construyen estas decisiones (Álvarez Medina, 2018, p. 25). En la misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha conceptualizado la capacidad de autodeterminación como "la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones" (Caso I.V. c. Bolivia, 2016, párr. 150).

Por ello se puede entender que, desde el punto de vista del tipo penal, la trata de personas se conciba como un delito de tendencia interna trascendente. Esto es, no es relevante que se explote efectivamente a la víctima para que se configure el delito, por lo que bastará únicamente que se verifique que la conducta se encuentra orientada hacia un fin de explotación.

No obstante, cuando dicha explotación se verifica, la víctima es convertida en un objeto o mercancía, pues a través de esta el sujeto activo (explotador) obtiene una ventaja, ya sea patrimonial o no, prescindiendo de la voluntad de la víctima, esto es, mediante una relación de control o dominio. Por lo tanto, el injusto de la explotación, en todas sus formas, recae en esa expropiación del producto o beneficio de la actividad de la víctima de la manera ilegítima, incumpliendo así la prohibición de instrumentalización de toda persona.

Por consiguiente, no se puede afirmar, como señala la doctrina mayoritaria, que la trata de personas sea un delito de peligro concreto (Montoya Vivanco & Rodríguez Vásquez, 2024, p. 66). Ello solo sería así si el punto de referencia se mantuviera en la situación de explotación. No obstante, al afirmar la autonomía de la trata de personas respecto a la explotación, esta afirmación carece de sustento. Ya la sola situación de dominio sobre la víctima con miras a una posible situación de explotación, con independencia de que esta se verifique o no, es un resultado lesivo para el bien jurídico 'dignidad humana'.

## B. Trata de personas, explotación de la víctima y actividades ilícitas

Luego de haber diferenciado el ámbito de actuación o, con mayor precisión, el ámbito de protección tanto de la trata de personas como de la explotación corresponde ahora analizar en qué momento o momentos de esta relación de continuidad podría la víctima verse enfrentada al ordenamiento jurídico.

A partir de la delimitación que se ha esbozado se puede concluir que uno de los principales ámbitos en los cuales la víctima puede desplegar conductas con una posible relevancia penal es en el marco de la explotación. Si, como se ha señalado, por explotación cabe entender la utilización de la persona para la obtención de un beneficio económico o personal, apropiándose de los frutos de su actividad sin respetar condiciones mínimas básicas que se derivan de sus derechos fundamentales, entonces la utilización de una persona en actividades criminales, con independencia de que se traten de delitos patrimoniales o económicos (Villacampa Estiarte, 2022, p. 499), califica bajo esta definición como explotación.

Esta forma de explotación no aparece expresamente contemplada en el Protocolo de Palermo, a diferencia de la Directiva 2011/36/UE. No obstante, ello no ha sido impedimento para que la doctrina pueda entender a la explotación para realizar actividades criminales como un trabajo o servicio forzoso (Pomares Cintas, 2013, p. 133), toda vez que por la amplitud de este fenómeno se puede incluir cualquier tipo de prestación para un tercero con independencia de su legalidad o formalidad (García Sedano, 2021, p. 50). Por ende, para la prohibición de trabajo forzoso, no importa su reconocimiento formal como actividad económica, ya que “lo relevante es la naturaleza de la relación entre la víctima y el empleador y no el tipo de actividad realizada o su licitud” (Valverde-Cano, 2023). A la misma conclusión se llegaría. En consecuencia, en el ordenamiento peruano, que tampoco prevé expresamente esta finalidad de explotación, pero si incorpora la finalidad y el delito de trabajo forzoso.

Dentro de estas actividades se pueden encontrar algunas economías ilícitas como el tráfico ilícito de drogas o la minería ilegal, así como la realización de delitos violentos como el homicidio, el sicariato o la extorsión. Esta explotación, en la lógica del *continuum*, podría darse como consecuencia del proceso de trata de personas, en cuyo caso cabe la posibilidad que la situación de control de esta se extienda hacia la explotación; el explotador, en esta etapa, podría utilizar los mismos medios de control utilizados durante el proceso de trata.

Empero, por la antes aludida autonomía, también cabe la posibilidad de que la explotación no venga precedida por una situación de trata de personas. Piénsese, por ejemplo, en una persona que es contratada para el cultivo legal de hoja de coca por un empleador que luego decide virar hacia la producción de pasta básica de cocaína, obligando al trabajador a continuar trabajando en este ámbito. Aquí, al igual que en caso anterior, se está frente a un caso, en puridad, de explotación: trabajo forzoso.

Ahora bien, la realización de conductas que podrían calificar como delito no solamente se apreciaría en el marco de la explotación para actividades criminales (trabajo forzoso). En el contexto de la explotación sexual, que supone la instrumentalización o mercantilización de la dimensión sexual de la víctima para la obtención de un beneficio también podría darse este supuesto. No obstante, aquí el supuesto es distinto, la actividad criminal no es la propia explotación, sino que se da con ocasión de esta. Ya sea que la explotación venga precedida o no del proceso de la trata, en el contexto del control que ejerce el autor, la víctima podría realizar otras conductas adicionales a la de la explotación. Así, por ejemplo, hurtos a los usuarios de la explotación sexual o micro comercialización de droga en el ámbito de la explotación. Si bien se trata de un supuesto fenomenológicamente distinto al anterior, el beneficio que se expropia de la víctima no es directamente el de la actividad ilícita, ambos casos mantienen una nota característica: la conducta se realiza bajo el contexto del control que ejerce un tercero sobre la víctima.

Finalmente, y de manera similar al caso planteado, también cabe afirmar la realización de conducta que podrían calificar como delito por parte de las víctimas de trata de personas propiamente dicha, esto es, sin haberse efectivizado la explotación. Ello podría darse en supuestos de falsificación de documentos identidad para facilitar el transporte, o conductas que se realicen durante la etapa de acogida, ya sea por indicación u orden del tratante, o por iniciativa de la propia víctima. Nuevamente, aquí lo relevante es la existencia de la situación de control o dominio que ejerce el tratante sobre la víctima, por lo que cabe entender o reconducir las conductas realizadas por esta última hacia la situación de trata de personas.

Aunado a estos supuestos, también es posible que la víctima incurra en otro tipo de ilícitos como infracciones administrativas, por ejemplo, el ingreso irregular al país de migrantes durante el transporte desde su país de origen, o la realización de actividades económicas sin autorización, etc. Además, volviendo al ámbito del derecho penal, también

podrían apreciarse conductas delictivas realizadas ya no con ocasión de la trata de personas o explotación o como parte de esta última, sino que se realizan para poner fin o superar directamente cualquiera de ambas situaciones, por ejemplo, la muerte o lesión del tratante o explotador para escapar; o que se dan con posterioridad a esta, robos o hurtos necesarios para subsistir.

Las conductas antes reseñadas también pueden clasificarse en atención al nexo entre estas y la situación de trata o explotación efectiva. Así, se tienen en primer lugar los ilícitos de estatus o *status offences*, conductas relacionadas con el estatus o posición de la víctima, ya sea en el lugar de origen o de destino de la explotación. Se tratan, básicamente, de infracciones administrativas o, de ser el caso, penales, ligadas a la condición migratoria, la posesión de documentos de identidad falsos o con la condición de trabajador (Schloenhardt & Markey-Towler, 2016, p. 13). En segundo lugar, se tienen los ilícitos consecuentes o *consequential offences*. Estos serían consecuencia directa de la situación de trata, o mejor dicho, de los medios empleados en esta, lo que incluye aquellas actividades para las cuales fueron inicialmente reclutados (esto es, en fase de explotación) o delitos cometidos a pedido del tratante, como tráfico de drogas o delitos violentos (Schloenhardt & Markey-Towler, 2016, p. 14). Finalmente, se tienen los *liberation offences* o ilícitos de liberación, que incluyen conductas realizadas con la finalidad de poner fin o de mejorar la situación de trata de personas o de explotación. Estos delitos incluyen los casos en los que las víctimas ingresan al circuito de la trata o de la explotación, por ejemplo, la víctima de trata de personas que se encarga, además, de recibir a nuevas víctimas o de controlarlas (Schloenhardt & Markey-Towler, 2016, p. 15).

### C. El principio de no punición de las víctimas de trata de personas

La realidad que se ha esbozado en el acápite precedente ha sido advertida y recogida por la comunidad internacional en el abordaje de la trata de personas, aunque de manera heterogénea y, en muchos casos, no vinculante.

No obstante el Protocolo de Palermo no contempla una cláusula explícita sobre la situación de las víctimas de trata de personas frente a conductas que pudieran haber realizado, esta se puede derivar del párrafo b) del artículo 2 de dicho instrumento, que señala como una de las finalidades de este la protección de las víctimas de trata con respeto de sus derechos humanos. Así, el Reporte del Grupo de Trabajo sobre la trata de personas del 2010 señala como un elemento esencial de esta

protección la prohibición para los Estados de enjuiciar o imponer sanciones a las víctimas de trata por delitos relacionados con esta situación.

Situación distinta se puede apreciar a partir de instrumentos regionales, principalmente en Europa. Así, por un lado, el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, cuya nota característica es un enfoque eminentemente victimocéntrico (Villacampa Estiarte, 2011, p. 176), prevé en su artículo 26 una disposición de no sanción, en virtud de la cual los Estados deben prever la posibilidad de no imponer sanciones o penas a las víctimas por su participación en actividades ilícitas –no necesariamente delictivas– siempre que se hayan visto obligadas a participar de estas.

Por su parte, el artículo 8 de la ya citada Directiva 2011/36 prevé que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para garantizar tanto el no enjuiciamiento o procesamiento de la víctima como la no sanción de esta, cuando se hayan visto obligadas a participar en actividades ilícitas como consecuencia directa de una situación de trata de personas.

Asimismo, en el seno de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (en adelante, ASEAN) se adoptó la Convención contra la trata de personas, especialmente de mujeres y niños. En esta, como parte de las previsiones sobre protección de las víctimas, contenidas en el artículo 14, se establece la obligación de considerar la no responsabilidad, administrativa o penal, de las víctimas, siempre que las conductas estén relacionadas directamente con las conductas de trata.

A pesar del limitado alcance, en términos de países involucrados, de estos instrumentos vinculantes o de *hard law*, es posible encontrar un mayor desarrollo en documentos no vinculantes o de *soft law*. Así, la Ley Modelo contra la trata de personas, desarrollada por la Oficina de Naciones Unidas para la Drogas y el Delito (en adelante, UNODC) propone, en el artículo 10, la no responsabilidad tanto administrativa como penal de las víctimas de trata en dos supuestos: conductas realizadas como consecuencia directa de su situación de víctima y conductas vinculadas a su estatus migratorio, ello sin perjuicio de las eximentes o defensas que sean aplicables según la legislación (entiéndase, las previstas en la parte general del derecho penal, por ejemplo).

De acuerdo con los comentarios introducidos por la propia Ley Modelo, se pueden apreciar dos criterios diferenciados: el de la causación o *causation*, cuando la conducta está directamente relacionada

o vinculada a la situación de trata, y el de la coerción o *duress*, cuando la persona ha sido forzada a cometer el delito. Esta propuesta, además, contemplaría todo el catálogo de delitos que podrían ser cometidos: delitos de estatus, consecuentes y de liberación (Schloenhardt & Markey-Towler, 2016, p. 27).

Otro instrumento no vinculante pero de carácter general son los Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas, formulados por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Aquí, bajo el principio de protección y asistencia se prevé que las víctimas de trata de personas no sean detenidas, acusadas ni procesadas por su participación en actividades ilícitas que sean consecuencia directa de su situación. Este principio se concreta en la directriz 4, que prevé el establecimiento de un marco jurídico adecuado.

Finalmente, cabe mencionar el Protocolo de 2014 relativo al Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) sobre trabajo forzoso, que prevé que los Estados adopten las medidas que sean necesarias para garantizar el no enjuiciamiento o la no sanción a las víctimas de trabajo forzoso cuando su participación en actividades ilícitas se dé como consecuencia directa de esta forma de explotación.

A partir de esta exposición –no exhaustiva– del marco normativo internacional se pueden extraer una serie de conclusiones relevantes para la solución al problema que se ha planteado. En primer lugar, a pesar de su no reconocimiento expreso en el Protocolo de Palermo –referente internacional para la legislación interna en materia de trata de personas y el único instrumento, de los referidos, vinculante para el Perú– se debe afirmar la existencia de un auténtico principio de no punición o, con mayor precisión, de no criminalización de las víctimas de trata de personas y explotación. Ello es así al derivarse de la protección de los derechos humanos (Office of the Special Representative and Coordinator for Combating Trafficking in Human Beings, 2013, p. 10).

Como ha señalado el TEDH, se trata de un principio axiomático derivado de la propia obligación de proteger a las víctimas de trata de personas, recogido en el artículo 2 b) del Protocolo, toda vez que, partiendo de su reconocimiento como víctima, la activación del aparato de persecución penal en su contra afectaría gravemente su proceso de recuperación tanto físico como psicológico y social, además de exacerbar la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran (V.C.L. y A.N. c. Reino Unido, 2021, párr. 156) lo que supondría, además, una

forma de revictimización. Esta fundamentación del principio de no criminalización se encuentra establecida también en la parte considerativa de la Directiva 2011/36.

En segundo lugar, al tratarse de un principio anclado en la protección de los derechos de las víctimas de trata de personas, esto es, como correlato de su dignidad, su interpretación y aplicación debe ser extensiva y no restrictiva (Villacampa Estiarte, 2024, p. 601). En consecuencia, a partir de los diferentes instrumentos internacionales se puede concluir que su alcance abarca no solo las conductas realizadas durante el proceso mismo de la trata de personas sino también aquellas conductas que están vinculadas a la falta de autonomía ocasionada por la situación de trata, lo que incluyen aquellos ilícitos cometidos durante la etapa de explotación y aquellos cometidos luego de esta (Office of the Special Representative and Coordinator for Combating Trafficking in Human Beings, 2013, p. 22).

Ello debe llevar a afirmar, por un lado, que este principio es aplicable tanto para las víctimas de trata de personas como para las víctimas de explotación –por ende, la mención al primer grupo de víctimas no debe ser entendido como una exclusión del segundo– y, por otro lado, que se debe optar por una aproximación más amplia propia del *causation model*, que prescinde de los medios específicos utilizados por el autor sobre la víctima (Schloenhardt & Markey-Towler, 2016, p. 36) y se centra en que la conducta sea consecuencia directa de la situación de trata o explotación (Villacampa Estiarte, 2022, p. 525). No obstante, este planteamiento podría desdibujar los límites de la responsabilidad, razón por la cual deberá determinarse en qué grado la conducta de la víctima está vinculada a la situación de trata y a su falta de autonomía (Office of the Special Representative and Coordinator for Combating Trafficking in Human Beings, 2013, p. 23).

En tercer lugar, aunque no existe un consenso normativo respecto a los alcances de este principio para el sistema de persecución del delito, esto es, si abarca solo la sanción o también el enjuiciamiento o procesamiento, o incluso la detención, es preferible hablar de no criminalización como concepto comprehensivo de todos estos escenarios. Como se expondrá en la siguiente parte, la imposición o no de una sanción penal requiere de un proceso penal o, si se quiere, de una etapa indagatoria, sobre todo en un sistema procesal en el que rige el principio de legalidad u obligatoriedad, en el que el Ministerio Público se ve obligado a actuar en defensa de los intereses públicos (San Martín Castro, 2020, p. 63). No obstante, la manera en la que se conciba u operativice la no punición o san-

ción desde el derecho penal tendrá repercusiones importantes para el derecho procesal penal. Esta interrelación pretende ser abarcada por el concepto de no criminalización. Esta operativización se abordará a continuación.

#### IV. LA VÍCTIMA DE TRATA DE PERSONAS ANTE EL DERECHO PENAL

Hasta el momento se ha buscado construir una estructura del delito o, por lo menos, analizar algunos de sus elementos esenciales, sobre la base de la formulación de la norma penal, tomando como punto de partida las exigencias que desde la argumentación jurídica se imponen al juez al momento de dar respuesta a un problema o un conflicto social. Además, se ha fundamentado la existencia de un principio de no criminalización de la víctima de trata de personas y explotación, y para ello se ha tomado como punto de referencia las características de ambos fenómenos delictivos y lo que ello implica para la víctima en términos de afectación a su dignidad.

Por consiguiente, para lograr el objetivo planteado para esta investigación queda por determinar cómo el derecho penal asume esta exigencia derivada del derecho internacional de los derechos humanos, esto es, qué implicancias tiene para la norma penal –por ejemplo, en un caso de tráfico ilícito de drogas– que la conducta sea cometida como consecuencia directa de la situación de trata de personas.

Y para ello la dogmática, si pretende servir de puente entre la ley y el derecho vivo, debe asumir como marco de actuación el propio ordenamiento jurídico. En ese sentido, es menester tomar en cuenta las siguientes premisas: el juez se encuentra vinculado por el principio de no criminalización; empero, no cuenta con una cláusula expresa recogida en el ordenamiento jurídico peruano que pueda operativizar, como sí sucede en otros Estados como el español con el artículo 177bis del Código Penal Español. Por lo tanto, la pregunta que subyace es: ¿puede el sistema penal efectivizar la protección de las víctimas de trata de personas sin una cláusula expresa?

##### A. La solución de la parte general: estado de necesidad y miedo insuperable

Una respuesta inicial a la pregunta planteada podría ser positiva, en concordancia con la práctica a nivel comparado, principalmente en aquellos países que no cuentan con una cláusula expresa de no criminalización (Villacampa Estiarte, 2022, p. 526). Así, las dos principales herramientas utilizadas serían el estado de necesidad y el miedo insuperable.

Por una parte, el estado de necesidad se define como un “estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente puede conjurarse mediante la lesión de intereses legítimos ajenos” (Mir Puig, 2016, p. 462). En este supuesto se produce una colisión entre males, el que enfrenta el necesitado y el que sufre el tercero afectado. No obstante, a diferencia de la legítima defensa, tanto la situación jurídica de quien invoca el estado de necesidad como la de quien la soporta tienen la misma valoración (Mir Puig, 2016, p. 463). Quien debe lesionar la propiedad privada para rescatar al bebé que se encuentra dentro de una casa en llamas se encuentra en una posición de igualdad ante el Derecho frente al titular del inmueble. No es una conducta antijurídica de este último el que lo obliga a soportar la afectación a sus intereses, sino solo la necesidad de salvaguardar otro interés –aquí el correlato con los derechos subjetivos.

Ahora bien, de acuerdo con la tesis diferenciadora, este conflicto puede ser de diferente naturaleza. El estado de necesidad puede ser justificante cuando los intereses en juego son de diferente valor (artículo 20.4 CP), lo que obliga a que el sujeto considere la situación de peligro y opte por preservar el bien jurídico más valioso, afectando el de menor relevancia. En consecuencia, “en la medida en que uno de los bienes jurídicos en conflicto es más importante que el otro, el ordenamiento jurídico exige que sea ese el que se salve y el comportamiento de quien así actúa no puede ser ilícito” (Meini Méndez, 2014b, p. 342). Por su parte, el estado de necesidad exculpante (artículo 20.5 CP) se verificará ante una colisión de bienes jurídicos de igual valor, en cuyo caso el Estado no puede prohibir un comportamiento destinado a salvaguardar cualquiera de estos.

Esta diferente naturaleza tendría efectos diferenciados en la teoría del delito. En el primer caso, la justificación se encontraría en el principio del interés preponderante, de ahí la exigencia de una conducta salvadora en aras de salvaguardar el interés mayor. No obstante, esta misma ponderación hace que la conducta no pueda ser considerada como antijurídica, por lo que se estaría frente a una causa de justificación (Villavicencio Terreros, 2006, p. 551). Por el contrario, en el segundo caso, por el valor de los intereses en juego –no solo tienen el mismo valor individualmente considerados, sino que, en su conjunto, se entienden como valores esenciales para el ordenamiento jurídico– el Estado prescinde de cualquier exigencia de actuación conforme a las normas, por lo que se trataría de una causa de excusación (Villavicencio Terreros, 2006, p. 552).

Empero esta tesis ha sido cuestionada tanto por su enfoque meramente cuantitativo (Villavicencio

Terreros, 2006, p. 552) como por su irrelevancia dentro de legislaciones como la española, que no distingue, desde la redacción, entre ambos supuestos. Así, para Luzón se trataría siempre de supuestos de exclusión de la antijuridicidad, ya que se estaría frente a un supuesto de indiferencia del ordenamiento jurídico, que renuncia a motivar o determinar a la persona a una específica conducta salvadora (2016, p. 407).

La tesis diferenciadora resulta coherente con la estructura de la norma penal que se ha expuesto previamente. Ante conflictos de bienes de igual y superior valor, el derecho penal reconoce la imposibilidad de dirigir el comportamiento de la persona. Las distintas razones que se incorporan en el estado de necesidad justificante para ponderar cuál es el bien jurídico que se debe preservar y cómo debe ser la conducta de manera tal que no se cree un mal mayor simplemente no pueden vincular a la persona cuando se enfrenta a un conflicto de bienes semejantes. Este conflicto sirve de razón excluyente precisamente para renunciar a la ponderación. Se trata de un supuesto de inexigibilidad penal individual que afecta al destinatario y, por tanto, impide la formulación de cualquier norma penal.

Empero, en el estado de necesidad justificante sí se exige una ponderación por parte de la persona frente a una situación de peligro, que incluye tanto el valor del bien jurídico como la magnitud del peligro (Meini Méndez, 2014b, p. 347), procediendo el reproche cuando la conducta no cumple con esta regla de comportamiento. Por ende, el estado de necesidad justificante, o estado de necesidad entre bienes de diferente valor, operará a nivel de la norma jurídica impidiendo que se configure un injusto.

Con independencia de su diferente ubicación o consecuencias en la estructura del delito, es posible una regulación coherente de sus elementos. Así, para que se configure el estado de necesidad deben concurren tres presupuestos: en primer lugar, que exista una situación de peligro, que debe ser grave, actual e insuperable y que puede consistir en un comportamiento antijurídico, en cuyo caso el estado de necesidad se justifica en tanto a la víctima “no le es imputable el hecho del autor mediato y por tanto tiene derecho a la solidaridad como cualquiera que no tiene que responder por peligros propios” (Jakobs, 1997, p. 502). En segundo lugar, que no se tenga la obligación de enfrentar el peligro, esto es, una posición de garante porque de lo contrario se aceptaría la posibilidad de que quien creó o asumió la situación de peligro pueda, luego, eximirse de actuar conforme a esta injerencia (Meini Méndez, 2014b, p. 345) y, en tercer

lugar, que el comportamiento o acción salvadora esté destinado a evitar un mal mayor o igual al que se pretende evitar, lo que supone analizar la necesidad del hecho en concreto y ponderar el mal que se causa.

Responder a la exigencia derivada del principio de no criminalización a través del estado de necesidad plantea algunos inconvenientes. En primer lugar, se trataría en la gran mayoría de casos, sobre todo en casos de delitos de estatus o delitos consecuentes, de un estado de necesidad entre bienes de diferente valor. La situación de víctima de trata colisionaría con bienes jurídicos principalmente colectivos como la salud pública, por ejemplo, protegida a través del tráfico ilícito de drogas, lo que ubicaría la respuesta a nivel del injusto. Aquí ya se puede advertir una incongruencia, ya que se estaría aceptando como destinatario de la norma penal a quien actúa en el marco de una relación de dominio o control.

En segundo lugar, resulta problemático entender que la conducta de la víctima se realiza para contrarrestar o superar la situación de peligro para sus intereses. Así, lo que se exige es una idoneidad o potencialidad salvadora ex ante de la conducta, aunque no se exige el éxito de esta (Luzón Peña, 2016, p. 410). La conducta, así, tiene una finalidad, es un instrumento para salvaguardar un interés preponderante, por ejemplo, una persona que vulnera la propiedad de otra para salvar la vida de un tercero.

No obstante, en el caso de víctimas de trata, la conducta realizada no es instrumental a un fin. La víctima no transporta droga para superar o poner fin al control que ejerce el tratante o explotador, ya que esta relación no depende de la víctima - muchas veces ni siquiera es consciente de la misma. *Ex ante* no puede determinarse que, la realización de la conducta ilícita permita poner fin a la explotación; por el contrario, es posible que reafirme el control que ejerce el tratante. En puridad, la víctima transporta droga, precisamente, por la relación de dominio o control del tratante, a causa de esta. Como señala el voto particular en la sentencia del Tribunal Supremo español 6008/2023, para la cláusula de no criminalización la persona “delinque por ser víctima de un delito, lo que es significativamente distinto a delinquir por necesidad”, que sería la clave normativa en el estado de necesidad.

Ello obligaría a prescindir de la situación de víctima y retroceder hasta la situación de vulnerabilidad o necesidad primigenia utilizada por el tratante, como parece sugerir la citada sentencia en su voto en mayoría. No obstante, con esta operación se generaría un problema adicional, debido a que en

muchos casos se deberá advertir una situación de necesidad económica que, para la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, no basta para configurar esta eximente de responsabilidad por no ser un mal grave o acuciante que haga imprescindible la lesión del bien jurídico (Sentencia 2961/2008). Ello además de dejar fuera del análisis la causa directa de la conducta realizada por la víctima.

Por lo tanto, ya sea por la imposibilidad para apreciar sus elementos constitutivos como por las consecuencias que tendría para la teoría del delito aceptar su concurrencia, el estado de necesidad sería insuficiente para trasladar al derecho penal el principio de no criminalización.

Por otra parte, el miedo insuperable como supuesto de inexigibilidad penal individual se encuentra previsto en el numeral 7 del artículo 20 del CP peruano. Como tal, "supone una emoción o estado pasional de debilidad, inseguridad e indefensión que produce un intenso temor al daño amenazante e incluso angustia" (Luzón Peña, 2016, p. 539). Este miedo constituye una coacción o presión subjetiva sobre la libertad de la persona que obliga a que el Estado no reproche la conducta realizada bajo estas condiciones, pues no se le puede exigir que enfrente o soporte dicha situación (Meini Méndez, 2014b, p. 361).

En este supuesto, a diferencia del anterior, la fundamentación reside en el componente subjetivo y no en la situación objetiva de peligro propia del estado de necesidad. Se trata de un temor que debe evaluarse de manera objetiva, a partir lo que se le exige al hombre medio que se encuentra en la posición del autor, según sus condiciones personales, físicas y mentales (Mir Puig, 2016, p. 625). De esta manera, podrá apreciarse el miedo insuperable aun cuando la persona "lesiona un bien jurídico sin darse cuenta de que había otras formas de solución del conflicto, o que este no existía realmente" (Muñoz Conde & García Arán, 2015, p. 419), ya que por la situación concreta en la que se encuentra, no cabe exigirle que pondere o considere estas otras vías alternativas (*Apelación 343-2023, 2024*). Se trata, nuevamente, de otra razón excluyente que impide la formación de la norma penal en el caso en concreto.

Concretar el principio de no criminalización a través del miedo insuperable presenta menos problemas que en el caso anterior. No obstante, se trata de una posibilidad de reducidos alcances, pues, como puede advertirse, su aplicación solo sería posible para los supuestos en los que se hubiera utilizado un medio coercitivo, dejando de lado otras formas de control empleadas por los tratantes, como el control financiero o el control relacional (Villacam-

pa Estiarte, 2011, p. 135). Incluso en estos casos, la estructura del miedo insuperable exigiría verificar esta presión subjetiva en el caso en concreto, lo cual podría dejar de lado casos en los cuales el control ejercido mediante medios coercitivos puede de luego haber variado a otros medios, que serían los que motivarían, finalmente, el comportamiento de la víctima. Además, excluiría tanto los delitos de estatus como los delitos de liberación, ya que sería menos posible, en estos casos, advertir la utilización de medios coercitivos con impacto en el aspecto subjetivo de la víctima.

Por lo tanto, la utilización del miedo insuperable como vía para efectivizar el principio de no criminalización, como manifestación del *duress* o *compulsion model*, no solo sería insuficiente para abarcar la complejidad de supuestos que pueden enfrentar las víctimas de trata, sino que además sus alcances serían muy reducidos, lo que impediría cumplir los objetivos de este principio (Schloenhardt & Markey-Towler, 2016, p. 35).

En suma, la respuesta primigenia que se planteó al inicio de este apartado debería reformularse. El sistema penal no contaría con herramientas idóneas para efectivizar la protección de víctimas de trata de personas y explotación, ya que el estado de necesidad y el miedo insuperable no permitirían responder a la verdadera naturaleza de las conductas realizadas en el marco de una relación de dominio. No obstante, como se ha adelantado al analizar la aplicación del estado de necesidad, existe una posibilidad adicional que estaría en condiciones de trasladar al derecho penal el principio de no criminalización: la no exigibilidad de otra conducta como razón excluyente.

## B. La (in)exigibilidad de otra conducta como respuesta

Como se ha venido sosteniendo, el reproche penal no reside o se fundamenta en el solo cumplimiento de los elementos objetivos y subjetivos que componen un tipo penal. Estos sirven para formular la norma penal o pauta de comportamiento que, en cada caso, permite concretar el merecimiento de pena ponderado por el legislador, esto es, la creación del riesgo relevante para bienes jurídicos.

No obstante, para que ello sea así, es necesario, en primer lugar, que se pueda identificar un destinatario válido de la norma penal, lo que implica analizar si, en el caso en concreto, el ordenamiento jurídico puede exigir al sujeto evitar dicha lesión o puesta en riesgo (Meini Méndez, 2014b, p. 53). El derecho penal solo puede prohibir aquello que al sujeto se le exige evitar y, por lo tanto, solo las conductas que se exigen evitar se-

rán aquellas que expresen una contradicción con el ordenamiento jurídico y sean merecedoras de una sanción penal.

Es en este nivel de la construcción de la norma jurídico-penal donde se inserta el principio de no criminalización. Debe recordarse que la trata de personas vulnera la dignidad humana porque afecta la capacidad de autodeterminación de la víctima, el autor logra un dominio sobre esta que le permite o es idóneo para destinárla a una situación de explotación. Esta situación de explotación, a su vez, aun cuando no viene precedida del proceso de trata, también presupone un control o dominio sobre la víctima de mayor intensidad, no obstante, su desvalor se encuentra en la apropiación del trabajo o de la actividad de la víctima, lo cual le procura un beneficio económico o personal ilegítimo al explotador.

Visto así, entonces, cuando la conducta es realizada por una víctima de trata de personas no puede afirmarse que sobre esta recaiga la exigencia de una conducta adecuada a derecho (Villacampa Estiarte, 2011, p. 474). El empleo de medios coactivos, fraudulentos o abusivos o, en general, la configuración de un control o dominio sobre la víctima, impiden asignarle consecuencia alguna a este comportamiento. La persona, en estos casos, simplemente queda fuera de los contornos de la norma penal porque es imposible pretender dirigir o guiar su conducta y, posteriormente, realizar un juicio de reproche por no ajustarse a ciertos parámetros socialmente aceptados. En todo caso, no parece socialmente aceptado afirmar, por ejemplo, que la víctima debió respetar la prohibición del tráfico ilícito de drogas, pero que dicha infracción queda justificada. Volviendo sobre las razones excluyentes, la propia condición de víctima sirve como una razón superior para que esta se exima de tomar en cuenta la ponderación que contiene el tipo penal que aparentemente infringiría.

Por lo tanto, no cabe responsabilizar a la víctima por tratarse de un supuesto de inexigibilidad de otra conducta que impide la formulación de la norma penal. Como se ha señalado, al ser la exigibilidad un criterio que emana del propio ordenamiento jurídico, su falta de previsión legal específica no resulta impedimento para que esta sea invocada y empleada por el juez, pues no se encuentra cubierto por el principio de legalidad (Luzón Peña, 2016, p. 401). Por el contrario, bajo las premisas de las que aquí se parte, y concebido el principio de legalidad desde un punto de vista negativo, como límite a la creación judicial de reglas jurídicas (Montiel, 2017, p. 7), cabe entender que ningún legislador racional pretendería formu-

lar un reproche a una persona que actúa bajo un contexto de dominio. Hacerlo iría en contra de cualquier política criminal propia de un estado social y democrático de derecho.

No solo ello, habiéndose justificado la vinculación del principio de no criminalización, la consecuencia de ello implica reconocer que este incorpora un valor que se reconoce como último (Atienza & Ruiz Manero, 2006, p. 21): la protección de los derechos fundamentales de las víctimas. Ello, para la labor jurisdiccional, implica reconfigurar la regla de conducta a través de la ponderación, lo que dará como resultado una directriz que obliga al juez a excluir a toda persona que, por la situación de control o dominio en la que se encuentra, se vea imposibilitada de ser guiada por una norma penal.

Esta postura es concordante además con uno de los fundamentos que subyace al principio de no criminalización, la falta de autonomía de las víctimas producto de la situación de trata (Office of the Special Representative and Co-ordinator for Combating Trafficking in Human Beings, 2013, p. 11). Esto implica, además, adoptar el enfoque basado en la causación o *causation-based approach*. No obstante, como bien se puso de manifiesto, este modelo podría desdibujar los alcances de la responsabilidad penal, y podría convertirse en un modelo de presunción, en el que solo bastaría la condición de víctima (Schloenhardt & Markey-Towler, 2016, p. 36). Por ende, deberá apreciarse en todos los casos la relación de control o dominio como nexo de atribución a la conducta de la víctima.

El principal ámbito de aplicación de este supuesto de inexigibilidad supralegal sería el de los delitos consecuentes. Aquí, como se señaló, este nexo de atribución es mucho más claro, dado que se tratan de conductas realizadas como consecuencia directa de la explotación. Asimismo, también es posible abarcar los delitos de estatus, ya que estos en su pureza también son consecuencia de la relación de control ejercida durante el proceso de la trata (no se explicaría el uso de documento público falso para ingresar al país, por ejemplo, si no fuera por el proceso de transporte). Finalmente, los delitos de liberación también entrarían en este supuesto de inexigibilidad; empero, cabe hacer dos precisiones al respecto.

Por un lado, aunque para estos delitos también cabría aplicar la legítima defensa como causal impeditiva del injusto, el mensaje comunicativo sería incorrecto: no se sanciona la conducta porque no se puede considerar un riesgo prohibido reaccionar contra el agresor en defensa de bienes jurídicos.

cos propios. Sin embargo, como hubo oportunidad de analizar para el supuesto del estado de necesidad, ello implicaría pasar por alto que la situación de control o dominio impide o exonerá a la víctima de tomar en cuenta esta ponderación. La conducta es irrelevante precisamente por dicha situación. Por otro lado, es necesario tener en cuenta una interpretación amplia, no centrada en la cercanía o lejanía temporal con el contexto de trata o de explotación. Esto significa que lo importante no es el tiempo transcurrido entre la situación de trata o explotación y la conducta de la víctima, sino si el control ejercido continúa o no vigente en el fuero subjetivo de la víctima. Por ejemplo, la víctima podría verse 'forzada' a delinquir aun cuando la relación fáctica con el tratante se ha roto. Lo relevante será el impacto que tiene en la autonomía de la víctima la representación de dicho control.

Aunado a ello, tampoco será relevante que la víctima no se haya representado o no sea consciente de la situación de control, lo cual puede suceder en algunos supuestos de control relacional, en los que se establecen relaciones personales con la víctima que permiten la manipulación emocional (Villacampa Estiarte, 2011, p. 136). Aquí se reproduce el problema de la imputación subjetiva en las llamadas causas de justificación. No es posible un mayor desarrollo de esta problemática específica, sin embargo, cabe afirmar aquí que, así como sucede con el comportamiento ilícito, para los supuestos de inexigibilidad penal individual, lo que relevante es determinar si, objetivamente, se puede construir una relación jurídica con la persona. Para ello, el desconocimiento o aspecto subjetivo no cumple ningún rol, ya que no tiene capacidad para modificar la realidad: en las llamadas causas de justificación, no modifica el hecho de que no existen comportamiento de riesgo (Frisch, 2021, p. 556); en los supuestos de inexigibilidad, que la víctima está en la imposibilidad de guiar su conducta por la norma penal.

Contra esta postura se ha señalado que implicaría negar la autonomía de las víctimas de trata de personas y considerarla como una persona incapaz de tomar sus propias decisiones libremente (Schloenhardt & Markey-Towler, 2016, p. 19), lo que iría en contra de los principios de la lucha contra la trata de personas. Así, el Protocolo de Palermo refuerza la autonomía de las víctimas en los procesos de asistencia y protección, al procurar brindar los espacios adecuados para que la víctima manifieste sus intereses.

Empero, afirmar que la víctima no es destinataria de la norma penal, solo tiene efectos para la valoración que hace el legislador penal. Ello no niega la autonomía de la víctima en otros ámbitos del or-

denamiento jurídico, principalmente para materializar la protección de sus derechos fundamentales. La imposibilidad de formular un reproche contra la víctima es un dato neutro, precisamente de ajenidad al derecho penal. Como señala Meini respecto a los supuestos de inimputabilidad, "calificar a una persona de capaz en derecho penal no conlleva reproche alguno ni indica superioridad o inferioridad con respecto a los que no lo son" (2014b, p. 121).

Finalmente, aplicar el principio de no criminalización a través de la inexigibilidad de otra conducta tiene consecuencias importantes para el sistema de persecución penal. Como se señaló, el proceso penal peruano se rige por el principio de obligatoriedad, en virtud del cual no cabe discrecionalidad del Ministerio Público para investigar comportamientos desde que aparecen datos fácticos mínimos que, confrontados con la experiencia criminológica, permiten advertir la existencia de un delito. Ello no significa arbitrariedad por parte del ente persecutor, ya que se requieren cumplir con determinados requisitos para cada una de las etapas del proceso.

En consecuencia, es posible que de los primeros recaudos recogidos por el Ministerio Público se puedan advertir datos mínimos no solo de la comisión de un presunto delito, sino también de la situación de trata –por ejemplo, en un mismo operativo en un inmueble se detienen a dos personas en posesión de pasta básica de cocaína con fines de comercialización, pero además se verifica que una de estas personas no cuenta con documentos de identidad, duerme en un espacio reducido y señala haber sido captada en una zona de frontera. Estos datos mínimos, junto con la experiencia criminológica, debería impedir siquiera el inicio de una investigación preliminar.

Si, de los primeros recaudos, no apareciera información sobre la situación de víctima, pero esta se hubiera obtenido durante la investigación preliminar, el fiscal deberá archivar la investigación dado que el hecho no constituye delito, de acuerdo con lo previsto en el artículo 334 del CPP. Esta decisión, toda vez que no representa el ejercicio de la acción penal –que solo se inicia con la formalización de la investigación– sería coherente con los alcances del principio de no criminalización en su vertiente de no persecutoriedad o no enjuiciamiento, siempre y cuando se adopte esta decisión en el más corto plazo (Office of the Special Representative and Co-ordinator for Combating Trafficking in Human Beings, 2013, p. 28).

Para ello es necesario tomar en cuenta, además, la presunción de condición de víctima previsto en el artículo 6 del Reglamento de la Ley contra la Trata

de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes, que establece que será suficiente contar con indicios razonables de la condición de víctima de una persona para dispensarle el tratamiento que por su situación le corresponde.

## V. CONCLUSIONES

El análisis desarrollado en este artículo permite concluir que el principio de no criminalización de las víctimas de trata de personas y explotación es un elemento fundamental en un estado social y democrático de derecho. Como tal, la aplicación del derecho penal debe ser coherente con los principios o valores que subyacen al poder punitivo. Por lo tanto, sancionar a quienes se encuentran en situación de control o dominio por parte de un tercero por conductas que pueden atribuirse a este contexto no solo vulnera los principios de proporcionalidad y justicia y perpetúa la revictimización de estas personas, sino que, principalmente, encarna una contradicción en el propio ordenamiento jurídico.

Se ha evidenciado que la necesidad de abordar la teoría del delito no solo desde la construcción de la norma penal, sino que esta debe ser funcional a la labor última de la dogmática penal, servir de puente entre la ley y su aplicación judicial. Ello supone tomar en cuenta que esta se concreta en cada caso, como norma individual con la capacidad de dirigir el comportamiento de una persona en un contexto determinado. Por lo tanto, no se puede construir el mensaje normativo, para el cual es irrelevante la distinción entre mandatos, prohibiciones y permisos, sin antes determinar a quién va dirigido dicho mensaje.

En ese contexto, ni el estado de necesidad ni el miedo insuperable suponen alternativas viables para efectivizar el principio de no criminalización en el ordenamiento penal peruano. El primero porque la víctima no actúa para poner fin o superar la situación de trata, sino que actúa precisamente porque es víctima de trata; mientras que el segundo dejaría sin cobertura a aquellos casos en los que no medie una relación de coerción. Por ende, la situación de dominio sobre la víctima y la consecuente falta de autodeterminación, producto de la trata y de la explotación, deben ser trasladadas a la teoría del delito como supuestos de inexigibilidad penal individual, como razones excluyentes que impiden las víctimas se vinculen por las valoraciones contenidas en la norma penal. Esto se traduce en la imposibilidad de iniciar una investigación preliminar contra las víctimas de trata de personas o, en su defecto, de formalizar la investigación preparatoria por ser imposible establecer una relación jurídica material (la existencia de una norma penal

que vincule a la persona investigada). Ello como manifestación de la no persecución o no enjuiciamiento del principio de no criminalización.

Finalmente, este estudio reafirma la importancia de una revisión crítica de la construcción dogmática del derecho penal, promoviendo una argumentación jurídica que armonice la función sancionadora del Estado con el respeto a los derechos humanos. Solo a través de este enfoque se podrá garantizar una justicia penal más equitativa y acorde con los principios de un estado social y democrático de derecho. ■

## REFERENCIAS

- Álvarez Medina, S. (2018). *La autonomía de las personas. Una capacidad relacional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Amelung, K. (1991). Contribución a la crítica del sistema jurídico penal de orientación político-criminal de Roxin. En B. Schünemann (Ed.), *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50 aniversario* (pp. 94-107). Tecnos.
- Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica* (1ra ed.). Trotta.
- (2022). *Sobre la Dignidad Humana* (1ra ed.). Trotta.
- Atienza, M., & Ruiz Manero, J. (1994). Sobre permisos en el derecho. *Doxa*, 15-16, 815-844.
- (2006). *Ilícitos atípicos* (2da ed.). Trotta.
- Bustos Ramírez, J. (2005). Antijuricidad y causas de justificación. *Nuevo Foro Penal*, 67, 54-60.
- Díez Ripollés, J. L. (2011). *La categoría de la antijuricidad en derecho penal* (2da ed., puesta al día). Editorial B de F.
- Dottridge, M. (2017). Trafficked and Exploited: The Urgent Need for Coherence in International Law. En P. Kotiswaran (Ed.), *Revisiting the Law and Governance of Trafficking, Forced Labor and Modern Slavery* (pp. 59-82). Cambridge University Press.
- Feijóo Sánchez, B. (2007). *Normativización del derecho penal y realidad social*. Universidad Externado de Colombia.
- Fiandaca, G. (2014). Hermenéutica y aplicación judicial del Derecho Penal. En *El Derecho Penal entre la ley y el juez* (pp. 61-92). Dykinson.

- Freund, G., & Rostalski, F. (2022). Tatbestand und Rechtsfolge. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 10, 543-562.
- Frisch, W. (2004). Delito y sistema del delito. En J. Wolter & G. Freund (Eds.), *El sistema integral del derecho penal: Delito, determinación de la pena y proceso penal* (pp. 193-280). Marcial Pons.
- Frisch, W. (2021). Grund- und Grenzprobleme des sog. Subjektiven Rechtfertigungselementen. En M. Pawlik, G. Freund, & U. Murmann (Eds.), *Notwendigkeit und Legitimation staatlichen Strafens: Beiträge von 1977-2018* (Auflage, pp. 529-560). Mohr Siebeck.
- García Sedano, T. (2021). *El trabajo forzoso, la esclavitud y sus prácticas análogas como finalidades del delito de trata de seres humanos* (1ra ed.). Reus Editorial.
- Greco, L. (2019). En contra de la reciente relativización de la distinción entre injusto y culpabilidad. En *Reflexiones sobre el derecho penal* (pp. 15-51). Grijley.
- Günther, H. L. (1995). La clasificación de las causas de justificación en derecho penal. En D. M. Luzón Peña & S. Mir Puig (Eds.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal* (pp. 45-66). Aranzadi.
- Haas, V. (2016). La doctrina penal de la imputación objetiva. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1, 1-32.
- Hart, H. L. A. (2019). Prolegómenos a los principios del castigo (J. López Barja de Quiroga & L. García-Comendador Alonso, Trads.). En *Castigo y responsabilidad: Ensayos de filosofía del Derecho* (pp. 45-63). Marcial Pons.
- Hava García, E. (2018). Investigar en derecho penal: Las enseñanzas de un Maestro. En P. M. de la Cuesta Aguado, L. R. Ruiz Rodríguez, M. Acale Sánchez, E. Hava García & M. J. Rodríguez Mesa (Eds.), *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan María Terradillos Basoco* (pp. 23-36). Tirant lo Blanch.
- Hruschka, J. (2009a). Causas de justificación y causas de exculpación: La Tabla de Carnéades en Gentz y en Kant (P. Sánchez-Ostiz, Trad.). En *Imputación y derecho penal: Estudios sobre la teoría de la imputación* (2da ed., pp. 103-118). Editorial B de F.
- (2009b). Reglas de comportamiento y reglas de imputación (P. Sánchez-Ostiz, Trad.). En *Imputación y derecho penal: Estudios sobre la teoría de la imputación* (2da ed., pp. 11-29). Editorial B de F.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal, parte general: Fundamentos y teoría de la imputación* (2da ed.). Marcial Pons.
- Jescheck, H. H., & Weigend, T. (2014). *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (M. Olmedo Cardenete, Trad.; Vol. 1). Instituto Pacífico.
- Kelsen, H. (2019). *La teoría pura del derecho*. Ediciones Olejnik.
- Kindhäuser, U., & Zimmermann, T. (2024). *Derecho Penal. Parte General* (I. Reyes Somero & L. Saviglione, Trad.; 9na ed.). Tirant lo Blanch.
- Larenz, K. (1980). *Metodología de la ciencia del derecho* (2da ed.). Ariel.
- LeBaron, G. (2021). The Role of Supply Chains in the Global Business of Forced Labour. *Journal of Supply Chain Management*, 57(2), 29-42.
- Luzón Peña, D.M. (2016). *Lecciones de derecho penal: Parte general* (3ra ed.). Tirant lo Blanch.
- MacCormick, N. (2019). *Razonamiento Jurídico y Teoría Del Derecho* (1ra ed.). Palestra Editores.
- Meini Méndez, I. (2014a). La pena: Función y presupuestos. *Derecho PUCP*, 71, 141-167.
- (2014b). *Lecciones de derecho penal parte general: Teoría jurídica del delito*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- (2020). Exigibilidad de otra conducta. En J. de Vicente Remesal, M. Díaz y García Conledo, J. M. Paredes Castañón, & D.-M. Luzón Peña (Eds.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70 aniversario. Volumen 1* (1ra ed., Vol. 1, pp. 793-803). Reus Editorial.
- Mesa, G. González Agudelo, J. M. Ríos Corbacho, & I. Meini Méndez (Eds.), *Liber amicorum: Estudios jurídicos en homenaje al Pr. Dr. Dr.h.c. Juan Ma. Terradillos Basoco* (pp. 21-34). Tirant lo Blanch.
- Merkel, A. (2014). *Derecho penal. Parte general*. Editorial B de F.
- Mir Puig, S. (2003). Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 05-05, 1-19.

- (2016). *Derecho penal: Parte general* (10ma ed.). Reppertor.
- Molina Fernández, F. (2021). *Antijuridicidad penal y sistema del delito* (3ra ed.). Editorial B de F.
- Montiel, J. P. (2017). Estructuras analíticas del principio de legalidad. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1, 1-48.
- Montoya Vivanco, Y. (2016). El delito de trata de personas como delito complejo y sus dificultades en la jurisprudencia peruana. *Derecho PUCP*, 76, 393-419.
- Montoya Vivanco, Y., & Rodríguez Vásquez, J. (2024). *Lecciones sobre el delito de trata de personas y otras formas de explotación* (2da ed.). Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ-DAD).
- Moreso, J. J., & Vilajosana, J. M. (2004). *Introducción a la teoría del derecho*. Marcial Pons.
- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2015). *Derecho penal. Parte general* (9na. ed.). Tirant lo Blanch.
- Office of the Special Representative and Co-ordinator for Combating Trafficking in Human Beings. (2013). *Policy and legislative recommendations towards the effective implementation of the non-punishment provision with regard to victims of trafficking*. OSCE.
- Pawlak, M. (2019). *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad: Sobre la legitimación de la pena estatal* (R. Robles Planas, N. Pastor Muñoz, & I. Coca Vila, Trads.). Atelier Libros Jurídicos.
- Pérez Lledó, J. A. (2007). Teoría y práctica en la enseñanza del Derecho. *Academia. Revista sobre la enseñanza del derecho*, 5(9), 85-189.
- Planchadell Gargallo, *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación: ¿Es necesaria una ley integral para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos?* (1ra ed., pp. 497-541). Tirant lo Blanch.
- Pomares Cintas, E. (2013). *El derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*. Tirant lo Blanch.
- Raz, J. (1999). *Practical reason and norms*. Oxford University Press.
- Renzikowski, J. (2021). Kant on Punishment and Criminal Law—Nine Thesis. *ULP Law Review/Revista de Direito da ULP*, 15(1), 4-16.
- (2024a). Deberes y derechos. Relación jurídica e imputación. En R. Robles Planas & N. Pastor Muñoz (Eds.), *Norma e imputación* (pp. 73-93). Atelier Libros Jurídicos.
- (2024b). Teoría de las normas y dogmática jurídico-penal. En R. Robles Planas & N. Pastor Muñoz (Eds.), *Norma e imputación* (pp. 45-71). Atelier Libros Jurídicos.
- Roxin, C. (1999). *Derecho penal: Parte general* (D.-M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conledo, & J. de Vicente Remesal, Trads.). Civitas.
- (2002). *Política criminal y sistema del derecho penal* (2da edición). Hammurabi.
- Ruiz Manero, J. (2010). Seguimos discutiendo sobre permisos y concepciones del derecho. *Doxa*, 33, 297-306.
- San Martín Castro, C. (2020). *Derecho Procesal Penal. Lecciones* (2da edición). Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.
- Schloenhardt, A., & Markey-Towler, R. (2016). Non-Criminalisation of Victims of Trafficking in Persons—Principles, Promises, and Perspectives. *Groningen Journal of International Law*, 4(1), 10.
- Silva Sánchez, J. M. (2002). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Bosch.
- (2003). *Normas y acciones en derecho penal*. Hammurabi.
- (2006). Sobre la «interpretación» teleológica en Derecho Penal. En M. Díaz y García Conledo & J. A. García Amado (Eds.), *Estudios de filosofía del derecho penal* (pp. 365-395). Universidad Externado de Colombia.
- (2023). Los tres ámbitos de la dogmática jurídico-penal. En *Metodología Del Derecho Penal* (1ra ed., pp. 35-78). Palestra Editores S.A.C.
- Skrivankova, K. (2010). *Between decent work and forced labour: Examining the continuum of exploitation*. Joseph Rowntree Foundation.
- Terradillos Basoco, J. M. (1981). La satisfacción de necesidades como criterio de determinación

del objeto de tutela jurídico-penal. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 63, 123-150.

(2020). Protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Consideraciones político-criminales. En E. Demetrio Crespo, M. de la Cuerda Martín, & F. García de la Torre García (Eds.), *Derecho penal económico y teoría del delito* (pp. 65-83). Tirant lo Blanch.

(2023). Editorial. *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, 7, 15-21.

Valverde-Cano, A. B. (2023). *Más allá de la trata: El derecho penal frente a la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados*. Tirant lo Blanch.

Villacampa Estiarte, C. (2011). *El delito de trata de seres humanos: Una incriminación dictada desde el derecho internacional* (1ra ed.). Aranzadi.

(2022). Trata de seres humanos para explotación criminal o criminalidad forzada y ausencia de responsabilidad de sus víctimas. En A. Planchadell Gargallo & C. Villacampa Estiarte (Coords.), *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación: ¿Es necesaria una ley integral para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos?* (pp. 497-543). Tirant lo Blanch.

(2024). ¿Reconoce el Tribunal Supremo el principio de no punición o no penalización de las víctimas de trata de seres humanos? Comentario a la STS 960/2023, de 21 de diciembre. *InDret: Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, 3, 592-604.

Villavicencio Terreros, F. (2006). *Derecho penal: Parte general*. Grijley.

Vives Antón, T. S. (2011). *Fundamentos del sistema penal: Acción significativa y derechos constitucionales* (2da. ed.). Tirant lo Blanch.

Welzel, H. (1956). *Derecho Penal. Parte general* (C. Fontán Balestra, Trad.). Roque Depalma Editor.

#### NORMATIVA, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

I.V. v. Bolivia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte IDH, Sentencia del 30 de noviembre de 2016, Serie C No. 329.

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 6 de noviembre de 2024, Apelación 343-2023-Apurimac.

V.C.L. & A.N. v. United Kingdom, App. Nos. 77587/12 & 74603/12, Eur. Ct. H.R., 16 Feb. 2021.

Rantsev v. Cyprus & Russia, App. No. 25965/04, Eur. Ct. H.R., 7 Jan. 2010.

Tribunal Supremo de España, 19 de junio de 2008, sentencia recaída en el Expediente STS 2961/2008 (España).

Tribunal Supremo de España, 21 de diciembre de 2023, sentencia recaída en el Expediente STS 6008/2023 (España).

I.V. v. Bolivia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte IDH, Sentencia del 30 de noviembre de 2016, Serie C No. 329.